

Sentencia T-141/16

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por vía de tutela de manera excepcional

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD O DISMINUCION FISICA

El derecho a la estabilidad reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por razones de salud ha sido construido con apoyo a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1º, 13, 47, 54 y 95. El principio de estabilidad en el empleo, consiste en la garantía de permanecer en él y gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo contraído.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADOR EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA CON LIMITACIONES FISICAS, SENSORIALES O PSICOLOGICAS VINCULADO A EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES O MEDIANTE CONTRATO A TERMINO FIJO-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional sostiene que la garantía de la estabilidad en el empleo cobija todas las modalidades de contratos, incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales tienen, en principio, una vigencia condicionada al cumplimiento pactado o a la finalización de la obra. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha estabilidad surge justamente por las condiciones de debilidad manifiesta en que se encuentra el grupo de personas que son beneficiarias de la misma, no por la naturaleza del contrato. Entonces, también en estos casos, es necesario que la empresa de servicios temporales acuda a la autoridad laboral competente con el fin de obtener la autorización de despido de la persona en condición de debilidad.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR CONTRATADA

DERECHO A LA PROTECCION LABORAL REFORZADA-Reglas jurisprudenciales

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES-Disminución de la capacidad psicofísica

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Vulneración por cuanto la empresa tenía conocimiento sobre el estado de salud del empleado

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Vulneración por cuanto se evidencia nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador y no se solicitó autorización del Ministerio de la Protección Social para el despido

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Orden a empresa reintegrar a trabajador a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le despidió

DESVINCULACION DE SOLDADOS POR RAZON DE LA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA-Vulneración de los derechos al trabajo y a la igualdad por el Ejército al retirar soldado sin haber hecho una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES-Orden al Ejército determinar qué tipo de labores podría desempeñar el actor en el evento de considerarlo no apto para la prestación del servicio militar

Referencia: expedientes T-5152536 y T-5208261

Acción de tutela instaurada por José Concepción Contreras Contreras contra AIG Seguros Colombia S.A. y Adecco Colombia S.A.; Wilfran Andrés Santiago Santiago contra el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el Ministerio de Defensa, el Batallón Especial Energético y Vial No 10 y el Ejército Nacional, respectivamente.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Las demandas de tutela

1. El señor José Concepción Contreras Contreras interpuso acción de tutela contra las empresas Adecco Colombia S.A. y AIG Seguros Colombia por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social, al ser despedido por su condición de salud. En consecuencia, solicitó su reintegro al cargo que ocupaba.

2. El señor Wilfran Andrés Santiago Santiago interpuso acción de tutela contra el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía de Bogotá, el Ministerio de Defensa, el Batallón Especial Energético y Vial No 10 y el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada, al calificarlo no apto para la prestación del servicio por su estado de salud y no recomendar su reubicación por ausencia de títulos académicos. Por lo anterior, solicitó su reubicación en la institución.

Caso T-5152536

Hechos relevantes

3. El 02 de febrero de 2015, el señor Contreras firmó un contrato de trabajo por obra o labor contratada con la empresa Adecco Colombia S.A.¹. En el mismo contrato se estipuló que el accionante prestaría sus servicios en la empresa usuaria AIG Seguros Colombia S.A., en el cargo de asesor comercial, con el objeto de incrementar la producción o ventas y con un salario mensual de \$644.350.

4. El 14 de febrero de 2015², ingresