

Sentencia T/502/17

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/502/17
Expediente	—
Fecha	2017-08-04
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	ALBERTO ROJAS RÍOS En
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Principio De Subsidiariedad Como Requisito De Procedibilidad De La Accion De Tutela
- Accion De Tutela Para Asegurar Medidas De Estabilidad Laboral Reforzada
- Derecho A La Estabilidad Laboral Reforzada
- Derecho A La Estabilidad Laboral Reforzada De Persona En Condicion De Discapacidad O Disminucion Fisica
Derecho A La Estabilidad Laboral Reforzada
- Derecho A La Seguridad Social En Salud

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Procedencia excepcional de la acción de tutela para su protección cuando garantizar a las personas en situación de debilidad manifiesta el acceso al mercado y asegurar que sus limitaciones no se constituyan en causales para

Texto completo

T-502-17 Sentencia T-502/17 ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA- Reiteración de jurisprudencia ACCION DE TUTELA PARA ASEGURAR MEDIDAS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Procedencia por existir vulneración a mandatos constitucionales DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Procedencia excepcional de la acción de tutela para su protección cuando el trabajador se encuentra en estado de debilidad manifiesta DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Definición/ DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Contenido y alcance El derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene como finalidad garantizar a las personas en situación de debilidad manifiesta el acceso al mercado y asegurar que sus limitaciones no se constituyan en causales para que sean excluidos del mismo.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD O DISMINUCION FISICA DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- La acción de tutela es procedente para garantizarla sin importar el tipo de vinculación DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Protección constitucional Referencia: Expediente T-5.758.127 Acción de tutela instaurada por Luis Murillo Morales contra Yolanda Bolaños de Aguilera.

Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS Bogotá D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil diecisiete (2017) La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca , y el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali, Valle del Cauca, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Luis Murillo Morales contra la Yolanda Bolaños de Aguilera.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, mediante auto proferido el 27 de septiembre de 2016, en aplicación al criterio de selección objetivo por desconocimiento del precedente constitucional.

ANTECEDENTES El señor Luis Murillo Morales, a través de apoderada judicial, instauró acción de tutela contra la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

1. Hechos 1.1. El señor Luis Murillo Morales de 81 años de edad, prestó sus servicios de cortador de caña a la empresa “trapiche la palestina”, mediante contrato suscrito con la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, contratista de dicha empresa, a partir del 1° de mayo de 2010, en calidad de trabajador en misión.

1.2. Señala el accionante que la señora Yolanda Bolaños de Aguilera lo afilió a Riesgos laborales –Positiva ARL– y al Sistema de Seguridad social en Salud –Nueva EPS–, pero no al Sistema General de Pensiones porque tenía más de 60 años de edad.

1.3. Informa el actor que en mayo de 2012, mientras se encontraba realizando sus funciones de “cortador de caña” se cayó desde su propia altura, accidente que no fue reportado a la ARL Positiva y le generó una incapacidad por fuerte dolor lumbar.

1.4. Manifiesta el señor Murillo Morales que desde el referido accidente de trabajo le han prescrito diversas incapacidades de forma continua e ininterrumpida, las cuales se dejaron de pagar después de los 180 días.

Aclara que ya había interpuesto una acción de tutela porque no le habían pagado ninguna de las incapacidades generadas, proceso que correspondió al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, autoridad judicial que dispuso, mediante Sentencia 161 del 3 septiembre de 2014, “ conceder todas las incapacidades causadas y adeudadas sin importar si son posteriores al día 180 ”.

1.5. El 31 de agosto de 2015, la Nueva EPS, en cumplimiento de la Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, informó al señor Luis Murillo Morales que ya habían iniciado el “ proceso de calificación de origen de sus patologías ” y que requerían la documentación necesaria para continuar y finalizar con el mismo. Así mismo, le comunicó que de ser procedente, según resultados de calificación, se notificaría del caso a la ARL.

1.6. En enero de 2016, el peticionario acudió a la Nueva EPS para ser atendido por su médico tratante, servicio que le fue negado por encontrarse en estado “ retirado ”.

1.7. Por lo anterior, el 01 de febrero de 2016, el señor Luis Murillo Morales envió, por correo electrónico, a la señora Yolanda Bolaños de Aguilera un derecho de petición, en el que le solicitaba “ el reintegro a la seguridad social (...)” , debido a que se encontraba:

(i) incapacitado, (ii) en tratamiento médico y (iii) en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral (sic). No obstante, la accionada, mediante respuesta de fecha 8 de febrero de 2016, le informó que:

“(…) como no se volvió a presentar [al trabajo] el mismo dejó (sic) su trabajo abandonado y por ende no es obligación mía seguirle pagando Seguridad Social (…) En cuanto a las pretensiones no es posible acceder al reintegro ya que en la actualidad no tengo donde vincular al señor Murillo Morales, pues debido al verano no se está trabajando (…)” 1.8.

Finalmente, advierte el accionante que como consecuencia de su despido, se encuentra desafiliado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin ingresos económicos que le permitan llevar una vida digna, pues debido a su estado de salud y avanzada edad no puede trabajar. Agregó, que tampoco “(…) recibe pensión alguna, toda vez que no habiendo alcanzado la totalidad de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, opto por recibir una indemnización sustitutiva de la misma ” [1] .

2. Solicitud de tutela Con fundamento en los hechos expuestos, la apoderada judicial del señor Luis Murillo Morales solicita la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de su mandante. En consecuencia, pretende se ordene a la señora Yolanda Bolaños Aguilar:

1. “ la continuidad de la relación laboral o REINTEGRO y en consecuencia el reintegro a la seguridad social en salud del señor MURILLO ” 2. “ el pago de las incapacidades adeudadas al señor Murillo hasta tanto la EPS se digne dar cumplimiento a su obligación ” 3.

“Asumir el 100% del valor de la calificación de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con el fin e establecer su derecho a la pensión de invalidez ” ello, por cuanto no existe fondo pensional que asuma dicha calificación.

4. Pagar al señor Luis Murillo Morales la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. 3. Traslado y contestación de la demanda El Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, mediante auto del 18 de Marzo de 2016, admitió la acción de tutela instaurada por el señor Luis Murillo Morales contra la señora Yolanda Bolaños de Aguilera. En este sentido, solicitó a la accionada que rindiera un informe sobre el asunto objeto de estudio.

Así mismo, dispuso vincular a la Nueva EPS, a la ARL Positiva, al Ministerio de Protección Social y al Ministerio del Trabajo para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la presente demanda.

3.1. Yolanda Bolaños de Aguilera El 3 de abril de 2016, la accionada solicitó negar la acción de tutela objeto de estudio, por cuanto existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral y porque no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Sobre los hechos de la demanda manifestó que: (i) trabaja con la empresa “Trapiche la Palestina” cuando requieren de sus servicios. (ii) En su calidad de empleadora ha cumplido con todas sus obligaciones laborales. En este sentido, la empresa no ha vulnerado los derechos del accionante.

(iii) El señor Murillo Morales no fue afiliado al Sistema General de Pensiones, debido a que él ya había arreglado lo concerniente a la indemnización sustitutiva y, en este orden, no fue aceptada su inscripción.

(iv) En razón a que el señor Murillo Morales “dejó su trabajo abandonado”, no es su deber afiliarlo nuevamente al Sistema de Seguridad Social en Salud.

(v) En ningún momento se le dio por terminado el contrato de trabajo del accionante, lo que sucedió fue que el señor Murillo “ dejó (sic) abandonado su trabajo ”. En este orden, y teniendo en cuenta que ya no tiene donde ubicarlo, no puede acceder a su petición de reintegro.

(vi) “ El accionante nunca me hizo saber de accidente de trabajo alguno, por ende si hubiese manifestado se había (sic) realizado el respectivo reporte de acuerdo a lo establecido en la Ley, como tampoco ha sufrido accidente de trabajo

alguno (sic) prestando sus servicios de corte de caña.

”. 3.2. Nueva EPS El 8 de abril de 2016, la Gerente Regional Suroccidente de esta entidad solicitó desvincular de la presente acción de tutela a la Nueva EPS, al considerar que la misma ha actuado conforme a las normas que regulan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de una enfermedad común.

Señaló que de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el parágrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1562 de 2012, los Conceptos N° 5989 del 4 de noviembre de 2005 y N° 99977 de 11 de abril de 2011 del Ministerio de la Protección Social y la jurisprudencia constitucional, [2] el reconocimiento y pago de las incapacidades del trabajador derivadas de una enfermedad no profesional, están a cargo de la Empresa Promotora de Salud EPS y de los Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el mismo.

En este sentido, explicó que la responsabilidad en el pago de las incapacidades generadas por una enfermedad de origen común se encuentran distribuidas de la siguiente manera:

(i) Los 3 primeros días están a cargo del empleador, en caso de ser trabajador dependiente o, a cargo del mismo trabajador, cuando es independiente.

(ii) Entre el día 4 y 180, le corresponde pagarlos a las Empresas Promotoras de Salud. Antes del día 150 la EPS deberá emitir un concepto del servicio de rehabilitación integral del incapacitado.

(iii) Después de los 180 días, es deber de las administradoras de Fondos de Pensiones asumir el reconocimiento y pago de dichas incapacidades hasta el día 360, pues, pasado este término, deberá iniciarse “ el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral ” para obtener la pensión de invalidez.

Concluyó que “ la Nueva EPS amparada en la normatividad vigente no tiene la obligación legal de seguir cancelando incapacidades a manera de pensión, cuando somos una Entidad Promotora de Salud y de acuerdo con normatividad vigente la Nueva EPS reconoció incapacidades hasta 180 días las cuales estaba obligada a cancelar por ley ”.

[3] 3.3. ARL Positiva El 12 de abril de 2016, el representante legal de esta compañía de seguros, a través de apoderado judicial, solicitó desvincular de la presente acción de tutela a la ARL Positiva, ya que la situación allí planteada versa básicamente sobre la terminación del contrato de trabajo del señor Luis Murillo Morales. En consecuencia, “ la ARL Positiva compañía de seguros S.A. no es la llamada a responder por la relación laboral, pues la responsabilidad de la ARL es una responsabilidad objetiva originada en un hecho jurídico del aseguramiento del riesgo y pago de las cotizaciones establecidas por el sistema ”.

Respecto al accidente laboral, informó que revisada la base de datos no se encontró ningún reporte, es más, el mismo peticionario reconoció que este suceso y sus consecuencias se han tratado mediante de la Nueva EPS, como enfermedad de origen común. Por ende, es dicha Entidad Promotora de Salud la debe seguir brindando el servicio médico y las prestaciones asistenciales y económicas que llegare a requerir el señor Murillo Morales.

Frente al pago de las incapacidades, señaló que cuando estas son producto de una enfermedad de origen común, corresponde a las Entidades Promotoras de Salud y/o Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado el trabajador asumir su reconocimiento.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que en la actualidad el señor Luis Murillo Morales no se encuentra afiliado en esa Aseguradora de Riesgos Laborales, alega la falta de legitimación por pasiva.

3.4. Ministerio del Trabajo El 18 de abril de 2016, la Asesora Jurídica de esta Entidad solicitó “ declarar improcedente la acción de tutela con relación al Ministerio de Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es ni fue empleadora del accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre el demandante y

esta entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

” [4] . 4. Pruebas aportadas al proceso · Copia de la cédula de ciudadanía del señor Luis Murillo Morales. –Fol. 14–. · Copia de una serie de incapacidades médicas otorgadas al señor Luis Murillo Morales. –Fol. 30 al 68–.

· Copia de certificado de estado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, expedido por la Nueva EPS, donde consta que el señor Luis Murillo Morales se encuentra retirado del mismo.

–Fol. 76–. · Historia clínica del señor Luis Murillo Morales, donde constan los siguientes soportes médicos :–Fol. 15 a 62: ANTECEDENTES PERSONALES PATOLOGÍA PROFESIONAL DE LA MEDICINA FECHA Ulcera Gástrica Perforada Carlos Alonso Ruiz 30 de noviembre de 2011 Fract. Hombro der.

Carlos Alonso Ruiz 30 de noviembre de 2011 Traume en ojo izquierdo Mario Miguel Barbosa Rengifo 3 de enero de 2012. Verapamilo Sandra Juliana Quintero Ríos 26 de septiembre de 2012 Hipertensión Sandra Juliana Quintero Ríos 29 de septiembre de 2012 HTA Sandra Milena Zarate 11 de julio de 2013 Lumbago HTA Sandra Milena Zarate 19 de julio de 2013 Radiculoterapia HTA Sandra Milena Zarate 8 de agosto de 2013 CONSULTAS MÉDICAS MOTIVO DE CONSULTA PROFESIONAL FECHA FOLIO “ +- 2 AÑOS= DOLOR DE RODILLA + HOMBRO DER. INTERMITENTE ” Carlos Alonso Ruiz 30 de noviembre de 2011 20 Acude a consulta externa porque hace “+- 1 MES ME CAÍ SOBRE LA MANO DER. ME DA MUCHO DOLOR TRA RX. MUÑECA DER.

” Carlos Alonso Ruiz 7 de marzo de 2012 21 “ HACE +- 15 DÍAS ME CAÍ LLEGANDO LA CASA Y ME GOLPIE EL COSTADO IZQ DEL ABDOMEN CON MUCHO DOLOR ” Carlos Alonso Ruiz 26 de marzo de 2013 22 “HACE +- 20 DÍAS ME CAÍ LLEGANDO LA CASA Y ME GOLPIE EL COSTADO IZQ DEL ABDOMEN CON MUCHO DOLOR A PESARDE LOS MEDICAMENTOS (...) SE DA INCAPACIDAD POR 8 DÍAS DESDE HOY 2 DE ABRIL DE 2013.” Carlos Alonso Ruiz 2 de abril de 2013 23 “ PACIENTE CON CUADRO CLINICO DE 1 MES DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN DOLOR LUMBAR ASOCIADO A CAIDA DESDE SU PROPIA ALTURA CON POSTERIOR DOLOR LUMBRA POR MULTIOLES CONSULTAS ... ” SE DA INCAPACIDAD POR 4 DÍAS MÁS.

Johana Garcés Arboleda 18 de abril de 2013. 24 “ PACIENTE CON ANTECEDENTES DE DOLOR DORSOLUMBAR POSTERIOR A CAIDA DESDE SU PROPIA ALTURA HACE 1 AÑO MIENTRAS DESEMPEÑABA SU LABOR COMO CORTERO DE CAÑA ...” (Énfasis agregado) María Alejandra Carmen Herrera 20 de mayo de 2013 25-26 “PACIENTE CON ANTECEDENTES DE RADICULOPATÍA EN ESPERA DE VALORACIÓN POR ORTOPEDISTA... PACIENTE REFIERE MUCHO DOLOR ABDOMINAL POSTERIOR A INGESTA DE ALIMENTOS. SE DA INCAPACIDAD MEDICA POR 8 DÍAS.” María Alejandra Carmen Herrera 5 de junio de 2013 27 “PACIENTE CON ANTECEDENTES DE RADICULOPATÍA QUE HA VENIDO INCAPACITÁNDOSE POR LIMITACIÓN FÍSICA PARA DESEMPEÑARSE EN SU LABORALES. PACIENTE TIENE PENDIENTE VALORACIÓN POR ORTOPEDIA.

SE LE INDICA AL PACIENTE QUE DEBE HACER TRÁMITES PARA SOLUCIONAR SU SITUACIÓN LABORAL, YA QUE POR SU ENFERMEDAD, TENDRÁ QUE ESTAR INCAPACITADO, ENFERMEDAD NO LE PERMITE DESEMPEÑAR LABOR DE CORTERO DE CAÑA.” María Alejandra Carmen Herrera 17 de junio de 2013 28 “PACIENTE CONTINUA CON LIMITACIONES PARA LA MARCHA DEBE CONTINUAR INCAPACITADO.” María Alejandra Carmen Herrera 31 de agosto de 2013 29 “PACIENTE CON CAÍDA HACE 1 AÑO, CON NUEVA CAÍDA HACE 7 MESES, REFIERE DOLOR LUMBAR... SE ENCUENTRA INCAPACITADO... TIENE PENDIENTE CITA CON MEDICINA LABORAL, AUN NO TIENE FECHA, PARA VALORACIÓN POR INCAPACIDAD PROLONGADA”.

María Alejandra Carmen Herrera 15 de abril de 2014 16 “PACIENTE CON CAÍDA HACE 1 AÑO CON NUEVA CAÍDA HACE 7 MESES. REFIERE DOLOR LUMBAR. PACIENTE VIENE PARA RENOVAR INCAPACIDAD. TIENE PENDIENTE CITA CON MEDICINA LABORAL.” María Alejandra Carmen Herrera 2 de mayo de 2014 18 INCAPACIDADES DESDE HASTA TOTAL DÍAS FOLIO 31 de agosto de 2013 14 de septiembre de 2013 15 62 15 de septiembre de 2013 29 de septiembre de 2013 14 61 30 de septiembre de 2013 14 de octubre de 2013 15 61 16 de octubre de 2013 30 de octubre de 2013 15 60 31 de octubre 2013 10 de noviembre de 2013 11 60 12 de noviembre de 2013 --- noviembre de 2013 --- 59 27 de noviembre de 2013 11 de diciembre de 2013 15 59 13 de diciembre de 2013 27 de diciembre de 2013 15 58 28 de diciembre de 2013 11 de enero de 2014 15 58 13 de enero de 2014 27 de enero de 2014 15 57 28 de enero de 2014 11 de febrero de 2014 15 57 12 de febrero de 2014 26 de febrero de 2014 15 56 27 de febrero de 2014 13 de marzo de 2014 15 55 14 de marzo de 2014 28 de marzo de 2014 15 54 31 de marzo de 2014 14 de abril de 2014 15 53 15 de abril de 2014 29 de abril de 2014 15 53 2 de mayo de 2014 16 de mayo de 2014 15 52 ---Mayo de 2014 ---Mayo de 2014 --- 52 1 de junio de 2014 15 de junio de 2014 15 51 16 de junio de 2014 20 de junio de 2014 5 51 21 de junio de 2014 30 de junio de 2014 10 50 1 de julio de 2014 15 de julio de 2014 15 50 16 julio de 2014 30 de julio de 2014 15 49 31 de julio de 2014 14 de agosto de 2014 15 49 15 de agosto de 2014 29 de agosto de 2014 15 48 --- --- 48 15 de septiembre de 2014 28 de septiembre de 2015 14 47 14 de septiembre de 2014 27 de septiembre de 2014 14 46 29 de septiembre de 2014 13 de octubre de 2014 15 46 14 de octubre de 2014 --- --- 45 29 de octubre de 2014 12 de noviembre de 2014 15 45 13 de noviembre de 2014 27 de noviembre de 2014 15 44 28 de noviembre de 2014 12 de diciembre de 2014 15 44 13 de diciembre de 2014 27 de diciembre de 2014 15 43 29 de diciembre de 2014 12 de enero de 2015 15 43 13 de enero 2015 27 de enero de 2015 15 42 28 de enero de 2015 11 de febrero de 2015 15 41 12 de febrero de 2015 26 de febrero de 2015 15 40 27 de febrero de 2015 13 de marzo de 2015 15 40 14 de marzo de 2015 28 de marzo de 2015 15 29 30 de marzo de 2015 12 de abril de 2015 14 39 13 de abril de 2015 27 de abril de 2015 15 38 28 de abril de 2015 12 de mayo de 2015 12 38 13 de mayo de 2015 27 de mayo de 2015 15 37 28 de mayo de 2015 28 de mayo de 2015 1 37 29 de mayo de 2015 11 de junio de 2015 14 36 12 de junio de 2015 25 de junio de 2015 14 36 26 de junio de 2015 10 de julio de 2015 15 35 11 de julio de 2015 25 de julio de 2015 15 35 26 de julio de 2015 9 de agosto de 2015 15 34 10 de agosto de 2015 24 de agosto de 2015 15 34 25 de agosto de 2015 8 de septiembre de 2015 15 33 9 de septiembre de 2015 22 de septiembre de 2015 14 33 23 de septiembre de 2015 6 de octubre de 2015 14 32 7 de octubre de 2015 20 de octubre de 2015 14 32 21 de octubre de 2015 4 de noviembre de 2015 15 31 5 de noviembre de 2015 19 de noviembre de 2015 15 31 20 noviembre de 2015 4 de diciembre de 2015 15 30 20 de diciembre de 2015 3 de enero de 2016 15 30 5.

Decisión judicial objeto de revisión Primera Instancia El Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, mediante fallo del 7 de abril de 2016, declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que el pago de las incapacidades reclamadas se generaron desde el 16 de octubre de 2013, es decir, más de dos (2) años y cinco (5) meses a la fecha de interposición de esta tutela –16 de marzo de 2016– situación que desconoce el principio de inmediatez.

De otro lado, indicó que si bien entre el señor Luis Murillo Morales y la señora Yolanda Bolaños de Aguilera “ existe una relación difusa que bien podría calificar para una eventual sustitución patronal, no es menos cierto que la facultad para tal declaratoria no está en el Juez Constitucional de Tutela sino en el juez laboral ”.

Impugnación El 19 de abril de 2016, la apodera judicial del señor Luis Murillo Morales presentó impugnación contra la decisión adoptada por el juez de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

1.- El Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, concluyó que “ las incapacidades se remontan al 16/10/2013, es decir un poco más de dos años y cinco meses ” situación que no corresponde a la realidad, pues olvido que éstas “han sido continuas y en la actualidad se encuentran vigentes, ya que el señor Murillo no ha sido rehabilitado ni calificado por su discapacidad” .

2.- La última incapacidad otorgada al señor Luis Murillo Morales corresponde al periodo comprendido entre el 20 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2016, es decir, 3 meses antes de interponer la acción de tutela.

3.- Si bien existe otro medio de defensa, también lo es que el señor Murillo Morales, es una persona de 81 años de edad, sujeto de especial protección constitucional, “ a quien no se le puede imponer la carga de acudir a la vía judicial ordinaria y someterse a un proceso contencioso y extenso de más de dos años, aproximadamente, y con el cual, si sus resultados fueran favorables, la empleadora no acataría tal decisión, por su condición de persona natural, el señor Murillo quedaría en total desamparo y abandono.

” [5] . Segunda Instancia El Juzgado Veintitrés Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali, Valle del Cauca, mediante fallo del 23 de mayo 2016, confirmó la decisión del a quo , al considerar que “ no se sustentó en debida forma por qué los medios ordinarios de defensa no resultaban idóneos y efectivos para la defensa de sus derechos, máxime cuando la acción de tutela se interpuso varios meses después a la negativa de la EPS para el de las incapacidades, lo que admite concluir que el actor, al parecer, no tuvo afrontando una situación que le ameritara recurrir de inmediato a la tutela, para salvaguardar sus condiciones mínimos vitales.

” [6] . 6. Actuaciones en sede de revisión El magistrado ponente, mediante Auto del 16 de diciembre de 2016, con el objeto de adoptar una decisión que resolviera la controversia objeto de estudio, dispuso:

“Primero.- VINCULAR a la presente acción de tutela que corresponde al expediente número T-5.758.127 a la empresa Trapiche la Palestina, como parte interesada en el proceso de la referencia.

Segundo.- CORRER TRASLADO a la empresa Trapiche la Palestina [7] de la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Murillo Morales contra la señora Yolanda Bolaños de Aguilera (expediente T-5.758.127) , por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, para que dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la recepción del presente auto, ejerza, si a bien lo tiene, su derecho a la defensa.

Tercero.- OFICIAR al señor Luis Murillo Morales [8] , para que dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la recepción del presente auto, envíe e informe a este despacho, junto con sus respectivos soportes documentales, la siguiente información:

1. Qué tipo de contrato suscribió con la señora Yolanda Bolaños de Aguilera. En caso de ser un contrato escrito, enviar copia legible del mismo.

2. Escrito en el que exponga de manera clara y detallada: a.- Estado actual del “ proceso de calificación de origen de sus patologías ” y, si envió la documentación requerida por la Nueva EPS para el trámite del mismo, mediante el Oficio GRSO-GRS-ML-4176-15 del 31 de agosto de 2015.

b.- Si se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud y en qué régimen. En caso negativo, informe si está recibiendo atención médica.

c.- Cómo está conformado su grupo familiar. 3. Copia legible de la Sentencia N° 161 del 3 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali.

4. Copia legible de la Resolución por medio de la cual se reconoce al señor Luis Murillo Morales la indemnización sustitutiva de la pensión vejez.

Cuarto.- OFICIAR a la entidad Nueva EPS [9] , para que dentro de los tres (3) días siguientes contados a partir de la recepción del presente auto, informe a este despacho el estado actual del proceso de calificación de origen de las patologías del accionante Luis Murillo Morales.

Quinto.- OFICIAR al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali [10] , para que dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la recepción del presente auto, envíe a este despacho copia legible de la Sentencia N° 161 del 3 de septiembre de 2014, proferida en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el Señor Luis Murillo Morales.” 6.1.

El 10 de febrero de 2017, la Secretaría General de esta Corporación informó al despacho del Magistrado Sustanciador que, en cumplimiento al Auto del 16 de diciembre de 2017, se recibieron las siguientes comunicaciones:

(i) Oficio de fecha del 18 de enero de 2017 [11] suscrito por Flavio Beltrán Ossa, quien actuando en nombre de la empresa Trapiche la Palestina solicita “ negar por improcedente ” la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Murillo Morales.

Alega que la empresa no había sido convocada al proceso como lo prevé el artículo 29 de la Constitución Política y, que de “ forma gaseosa y fugaz ” fue vinculada, sin aportar documento alguno que demuestre la solidaridad laboral.

Señala que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez, pues entre el 16 de octubre de 2013, fecha en la que el accionante manifiesta haber tenido problemas con el pago de las incapacidades, y el 16 de mayo de 2016, momento en la cual interpone la tutela, transcurrieron 2 año y 5 meses. Agrega que el señor Luis Murillo Morales no indica la fecha del despido ni aporta carta de la misma.

Manifiesta que “ cualquier derecho cierto o incierto, se encuentra hoy en día prescrito al tenor de las voces del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 2513 y 2535 del Código Civil.

”. Al respecto expresó que: “El actor al momento de ser despedido, de abandonar su cargo o de sentirse por fuera de la empresa, ha debido solicitar el EXAMEN MEDICO DE RETIRO . Este hasta hoy no ha sido requerido por el señor LUIS MURILLO MORALES . Así las cosas se ha colisionado contra el espíritu del artículo 57, numeral 7 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entiendo que un juez de tutela no puede definir prescripción alguna. Esto se entra dirigido a la Justicia Laboral Ordinaria. Por qué a la jurisdicción laboral? (Sic) Porque así lo ordenó el Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali, el 7 de abril de 2016 (ver folios 113 a 125 de la sumarias) situación esta que nadie ha cumplido hasta hoy.” [12] En este sentido, aclara que “ alega la figura de prescripción no por aceptar la relación laboral contractual, sino porque es una norma jurídica que favorece a la empresa”.

(ii) Correo electrónico de fecha del 17 de enero de 2017, enviado por Yulieth Andrea Ordoñez Muñoz, Secretaria del Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cali, Valle del Cauca, en el que indica que en virtud del Oficio OPTB-017/17 adjunta y remite copia de la Sentencia N° 161 del 3 de septiembre de 2014, proferida en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Murillo.

(iii) Oficio del 4 de febrero de 2017 [13] , firmado por Flavio Beltrán Ossa en el que informa el señor Luis Murillo Morales también trabajó en la empresa Trapiche Caña Dulce S.A. del 1° de julio de 2012 al 20 de diciembre de 2012, empresa que no ha sido vinculada al presente proceso de tutela.

Alega que el accionante prestó sus servicios a la empresa Trapiche la Palestina S.A. en los siguientes periodos: (i) del 12 de abril de 2010 al 26 de junio de 2010;

(ii) del 16 de enero de 2011 al 18 de junio de 2011; (iii) del 1 de julio de 2011 al 19 de diciembre de 2011 y; (iv) 16 de enero de 2012 al 22 de junio de 2012.

6.2. El 2 de marzo de 2017, la Secretaría de esta Corporación envía al Despacho del Magistrado sustanciador, escrito firmado por Flor Alba Nuñez Llano , apoderada del señor Luis Murillo Morales, [14] en el que informa que su

poderdante constituyó contrato verbal a término indefinido con la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, para prestar sus servicios como trabajador en misión en la empresa Trapiche la Palestina S.A.

Explica que el proceso de calificación de origen de patologías del señor Murillo se encuentra suspendido y, que desde la desvinculación del Sistema General en Seguridad Social en Salud, no se han expedido nuevas incapacidades, sumado a la imposibilidad que aqueja al accionante para desplazarse a los centros de atención.

En la actualidad, el señor Luis Murillo Morales se encuentra afiliado a la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Nariño –EMSSANAR E.S.S.– régimen subsidiado.

Advierte que “ de acuerdo a lo manifestado por su poderdante, su círculo familiar se limita a una sobrina quien vive cerca a su domicilio, debiendo precisar que vive solo en una habitación alquilada y que vela por sí mismo y en la medida de sus posibilidades .”.

[15] II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso Luis Murillo Morales de 81 años de edad interpone acción de tutela contra Yolanda Bolaños de Aguilera, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

El accionante suscribió contrato de trabajo verbal con la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, contratista de la empresa “ trapiche la palestina ”, para prestar sus servicios de cortador de caña en esa compañía.

Señala que comenzó a trabajar el 1 de mayo de 2010, en calidad de trabajador en misión, no obstante, fue desvinculado, sin tener en cuenta que se encontraba:

(i) incapacitado, (ii) en tratamiento médico y (iii) en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral. Alega que al momento de su vinculación laboral, la señora Yolanda Bolaños de Aguilera no lo afilió al Sistema General de Pensiones porque tenía más de 60 años de edad.

De otro lado, informa el accionante que desde que sufrió el accidente de trabajo le han prescrito diversas incapacidades de forma continua e ininterrumpida, las cuales se dejaron de pagar después de los 180 días y, pese a existir una orden judicial, la Nueva EPS aún no las cancela.

Por esta razón, solicita se ordene a su empleador asumir el pago de estas hasta que “ la EPS se digne dar cumplimiento a su obligación ”. Al respecto, advierte esta Sala que el accionante, en una oportunidad anterior, instauró una acción de tutela contra la Nueva EPS y la Sociedad Trapiche la Palestina, para que le fueran canceladas las incapacidades generadas después de los 180 días.

El 3 de septiembre de 2014, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, autoridad judicial que conoció de la acción de tutela de la referencia, amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Luis Murillo Morales y dispuso:

“ Segundo.- ORDENESE a la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, cancele al accionante las incapacidades causadas y adeudadas, sin importar si son posteriores al día 180, y hasta tanto: i) cesen las mismas, ii) se defina si son de carácter laboral o iii) en trámite administrativo o judicial pertinente se atribuya la responsabilidad de su pago a otro actor del Sistema de Seguridad Social distinto a ella o a un particular.” [16] En este sentido, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional no se pronunciará sobre la

pretensión del pago de las incapacidades generadas después de los 180 días, pues al existir una sentencia previa en la que se ordena cancelar estas acreencias laborales, lo que procede es solicitar el cumplimiento o formular incidente de desacato ante el juez de primera instancia y no una acción de tutela.

3. Problema Jurídico Corresponde a la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos: 1.- ¿La señora Yolanda Bolaños de Aguilera vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada del accionante, al terminar su relación laboral, sin tener en cuenta que el peticionario se encontraba afectado en su estado de salud? 2.- ¿La señora Yolanda Bolaños de Aguilera vulneró el derecho a la seguridad social del accionante al no afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones porque ya había recibido, con anterioridad a su vinculación laboral, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y tenía 75 años de edad? 3.- ¿Corresponde al empleador asumir el pago de los honorarios de la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que determine la pérdida de capacidad laboral del accionante? Para resolver el problema planteado, esta Sala expondrá (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir asuntos de carácter laboral;

(ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada; (iii) el derecho a la Seguridad Social en sus dimensiones de salud y pensión; (iv) el marco normativo que regula el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral; y, finalmente, (v) procederá a realizar el estudio del caso concreto.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir asuntos de carácter laboral. El artículo 86 de la Constitución Política prevé la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, al que puede acudir toda persona [17] , cuando, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, [18] resulten vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales.

No obstante, advierte que esta acción “ sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.

4.1. Procedencia de la acción de tutela contra particulares La acción de tutela procede contra particulares cuando: i) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, ii) la conducta del particular afecte grave y directamente el interés colectivo; o iii) cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

[19] Atendiendo la situación fáctica del caso bajo estudio, la Sala Octava de Revisión reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con la procedencia de la acción de tutela cuando el accionante se encuentra en estado de subordinación respecto del particular contra quien se dirige la demanda.

La Corte Constitucional en Sentencia T-483 de 2016 sostuvo que el estado de subordinación “ implica una relación jurídica de dependencia, que coloca a una parte en desventaja frente a la otra, como acontece con el ciudadano frente a la Administración Pública, con el trabajador respecto de su patrono; con el cliente frente a la entidad financiera; o con el usuario frente a la empresa prestadora de servicios, sea pública o privada.

”. En materia laboral, la subordinación es un elemento común de las relaciones entre empleador y trabajador, en donde el acatamiento y sometimiento de órdenes es el resultado de las competencias de quienes, en razón de sus calidades, pueden impartirlas.

[20] En este sentido, ha aclarado esta Corporación que hay subordinación entre el peticionario y el empleador demandado aunque al momento de la interposición de la acción de tutela el accionante ya no sea empleado del accionado, pues el desconocimiento de los derechos que aduce se produjo en el contexto de la relación laboral o en el marco de la terminación de la misma [21] .

4.2. La subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela. El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 [22] establece que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales “ salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

”. En este sentido, existen dos (2) excepciones a la regla general de improcedencia, a saber, la acción de tutela procederá cuando, a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, (i) ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o (ii) cuando los otros mecanismos de defensa sean inadecuados o ineficaces para brindar un amparo de forma integral, dadas las circunstancias especiales del caso y la situación en la que se encuentra el solicitante [23] .

En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este se presenta cuando se está ante una situación que amenaza la vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.

En este sentido, ha señalado que se está ante un perjuicio irremediable cuando “ en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que [24] : (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que “ su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas” [25] , de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente [26] . (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño es inevitable.

” [27] . En este supuesto, corresponde al peticionario la carga de “ presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.” [28] .

En este orden, el juez de tutela deberá, en caso de advertir la procedencia de la acción de tutela, que la orden se mantendrá vigente hasta que la autoridad judicial competente decida de fondo el asunto objeto de controversia.

[29] La segunda excepción señala que la acción de tutela resulta procedente cuando pese a la existencia de otros medios de defensa judicial estos carecen de idoneidad y eficacia, caso en el cual, la tutela procederá como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales.

En Sentencia T-016 de 2015 se indicó que los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico no son idóneos cuando no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral frente al derecho comprometido.

En este sentido, “ el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal [30] .

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado ”.

[31] Al respecto, en Sentencia T-040 de 2016 se dijo: “ El medio debe ser idóneo , lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz , esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma

protección que se lograría a través de la acción de tutela [32] ; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance [33] ; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.” [34] Además de lo expuesto, la jurisprudencia Constitucional ha sostenido que cuando el titular del derecho en discusión sea un sujeto de especial de protección constitucional, que por su edad, condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta y, se demuestre que los mecanismos judiciales ordinarios no son idóneos, atendiendo la circunstancias fáctica del caso concreto, la acción de tutela procederá de manera definitiva.

[35] Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela para tratar asuntos relacionados con el derecho a: (i) la estabilidad laboral reforzada, [36] (ii) el pago de acreencias laborales [37] y; (iii) el reconocimiento y pago de los derechos que emanan del Sistema General de Seguridad social en Pensiones [38] , entre otros, cuando se esté frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales del peticionario.

Respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional en Sentencia T-344 de 2016, reiteró que:

“... la acción de tutela procede de manera excepcional cuando quien interpone la tutela haya sido despedido en situación de debilidad manifiesta, sin autorización del Ministerio del Trabajo, para lo cual el juez constitucional deberá verificar:

‘(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, 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 [o la autoridad de trabajo correspondiente].’ [39] En caso de acreditar las anteriores condiciones, el juez de tutela debe reconocer al trabajador ‘(i) la ineficacia de la terminación o del despido laboral; (ii) el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones iguales o mejores que las del cargo desempeñado hasta su desvinculación; (iii) el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso (art. 54, C.P.); y (iv) el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario’ [40] .”.

Sobre la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte ha reiterado que esta procede cuando:

[41] (i) se trata de un sujeto de especial protección [42] , (ii) exista prueba, siquiera sumaria, de que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión [43] , (iii) “ se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar” [44] .

En conclusión, la presencia de otros medios de defensa judicial, hace improcedente en principio la acción de tutela, sin embargo, la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada [45] , pues se debe verificar si las condiciones del peticionario tornan obligatorio el agotamiento de los mecanismos ordinarios o si, por el contrario, se requiere la intervención del juez Constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

5. Derecho a la estabilidad laboral reforzada. El derecho a la estabilidad reforzada se fundamenta en el principio de solidaridad, [46] en los derecho a la igualdad, [47] a la protección constitucional de las personas en situación de discapacidad y a la integración social [48] , reconocidos en la Constitución Política.

[49] El numeral 1° del artículo 3° de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación establece que para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte deberán:

“1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas

las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

- a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo , el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración ;
- b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;
- c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo”. (Énfasis agregado) Por su parte, el literal a) del numeral 1º del artículo 27 de la Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad refirió que:

“ Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás ; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo , incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo , la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables (...)” (Énfasis agregado) En este sentido, la estabilidad laboral reforzada nace de la necesidad de garantizar a las personas en situación de debilidad manifiesta, el desarrollo integral dentro de una sociedad consolidada en un Estado Social de Derecho, que reconoce en igualdad de condiciones derechos y obligaciones.

Esta garantía, consistente en la prohibición que tiene todo empleador de desvincular sujetos de especial protección constitucional [50] sin la previa autorización de la autoridad competente, busca:

- (i) evitar que la desvinculación se origine en un acto de discriminación, (ii) equilibrar las cargas en favor de un sujeto que requiere un tratamiento especial con sustento en la igualdad material, (iii) garantizar la continuidad en el tratamiento de salud, y, en casos excepcionales (iv) materializar el principio de solidaridad del ordenamiento constitucional. Así, en los términos de la Corte Constitucional “(...) la relación empleador – empleado, denota un conjunto de obligaciones recíprocas que no sólo tienen el propósito de aumentar la productividad, ya sea en términos económicos o de eficiencia en los procesos, sino que fomentan la solidaridad” [51] .

La Corte Constitucional ha sostenido que las personas en situación de discapacidad, bajo tratamiento médico, o en situación de debilidad manifiesta, son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando:

- (i) se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud; (ii) cuando no haya una causal objetiva de desvinculación; (iii) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y (iv) el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.

[52] Bajos estos criterios, el alto Tribunal Constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad laboral reforzada con independencia de la modalidad contractual adoptada por las partes [53] , al considerar que el despido es ineficaz y, en consecuencia, ha ordenado el reintegro del afectado y el pago correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido [54] .

Es de relevancia constitucional aclarar que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica no sólo de las personas en situación de discapacidad, sino de aquellas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta, es decir, de los trabajadores que sufren deterioros de salud [55] . En palabras de la Corte Constitucional se ha dicho:

“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados (sic) calificados como tales conforme a las normas legales.

[56] Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de 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 (sic).” [57] Bajo estas consideraciones, es deber del empleador cumplir con el requisito previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, [58] esto es, solicitar a la oficina de Trabajo autorización para despedir o dar por terminado el contrato de una persona en estado de debilidad manifiesta, así exista, en principio, una causal objetiva para finalizar el mismo, so pena de pagar al trabajador una indemnización equivalente a 180 días del salario.

La Corte, en Sentencia T-307 de 2008 manifestó: “Si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo , y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997 , deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma.” (Subrayado fuera del texto original).

En síntesis, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene como finalidad garantizar a las personas en situación de debilidad manifiesta el acceso al mercado y asegurar que sus limitaciones no se constituyan en causales para que sean excluidos del mismo. Por esta razón, el empleador que decida terminar la relación laboral –independientemente de la clase de contrato– de un trabajador en dichas condiciones, tendrá la obligación de solicitar la respectiva autorización al Ministerio del Trabajo o autoridad competente.

6. Derecho a la Seguridad Social en sus dimensiones de salud y pensión. La Constitución Política reconoce la seguridad social como un servicio público [59] y un derecho irrenunciable [60] que deberá ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de los mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 “ por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral ”, consistente en el conjunto de instituciones, normas y procedimientos con los que

cuentan las personas para gozar de una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica.

De esta manera, el Sistema de Seguridad Social Integral creó y reglamentó, entre otros aspectos, dos regímenes, a saber: (i) el relacionado con temas de salud y (ii) con actividades de vinculación, reconocimiento y pago de pensiones .

6.1. Derecho a la Seguridad Social en Salud La jurisprudencia constitucional ha reafirmado el carácter iusfundamental del derecho a la salud.

En un principio se asoció la importancia del derecho a la salud a la conexidad que guarda con los derechos a la vida y la integridad personal, pero, desde hace un tiempo hasta al presente, el prisma a través del cual se analiza el paradigma de dignidad humana –como eje del estado social y democrático de derecho–, ha conducido a que se le reconozca el carácter de un auténtico derecho fundamental, justiciable de forma autónoma.

En línea con esta interpretación, recientemente se expidió la Ley 1751 de 2015 –Estatutaria del derecho fundamental a la salud–, en la cual, ya desde una fuente normativa, se patentan los progresos en materia de protección que se habían desarrollado al interior de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. En esa dirección, en el artículo 2 de dicha norma se prescribió:

“Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

“Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.” En el ejercicio de conceptualización del derecho a la salud, la Corte ha establecido un entendimiento complejo del mismo:

“[L]a salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de ‘calidad de vida’, pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de ‘bienestar’ (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

“Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como ‘la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser’, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.” [61] En este orden de ideas, no cabe duda en cuanto a que los aspectos materiales, físicos y biológicos como espirituales, mentales y psíquicos [62] que integran el derecho a la salud, inciden de forma directa en la posibilidad que tiene el individuo de gozar plenamente de los demás derechos de que es titular, así como de trazarse un proyecto de vida y llevarlo a cabo. Por tanto, las alteraciones que comportan una afectación significativa respecto de ese complejo concepto de bienestar pueden llegar a erigirse como una verdadera interferencia para la realización personal, como manifestación de la dignidad humana.

En consideración a ello, el ordenamiento jurídico ha instituido mecanismos orientados a garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes del país. La Ley 100 de 1993 “ establece el sistema general de seguridad social en salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación ”, y consagra como objetivo del sistema “ regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

” [63] Así, para materializar ese propósito, el legislador previó que la afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria , y diseñó los regímenes contributivo y subsidiado, destinados a personas laboralmente activas –el primero– y a personas sin capacidad de pago –el segundo, en virtud de los cuales corresponde a los empleadores o al Estado, respectivamente, asegurar dicha afiliación [64] , habida cuenta de que, a través de ella, se concreta un acceso universal a los servicios del plan de beneficios. En este sentido, la Corte ha sostenido:

“La afiliación permite hacer efectivo el principio de universalidad que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este orden de ideas, la afiliación de las personas al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de uno de los dos regímenes –contributivo o subsidiado- es obligatoria. De un lado, la afiliación es una obligación de las E.P.S. de acuerdo con el numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 183 que prohíbe a las E.P.S. negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando asegure el pago de la cotización o del subsidio correspondiente. De otro lado, la afiliación constituye un derecho en cabeza de cualquier persona, exigible ante la E.P.S. de su elección, dentro de los parámetros legales y reglamentarios.” [65] Llegado este punto, es pertinente poner de relieve que la perspectiva desde la cual se concibió e implementó la nueva Ley Estatutaria del derecho fundamental a la salud, ha traído consigo modificaciones de la regulación de los aspectos relativos a la afiliación, orientados a apartar aquellos obstáculos formales que otrora entorpecían el acceso a la atención médica de algunos individuos. Impregnado de esa nueva lógica surgió el Decreto 2353 de 2015, “ Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, se crea el sistema de afiliación transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud ”, el cual proscribe que las EPS adopten conductas selectivas que restrinjan la afiliación de las personas, toda vez que ello, además de obstruir el acceso a la atención en salud, retarda el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.

Sobre el principio de continuidad en el ámbito de la prestación del servicio de salud , la Corte Constitucional reiteró en Sentencia T-029 de 2016 que “ el hecho de que una persona pase del régimen contributivo al subsidiado con motivo de una alteración de sus condiciones laborales o económicas, como lo sería la pérdida del empleo, no es óbice para que se le siga prestando íntegramente la asistencia en salud en la misma entidad a la que estaba afiliada, esto es, sin intermitencia alguna; máxime si tal paciente ostenta la calidad de sujeto de especial protección –v. gr. cuando se está en medio de un tratamiento destinado al restablecimiento de la salud–.

”. De esta manera, las EPS no pueden alegar como causal para no seguir prestando los tratamientos médicos iniciados, que el paciente ya no está inscrito o afiliado, debido a que fue desvinculado de su lugar de trabajo.

[66] Así las cosas, la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los que se persigue repeler de forma urgente una amenaza del derecho fundamental a la salud, con el fin de que, por medio de la intervención del juez de amparo, se adopten las medidas necesarias para reivindicar la dignidad de la persona a quien se le coartan, ya sea por acción u omisión, los servicios asociados a la promoción, protección y recuperación de la salud, pues, se insiste, es justiciable de forma autónoma, más allá de su intrínseca relación con otros derechos de rango constitucional.

6.2. Derecho a la Seguridad Social en Pensiones La Ley 100 de 1993 establece que el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones a que haya lugar.

[67] En este sentido, señala que el mismo se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional afilados, que hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión.

En Sentencia C-421 de 2016 la Corte Constitucional sostuvo que: “el derecho a la seguridad social en pensiones: i) debe garantizarse a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida;

ii) lo cual únicamente dependerá de la acreditación de los requisitos establecidos en la ley aplicable al caso concreto, los cuales están relacionados con la edad, el tiempo y el monto de las cotizaciones;

iii) en virtud del carácter universal del derecho, no puede ser protegido exclusivamente a determinadas personas, porque un trato diferenciado de esta naturaleza, carecería de justificación constitucional, y se tornaría por tanto en un trato discriminatorio; y iv) los beneficiarios del derecho a la seguridad social en pensión, deben ser los afiliados directos y los familiares que vivan bajo su dependencia económica.” En cuanto a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se tiene que ésta es de carácter obligatoria para todas las personas: (i) vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, (ii) naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, (iii) trabajadores independientes y (iv) los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

[68] En Sentencia T-183 de 2014 la Corte Constitucional manifestó que la obligatoriedad de las cotizaciones al sistema de pensiones en lo que respecta al empleador, deberá hacerse durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, como lo establece el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003:

“ Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez , o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”. (Énfasis agregado) Lo anterior implica que la responsabilidad del empleador de efectuar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, cesan en el momento en el que éste último (i) cumpla las condiciones exigidas por la ley para obtener su pensión mínima de vejez; (ii) obtenga la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral; o (iii) adquiera la pensión de forma anticipada.

Sin embargo, la norma que establece la anterior regla extintiva de la obligación de cotizar al sistema pensional, prevé la posibilidad de que el afiliado, pese a reunir los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez siga cotizando al sistema, de manera voluntaria. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-529 de 2010 señaló que si el afiliado opta por continuar cotizando el empleador sigue obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo. En este caso, la cotización correspondiente al afiliado tiene un origen voluntario, pero en caso de darse, genera una obligación para el empleador, como pasa a examinarse:

“Ahora bien: por virtud de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 17 de la Ley 100, (también demandado en el presente proceso), el afiliado que reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede seguir cotizando al sistema, voluntariamente. De hecho, es de la mayor conveniencia que lo haga, pues lo establecido en el ya citado artículo 34 de la Ley 100 de 1993, trae como consecuencia que, por regla general, un incremento en el número de semanas cotizadas, por encima del mínimo número de semanas requeridas, genera un incremento en el monto de la pensión, y además, le permite seguir contribuyendo a los instrumentos solidarios que hacen parte del sistema. Por esta razón, y en virtud del carácter solidario del sistema pensional colombiano, y especialmente del régimen de prima media con prestación definida, para la Corte la decisión del afiliado de continuar voluntariamente cotizando es vinculante para su empleador, quien debe seguir haciendo los aportes correspondientes, si esa es la voluntad del afiliado.

De aceptarse que la decisión voluntaria del afiliado de seguir cotizando al régimen de prima media con prestación definida no genera una obligación concomitante para su empleador, la disposición contenida en el inciso tercero del artículo 17 de la Ley 100 –que permite la continuación voluntaria de las cotizaciones- devendría en inocua, y se violaría, en tal caso, el principio de solidaridad, pues la voluntad de seguir aportando al sistema sólo generaría cargas para el afiliado y no para el empleador, distinción esta que carece de justificación y eximiría de su deber solidario, sin ningún respaldo constitucional, a los empleadores, que también tienen obligaciones frente al sistema pensional.

” [69] . (Énfasis agregado) Sobre las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones después de haber recibido una indemnización sustitutiva, la Corte en Sentencia T-861 de 2014 indicó que si bien las legislaciones previas [70] a la Ley 100 de 1993, disponían que una vez reconocida la indemnización sustitutiva, los afiliados no podían seguir cotizando al sistema, ello no sucede en la actualidad.

Al revisar una acción de tutela interpuesta en contra de Colpensiones en la que se alegaba la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y a la salud, por la negativa de la accionada de reconocerle la pensión de invalidez por riesgo común, porque en el año 2009 había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la Corte sostuvo que:

“...el hecho de la actora haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el año 2009, no la inhabilita para continuar cotizando al sistema general de seguridad social en pensiones, como en efecto lo hizo, para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, que son sustancialmente distintos del riesgo de vejez.” [71] De este modo, se concluye que si una persona recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no está obligado a retirarse del Sistema General de Pensiones, pues si éste así lo desea, puede seguir cotizando de forma voluntaria para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, dado que dichas prestaciones amparan riesgos distintos a los de la vejez, más aun si se encuentra vinculado laboralmente, pues una de las obligaciones del empleador es la de afiliar y efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de sus trabajadores.

7. Calificación de pérdida de capacidad laboral El Decreto 1352 de 2013 “ por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez ” señala que de conformidad con el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, corresponde en primera instancia al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombia de Pensiones- Colpensiones-, a las Administradoras de Riesgos Laborales- ARL-, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias .

En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación podrá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, con el fin de que la entidad lo remita a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes.

No obstante, el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013 establece la posibilidad de acudir directamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez cuando:

“a) Si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta. Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social.

b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.” (Énfasis agregado) En estos casos, la solicitud deberá estar acompañada de (i) copia de la consignación de los honorarios, (ii) carta u oficio dándole aviso a su Entidad Promotora de Salud, Administradora de Riesgos Laborales y Entidad Administradora del Sistema General de Pensión, y (iii) de los demás documentos que estén en poder del solicitante de conformidad con el artículo 30 del referido Decreto. Los que hicieren falta, la Junta los pedirá a las entidades correspondientes.

En este punto, es importante aclarar que la posibilidad que otorga este artículo al trabajador y al empleador, para acudir de forma directa a la Junta de Calificación es facultativa, pues en principio, la obligación de remitir el expediente y solicitar el dictamen de pérdida de capacidad laboral corresponde a las entidades del Sistema General de Seguridad Social.

De conformidad con lo anterior, el artículo 28 del referido decreto establece que la solicitud para el inicio del proceso de pérdida de capacidad laboral la pueden presentar las personas y/o entidades que se relacionan a continuación ante la Junta Regional de Invalidez que le corresponda según su jurisdicción teniendo en cuenta la ciudad de residencia de la persona objeto de dictamen :

“ 1 . Administradoras del Sistema General de Pensiones. 2. Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte. 3. La Administradora de Riesgos Laborales.

4. La Entidad Promotora de Salud. 5. Las Compañías de Seguros en general. 6. El trabajador o su empleador . (...) . [72] ” De igual forma dispone que el solicitante es quien deberá cancelar de forma anticipada los honorarios a las Juntas, so pena de ser sancionado por las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo y/o autoridad competente, según sea el caso.

“ ARTÍCULO 20. Honorarios. Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez recibirán de manera anticipada por la solicitud de dictamen, sin importar el número de patologías que se presenten y deban ser evaluadas, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente de conformidad con el salario mínimo establecido para el año en que se radique la solicitud, el cual deberá ser cancelado por el solicitante.

(...) ” En este sentido, corresponde al solicitante o a quién determine la junta [73] , pagar, de forma anticipada, los honorarios de que trata el artículo 20 del Decreto 1352 de 2013, con el fin de adelantar el proceso de pérdida de capacidad laboral.

8. Caso concreto El señor Luis Murillo Morales de 81 años de edad presentó acción de tutela contra la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, contratista de la empresa “trapiche la palestina”, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

Alega el accionante que pactó contrato verbal laboral con la señora Bolaños de Aguilera el 1º de mayo de 2010, para prestar sus servicios de cortador de caña en la empresa trapiche la palestina. Sin embargo, la accionada, de forma

unilateral, dio por terminada la relación laboral sin tener en cuenta que se encontraba incapacitado, en tratamiento médico y en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral. Agrega que la accionada nunca lo afilió al Sistema General de Pensiones por tener más de 60 años de edad.

De la situación fáctica expuesta por el accionante, corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar si la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, empleadora del señor Luis Murillo Morales (i) vulneró el derecho a la estabilidad la estabilidad laboral reforzada del accionante, por haber terminado la relación laboral, sin tener en cuenta que el petionario se encontraba en estado de debilidad manifiesta;

(ii) vulneró el derecho a la seguridad social del petionario al no afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y; (iii) debe asumir el pago de honorarios de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que determine la pérdida de capacidad laboral del accionante.

Antes de entrar a resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala procederá a determinar la procedencia de la presente acción de tutela, pues los jueces de instancia declararon la improcedencia de la misma, por considerar que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral.

En el caso objeto de estudio advierte la Corte que se configura el elemento de subordinación como requisito de legitimación por pasiva para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, pues el señor Luis Murillo Morales interpuso la presente demanda constitucional contra su empleadora, la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, con quien mantuvo un vínculo laboral regulado por un contrato de trabajo verbal.

Respecto al requisito de subsidiariedad encuentra la Sala que éste se encuentra satisfecho, pues no obstante contar con otro medio de defensa ante la justicia ordinaria laboral, éste no es idóneo ni eficaz.

El señor Luis Murillo de 81 años de edad, es una persona en situación de debilidad manifiesta, como quiera que se encuentra en trámite para determinar la pérdida de capacidad laboral, con múltiples incapacidades producto de un accidente laboral, según afirma el petionario, sin recursos económicos para suplir sus necesidades básicas [74] ;

circunstancias que lo hacen sujeto de especial protección constitucional y, en este sentido, a la acción de tutela procedente como el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

Es importante resaltar que las herramientas de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria son dispendiosas y tardan mucho tiempo en adoptar una decisión, razón por la cual se tornan ineficaces para garantizarle al accionante su derecho al trabajo -estabilidad laboral reforzada-, a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital, presuntamente vulnerados.

En cuanto al requisito de inmediatez [75] observa esta Sala que a pesar de no encontrarse determinada la fecha de terminación del contrato de trabajo, se presume que tuvo lugar cuando la señora Bolaños retiró al accionante del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El actor conoció de tal situación sólo hasta el 8 de febrero de 2016, cuando, en respuesta a la petición que hizo a la accionada [76] , ésta le informó que le retiró del sistema de salud porque había abandonado su puesto de trabajo y, en este sentido, ya no era su obligación seguirle pagando la seguridad social. Así mismo le indicó que no era posible acceder al reintegro laboral [77] .

Así, entre la fecha en que el accionante se entera de su desvinculación –conducta generadora de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante– y la presentación de la demanda, transcurrió un mes y ocho días después, pues el 8 de febrero de 2016 la señora Yolanda Bolaños le informó al accionante que no era posible reintegrarlo y, la acción de tutela se interpuso el 16 de marzo de 2016.

A su vez, en relación con la omisión de afiliar al señor Luis Murillo Morales al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, encuentra la Sala que se ha afectado su mínimo vital y su derecho irrenunciable a la seguridad social, de manera permanente, por lo cual su vulneración es continua y actual [78] , motivo suficiente para dar por satisfecho el requisito de inmediatez.

En este sentido, al encontrar satisfechos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala continuará con el estudio de fondo del caso objeto de revisión.

(i) ¿se vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del accionante? En el caso sub examine advierte la Sala que de la historia clínica aportada al expediente de tutela se desprende que el señor Murillo Morales presenta antecedentes de “radiculopatía”, con limitación física para desempeñar sus labores, [79] situación que le ha generado una serie de incapacidades de forma continua e ininterrumpida desde el año 2013.

[80] Dichas incapacidades se generaron hasta el 3 de enero de 2016, [81] debido a que la señora Bolaños lo retiró del Sistema General de Seguridad Social en Salud, porque a su juicio el señor Luis Murillo abandonó su puesto de trabajo y, en este sentido, no estaba ni está en la obligación de seguir pagando la Seguridad Social del mismo, como lo manifestó en la respuesta dada a la petición presentada por el accionante el 1º de febrero de 2016 [82] .

La Corte Constitucional ha sostenido que el empleador que decida terminar la relación laboral –independientemente de la clase de contrato– de un trabajador en situación de debilidad manifiesta, tendrá la obligación de solicitar la respectiva autorización al Ministerio del Trabajo o autoridad competente, so pena de ser ineficaz el despido.

De la situación fáctica expuesta, observa la Sala Octava que el señor Luis Murillo Morales al momento de su desvinculación [83] , se encontraba cobijado por el derecho a la estabilidad laboral reforzada, pues:

a) Al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo [84] , el accionante se encontraba incapacitado y en trámite para determinar la pérdida de capacidad laboral, circunstancias que demuestran el estado de debilidad del accionante.

b) No existió causal objetiva para su desvinculación. La señora Bolaños dio por terminada la relación laboral sin previo aviso y de forma unilateral, bajo el argumento de que el señor Luis Murillo abandonó su puesto de trabajo, sin tener en cuenta que éste no se volvió a presentar a su lugar de trabajo debido a que se encontraba incapacitado.

c) Tanto el señor Luis Murillo como la señora Yolanda Bolaños reconocen la relación laboral que surgió entre ellos, con el objeto de que el primero prestara el servicio de cortador de caña en la empresa “ Trapiche la Palestina” , sociedad que aún se dedica a la producción de panela; en este sentido, podría afirmarse que la causa que dio origen a la relación laboral subsiste.

Es de aclarar que la señora Bolaños manifestó que no podía reintegrarlo porque era verano y no se estaba trabajando, lo que permite inferir que la accionada al momento de la desvinculación del accionante y de la interposición de la acción tutela aún era contratista de dicha empresa.

d) La terminación de la relación laboral se realizó sin la previa autorización del Ministerio de trabajo. En este sentido, concluye la Sala Octava de Revisión que la señora Yolanda Bolaños vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada del señor Luis Murillo Morales, razón por la cual se ordenará a la accionada, en calidad de empleadora, reintegrar al accionante en forma inmediata al cargo que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía al que el demandante venía desempeñando.

Para ello, deberá tener en cuenta las condiciones actuales de salud y las recomendaciones médicas. De igual manera, se ordenará el pago de la indemnización correspondiente a los 180 días de que trata la Ley 361 de 1997 a favor del accionante [85] , así como el pago de las cotizaciones del Sistema General de Seguridad Social Integral dejadas de

cancelar desde su desvinculación, las cuales no podrán ser presentadas como una nueva afiliación, sino como el pago de cotizaciones atrasadas, dada la ineficacia del despido efectuado.

(ii) ¿Se vulneró el derecho a la seguridad social del accionante al no afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones durante la relación laboral? En la consideración “ 6.2.

” se indicó que es deber de todo empleador afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones y que el hecho de que una persona haya recibido una indemnización sustitutiva de la pensión vejez no lo inhabilita para seguir cotizando al sistema para cubrir los riesgos de invalidez y muerte pues estas prestaciones son sustancialmente diferentes del riesgo de vejez.

En este sentido, advierte la Sala que la señora Yolanda Bolaños vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del accionante, al no afiliarlo al sistema pensional.

Frente al segundo argumento dado por la señora Bolaños relacionado con la edad del accionante como impedimento para su afiliación, señala esta Corporación que en la actualidad en el ordenamiento jurídico no existe condicionamiento alguno referente a la edad que impida la afiliación al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media [86] .

La Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 797 de 2003, establece que: “ ARTÍCULO 3o. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten , los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales” (Énfasis agregado) “ARTÍCULO 4o.

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.” (Énfasis agregado).

Por lo anterior, la Sala Octava de Revisión amparara el derecho fundamental a la seguridad social del señor Luis Murillo Morales y, en consecuencia, ordenara a la señora Yolanda Bolaños afiliar al accionante al Sistema General de Pensiones desde que comenzó su relación laboral, esto es, desde el 1º de mayo de 2010 y, efectuar el respectivo pago de las cotizaciones causadas.

(iii) ¿Quién debe asumir el pago de los honorarios de la Junta Regional de Calificación de Invalidez? El artículo 142 del Decreto 019 de 2012 [87] establece que al Instituto Seguros Sociales, a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, a las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP–, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, corresponde determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de esas contingencias.

No obstante, el Decreto 1352 de 2013 prevé la posibilidad de acudir directamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, cuando transcurridos treinta (30) días calendario, después de terminado el proceso de rehabilitación integral, no ha sido determinada la calificación, que no podrá pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta [88] .

En el caso que nos ocupa, se observa que el señor Luis Murillo Morales inició proceso de calificación el 2 de diciembre de 2013, pero a la fecha el mismo se encuentra suspendido debido a que no se han entregado unos documentos por parte del peticionario, que a juicio de la Nueva EPS son necesarios para determinar el origen de las patologías.

Al respecto, recuerda esta Corporación que las entidades Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, deberán conformar una dependencia técnica o grupo interdisciplinario que adelante el procedimiento de determinación del origen de la enfermedad [89] , el cual contará con un médico con experiencia en medicina laboral, un médico especialista en medicina física y rehabilitación y un profesional diferente a las áreas de la medicina con formación en áreas afines a la seguridad y salud en el trabajo. Este equipo deberá efectuar el estudio y seguimiento de los afiliados y posibles beneficiarios, recopilar pruebas, valoraciones, emitir conceptos de rehabilitación en cada caso y definir el origen y grado de pérdida de la capacidad laboral [90] .

El trámite establecido para determinar el origen de la enfermedad y el grado de pérdida de capacidad laboral, no puede convertirse en un obstáculo [91] para que los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social hagan efectiva otras garantías fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, pues a través de éste procedimiento se puede determinar qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, generado con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común [92] .

Observa la Sala Octava de Revisión que la Nueva EPS pese a tener a su alcance todos los medios conducentes, para determinar el origen y el grado de pérdida de capacidad laboral del accionante, le impone al señor Morales una carga probatoria desproporcionada que vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

En este sentido, y dado que Nueva EPS ha dilatado de manera injustificada el trámite para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral y el origen de las contingencias que padece el señor Luis Murillo Morales, se ordenará a dicha Entidad Promotora de Salud proferir el dictamen de pérdida de capacidad laboral, para que el accionante tenga conocimiento del tipo de prestaciones a las que tiene derecho.

De igual manera, se ordenará que en caso de que el señor Luis Murillo Morales no esté de acuerdo con el dictamen emitido por la EPS, ésta deberá remitirlo a la Junta Regional de Calificación del domicilio del accionante de conformidad con los Decretos 019 de 2012 y 1352 de 2013.

9. Síntesis de la decisión La Sala Octava de revisión de la Corte Constitucional estudió el caso del señor Luis Murillo Morales, de 81 años de edad, quien a través de contrato verbal laboral con la señora Yolanda Bolaños, comenzó a prestar sus servicios de cortador de caña en la empresa Trapiche la Palestina, de la cual la accionada es contratista.

Indica el accionante que su empleadora dio por terminado el contrato de trabajo por abandono del puesto, sin tener encuentra que: (i) se encontraba incapacitado desde el año 2013 de forma continua e ininterrumpida, (ii) estaba en curso el trámite de pérdida de capacidad laboral y, (iii) se hallaba en tratamiento médico. Agrega que durante la relación laboral no fue afiliado al Sistema General de Pensiones porque ya había recibido una indemnización sustitutiva de vejez.

Por lo anterior, el señor Luis Murillo Morales interpuso acción de tutela contra la señora Yolanda Bolaños de Aguilera y, en consecuencia, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud.

Atendiendo la situación fáctica expuesta, la Sala planteó tres problemas jurídicos relacionados: (i) el derecho a la estabilidad laboral del accionante;

(ii) la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de todas las personas vinculadas mediante un contrato de trabajo, pese a su avanzada edad y a haber recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y;

(iii) la responsabilidad de la empleadora de asumir el pago de los honorarios de la junta Regional de Calificación de Invalidez que determinen la pérdida de capacidad laboral del señor Luis Murillo Morales.

Para resolver los problemas jurídicos planteados la Sala abordó los siguientes temas: 9.1. Estabilidad laboral Reforzada La estabilidad Laboral reforzada es el derecho que tienen todas las personas en situación de debilidad manifiesta de:

(a) conservar el empleo; (b) no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (c) permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y;

(d) que la autoridad laboral competente autorice el despido, so pena de ser declarado ineficaz. [93] En el caso sub examine , la Sala encontró que la señora Yolanda Bolaños de Aguilar:

(i) despidió al señor Luis Murillo cuando éste se encontraba en debilidad manifiesta, pues se encontraba incapacitado y en trámite para determinar la pérdida de capacidad laboral;

(ii) ; no existió causa objetiva para la desvinculación laboral del accionante; (iii) el motivo que dio origen a la relación laboral aún subsiste;

(iv) no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminada la relación laboral y; (v) no pagó la indemnización correspondiente a los 180 días de salario, como lo establece la Ley 361 de 1997.

Bajo este contexto, al comprobarse la ineficacia legal y constitucional del despido, se amparará el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor Luis Murillo Morales, y se ordenará a la señora Yolanda Bolaños de Aguilar reintegrar al accionante a su puesto de trabajo o a otro de igual o mejor jerarquía, de acuerdo con su situación médica.

9.2. Afiliación al Sistema General de Pensiones En lo que respecta a la no afiliación del señor Luis Murillo Morales al Sistema General de Pensiones, sostiene la Sala que una persona que haya recibido una indemnización sustitutiva de la pensión vejez puede seguir cotizando al Sistema General de Pensiones con el fin de obtener:

(i) la pensión de invalidez o de sobreviviente o, (ii) la indemnización sustitutiva de los mismos riesgos, en caso de cumplir con los requisitos exigidos para acceder a la pensión solicitada [94] .

Lo anterior, por cuanto se tratan de derechos prestacionales diferentes. [95] De otro lado, en la actualidad no existe en el ordenamiento jurídico condicionamiento alguno respecto a la edad que impida la afiliación al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media. Por el contrario, los artículo 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 establecen la obligación de afiliar a todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, sin importar la modalidad del mismo, y con ello, el deber de efectuar las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral.

En este sentido, la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, empleadora del señor Luis Murillo Morales, vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del accionante al no afiliarlo al sistema pensional.

9.3. Pago de los honorarios a la Junta Regional de Calificación de pérdida de capacidad laboral. Los Decretos 019 de 2012 y 1352 de 2013 establecen que corresponde en una primera oportunidad, entre otros, a las Entidades Promotoras de Salud EPS determinar la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

En el caso sub examine , el accionante inició ante la Nueva EPS el proceso para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral y el origen de las contingencias que padece. No obstante, éste se encuentra suspendido desde el año 2013, porque el peticionario no ha allegado unos documentos requeridos por dicha entidad. Al respecto, sostiene la Sala que cuando están en juego derechos fundamentales, el rigor del ritualismo procedimental no puede recaer sobre la parte más débil de la relación, más aun cuando se tiene certeza del derecho y se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Conforme a lo anterior y, teniendo en cuenta que: (i) la Nueva EPS desde año 2010 viene tratando al señor Luis Murillo Morales; (ii) las patologías por las cuales se inició el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y el origen de las misma se diagnosticaron en el año 2013;

(iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional y tiene derecho a la calificación de la pérdida de capacidad laboral; (iv) la Entidad Promotora de Salud le ha impuesto cargas administrativas al peticionario sin justificación alguna. Así las cosas, se ordenará a la Nueva EPS determinar el origen de las contingencias que padece el actor y el grado de pérdida de capacidad laboral.

Por lo anterior, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional revocará el fallo proferido el 23 de mayo 2016 por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali, Valle del Cauca, que a su vez confirmó la sentencia del 7 de abril de 2016, emitida por Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, que declaró improcedente la acción de tutela por inmediatez y subsidiariedad. En su lugar, se amparan los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por medio de Auto del 16 de diciembre de 2016, proferido por esta Sala de revisión para decidir el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido el 23 de mayo 2016 por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali, que confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Quince Penal Municipal de Santiago de Cali el 7 de abril de 2016, que a su vez declaró improcedente la acción de tutela, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del señor Luis Murillo Morales.

TERCERO.- ORDENAR a la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre al señor Luis Murillo Morales a un cargo en iguales o mejores condiciones al que ejerció hasta el momento de su desvinculación, atendiendo sus condiciones de salud.

CUARTO.- ORDENAR a la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe el pago de las cotizaciones de salud, y riesgos profesionales del accionante, dejadas de cancelar, las cuales no constituirán nueva afiliación, sino que deberán tenerse como pago de cotizaciones suspendidas o atrasadas, dada la ineficacia del despido efectuado.

QUINTO.- ORDENAR a la señora Yolanda Bolaños de Aguilera pagar al señor Luis Murillo Morales, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, la indemnización correspondiente a los 180 días de que trata la Ley 361 de 1997.

SEXTO.- ORDENAR a la señora Yolanda Bolaños de Aguilera, que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie los trámites para afiliar al señor Luis Murillo Morales al Sistema General de Pensiones, a partir del 1º de mayo de 2010, fecha en la cual inició la relación laboral, y efectúe el pago de las cotizaciones adeudadas desde la fecha de la afiliación.

SÉPTIMO.- ADVERTIR a Colpensiones que debe abstenerse de negar la afiliación al Sistema General de Pensiones del solicitante y/o beneficiario por haber recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y/o ser una persona de la tercera edad, como lo afirma la accionada Yolanda Bolaños de Aguilera, por las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, efectúe el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Luis Murillo Morales, en el cual determine el origen de su enfermedad y el grado de pérdida de capacidad Laboral. En caso de que el accionante no esté de acuerdo con dicho dictamen, la Entidad Promotora de Salud deberá remitir el expediente a la Junta Regional de calificación del domicilio del accionante, de conformidad con lo previsto en los Decretos 019 de 2012 y 1352 de 2013.

NOVENO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO Magistrado Con Salvamento de Voto Parcial ROCIO LOIZA MILIÁN Secretaria General (e) SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- No existe certeza sobre la fecha de terminación del contrato ni la causal en que se fundamentó dicha terminación (Salvamento parcial de voto) ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- No se debió ordenar el reintegro ni la orden de pago de la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997 (Salvamento parcial de voto) Referencia: Sentencia T-502 de 2017 (T-5.758.127) Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-502 del 4 de agosto de 2017, me permito presentar Salvamento de Voto Parcial, fundamentado en las siguientes consideraciones:

1. No comparto la decisión de ordenar el reintegro del señor Luis Murillo Morales ni la orden de pago de la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997. En ambos casos se parte de los siguientes supuestos: (i) que la empleadora terminó unilateralmente la relación laboral que tenía con el actor y (ii) que dicha terminación carecía de eficacia por las particularidades del caso [96] .

Sin embargo, las pruebas del plenario no dan cuenta de la terminación de la relación de trabajo, como tampoco es posible inferir la fecha exacta y la forma en la que, presuntamente, se terminó la relación, condiciones de necesarias para derivar la consecuencia de la ineficacia del despido y para adoptar las dos decisiones de las cuales me aparto en esta ocasión.

2. Dentro del expediente no reposaban pruebas que permitieran tener certeza sobre la fecha de terminación del contrato ni la causal en que se fundamentó dicha terminación. Muestra de ello es que en el proyecto se afirma que la relación laboral terminó de forma tácita [97] , pero las normas que se citan para fundamentar esa afirmación corresponden a eventos que le son imputables al trabajador, cuando lo que se pretende probar, para efectos de la ineficacia del despido y sus consecuencias, es una causal de terminación unilateral del contrato por parte del empleador que aquí funge como accionado.

Adicionalmente, se advierte que, pese a la anterior afirmación sobre el abandono del cargo, en la decisión se tiene como fecha de terminación del contrato, el momento en el que la empleadora retiró al actor del SGSSS [98] .

3. En el asunto sub examine no se tuvieron en cuenta todas las cuestiones relevantes del litigio. En efecto, pese a que la demandada alegó que el señor Murillo Morales no le informó del accidente de trabajo, lo cierto es que en el proyecto no se dice nada frente al particular o a las razones por las cuales dicha “omisión” no tiene la entidad suficiente para modificar el sentido de la decisión, sobre todo si se tienen en cuenta las obligaciones del empleador en materia de riesgos laborales y de atención de los accidentes de tal naturaleza.

4. Aunque en gracia de discusión se aceptara que encuentra acreditada la terminación de la relación laboral, lo cierto es que la edad del accionante y su estado de salud imposibilitan el reintegro que fue ordenado por la Sala, especialmente si

se tiene en cuenta que las labores que el actor desempeña requieren de gran esfuerzo físico, situación que no resulta consecuente con la protección que se deprecia del juez de tutela en el presente proceso de amparo.

Con el acostumbrado respeto, CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado [1] Folio 2 del cuaderno principal. [2] Sentencias T-920 de 2009 y T-2012 de 2010.

[3] Folio 135 del cuaderno principal. [4] Folio 164 del cuaderno principal. [5] Folio 175 del cuaderno principal. [6] Folio 195 del cuaderno principal.

[7] Carrera 4 N° 1- 76 en la ciudad de Cali, Valle del Cauca. [8] Carrera 4 N° 12-41 Edificio Centro Seguros Bolívar, Oficina 1004 de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

[9] Calle 10 N° 4-47, Piso 23 de la ciudad de Cali, Valle del Cauca. [10] Carrera 5 No. 12-42, Edificio Banco de Occidente. [11] Recibido en esta Corporación el 19 de enero de 2017.

[12] Folio 43 del cuaderno constitucional. [13] Recibido en la Secretaría de esta Corporación el 7 de febrero de 2017. [14] Recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 1° de marzo de 2017.

[15] Folio 86 del cuaderno constitucional. [16] Folio 98 del cuaderno constitucional. [18] Encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

[19] Parágrafo 5 del Artículo 86 de la Constitución Política. Ver también artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. [20] Sentencia T-524 de 2016.

[21] Sentencias T-231 de 2010, T-516 de 2011, T-323 de 2016 [22] “ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” [23] Sentencia T-347 de 2016.

[24] Ver sentencias T-494 de 2006, SU-544 de 2001, T-142 de 1998 y T-225 de 1993. [25] Ver sentencia T-456 de 2004. [26] Ver sentencia T-234 de 1994.

[27] Ver Sentencia T-211 de 2009, posición que fue reiterada en Sentencia T-040 de 2016. [28] Sentencia T-016 de 2015. [29] Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

[30] Véase, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994. [31] Posición que fue reiterada en Sentencia T-347 de 2016. [32] Ver las sentencias T-068 de 2006 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, T-822 de 2002 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, T-384 de 1998 Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, y T-414 de 1992 Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

[33] Ibídem. [34] Sentencias T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003. [35] Sentencia T-370 de 2016. [36] Sentencias T-594 de 2015; T-199 de 2015 T-344 de 2016;

T-040 de 2016; T-168 de 2016; T-364 de 2016; y T-521 de 2016 entre otras. [37] Ver entre otras, las siguientes Sentencias: T-335 de 2015; T-008 de 2015; T-489 de 2015;

T-016 de 2015, T-400 de 2015, T-689 de 2015, T-621 de 2016; T-618 de 2016 y T-410 de 2016. [38] Ver entre otras sentencias las siguientes: T-520 de 2015; T-605 de 2015; T-715 de 2015;

T-181 de 2015; T-681 de 2015; SU.499 de 2016; T-236 de 2016; T-656 de 2016 y T-173 de 2016. [39] Sentencia T-018 de 2013, T-453 de 2014, entre otras.

[40] Sentencia T-691 de 2013, posición que fue reiterada en Sentencia T-106 de 2014. [41] Sentencia SU-023 de 2015; T-639 de 2015; T-278 de 2016; T-485 de 2016, entre otras.

[42] Sentencia T-509 de 2016. [43] Sentencia T-717 de 2016. [44] Sentencia T-020 de 2016. [45] Sentencia T-083 de 2004. [46] Artículo 1º y 95 de la Constitución Política.

[47] Artículo 13 Ibídem. [48] Artículo 47 Ibídem. [49] Sentencia T-040 de 2016. [50] Esto es, mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas en situación de discapacidad o en situación de vulnerabilidad por deterioro en su salud.

[51] Sentencia T-521 de 2016. [52] Sentencia T-320 de 2016. [53] En Sentencia T-310 de 2015 la Corte Constitucional señaló que “ la estabilidad laboral reforzada es predicable de cualquier contrato, sea un contrato laboral o un contrato de prestación de servicios, pues finalmente, el objetivo perseguido por la Constitución es proteger el derecho que tiene la persona en situación de vulnerabilidad de que su vínculo contractual sea estable y se mantenga para que su especial situación, no sea afectada o agravada por una medida arbitraria tomada por el contratante .” [54] En Sentencia T-394 de 2014 la Corte precisó que las consecuencias de despedir a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin autorización del Ministerio del Trabajo, a saber:

“(i) que el despido sea absolutamente ineficaz; (ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y, (iii) que sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido” .

[55] Sentencia T-003 de 2010. [56] “ El artículo 5 de la Ley 361 de 1997 establece que para hacerse acreedores a la protección legal especial que consagra, es necesaria la previa calificación médica que acredite la discapacidad. Dice: ‘ Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

” [57] Ibídem. [58] “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.” (...) ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo .

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, 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.

[59] Artículo 48, inciso 1º: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.” [60] Inciso 2º del artículo 48 de la Carta Política dispone que “ se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

[61] Sentencia T-131 de 2015. [62] Sentencia T- 814 de 2008. [63] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993 [64] Artículo 153 Ibídem. [65] Sentencia T-380 de 2007.

[66] Sentencia T-124 de 2016. [67] Artículo 10. [68] Artículo 3 de la Ley 797 de 2003 que modifico el artículo 15 de la Ley 100 de 1993. [69] Énfasis agregado.

[70] Parágrafo del artículo 13 del Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo 224 del mismo año: “[...] Parágrafo. Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte. Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización, no se computarán para la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988”.

Parágrafo del artículo 14 del Decreto 758 de 1990: “[...] PARÁGRAFO. Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte” [71] Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así, sentencia del 19 de febrero de 2014:

“... no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado haya recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. En efecto, si bien es cierto que, en principio –y según lo ha señalado esta Sala-, están excluidas del Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, las personas que hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, tal regla general no cubre aquellas personas que, como el demandante, continúan aseguradas para otro tipo de contingencias, con lo cual se abre la posibilidad de que ellas se beneficien de una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.”.

[72] Énfasis agregado. [73] Artículo 20: “ (...) Cuando el pago de los honorarios de las Juntas Regional y/o Nacional de calificación de invalidez hubiere sido asumido por el interesado, tendrá derecho al respectivo reembolso por parte de la entidad que conforme al resultado del dictamen le corresponda asumir las prestaciones ya sea la Administradora de Riesgos Laborales, o Administradora del Sistema General de Pensiones, en caso que el resultado de la controversia radicada por dicha persona, sea a favor de lo que estaba solicitando, en caso contrario, no procede el respectivo reembolso .” [74] En el escrito de tutela, se indica que el pago de las incapacidades es el único ingreso económico que percibe, las cuales se adeudan desde el 16 de octubre de 2013; afirmación que no fue desvirtuada. Además, informa la apoderada en el escrito allegado a esta Corporación que el núcleo familiar del señor Murillo “ se limita a una sobrina quien vive cerca a su domicilio, debiendo precisar que vive solo en una habitación alquilada y que vela por sí mismo y en la medida de sus posibilidades.

” fol. 86 del cuaderno constitucional. Respecto al pago de la indemnización sustitutiva se encuentra que esta fue por un único pago, por el valor de \$ 692.019 pesos. Fol., 99 del cuaderno constitucional.

[75] Sentencia T-246 de 2015 “ La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.”.

[76] En enero de 2016, cuando el accionante asistió a la EPS para recibir atención médica, esta se lo negó por encontrarse en estado “ retirado ”, razón por la cual, presentó derecho el 1 de febrero de 2016 –Fol. 78 del cuaderno principal–.

[77] Folio 88 del cuaderno principal. [78] Cfr. Sentencia SU-499 de 2016. [79] Folio 29, diagnostico de 2013 que ha venido siendo reiterado en las consultas posteriores.

[80] Según historia clínica aportada al expediente de tutela. [81] Folio 30 del cuaderno principal. [82] “ como no se volvió a presentar el mismo dejo (sic) su trabajo abandonado y por ende no es obligación mía (sic) seguirle pagando

Seguridad Social (...)”– Folio 88 del cuaderno principal–.

[83] Si bien en el expediente no obra prueba en la cual se constate la terminación formal del contrato de trabajo suscrito entre la señora Yolanda Bolaños, en calidad de empleadora, y el señor Luis Murillo Morales, en condición de trabajador, del supuesto fáctico y del acervo probatorio se desprende que dicha relación laboral finalizó de forma tácita. Lo anterior, al encontrar que:

(i) la justificación dada por la parte demandada para explicar porque retiró al accionante del Sistema de Seguridad Social, es una causal legal para terminar unilateralmente el contrato de trabajo (numeral 6° del art. 62 y numeral 4 del art. 60 del Código Sustantivo del trabajo –Abandono del trabajo–) y (ii) pese a la solicitud de reintegro laboral del peticionario, la señora Bolaños negó el mismo.

[84] Se presume que la relación laboral terminó cuando la señora Bolaños decidió retirarlo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues de la fecha, alega no tener ninguna obligación con el accionante, porque a su juicio el señor Murillo Morales abandonó su puesto de trabajo, situación que genera la terminación del contrato.

[85] De acuerdo con la parte considerativa de esta providencia, cuando una persona en situación de discapacidad o debilidad manifiesta, es despedida sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo, el empleador deberá pagar al trabajador, a título de indemnización, la suma de 180 días de salario, la cual podrá ser reconocida a través de la acción, cuando esta proceda como mecanismo definitivo. Ver Sentencia T-025 de 2011.

[86] La única restricción prevista en el ordenamiento jurídico vigente se encuentra en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 para las personas del régimen de ahorro individual con solidaridad, según el cual:

“ Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad: a.) Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.

b.) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.” [87] “ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública ”.

[88] Artículo 29. [89] Artículo 2.2.5.1.27. del Decreto 1072 de 2015 . [90] Artículo 2.2.5.1.26. del Decreto 1072 de 2015.

[91] En Sentencia T-412 de 2016 se sostuvo que “ la Corte Constitucional ha reconocido que las cargas administrativas no pueden ser trasladadas a la parte más débil de la relación, y por lo tanto, este no puede ser argumento para negar el reconcomiendo de un derecho pensional cuando se ha cumplido con los requisitos para ello ”.

[92] Sentencia T-331 de 2015. [93] Sentencia T-320 de 2016. [94] Artículo 45 y 49 de la Ley 100 de 1993. [95] Sentencia T-861 de 2014. [96] Página 47.

[97] Pie de página 83. [98] Pie de página 84.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:

Copia de consulta hecha el 4 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.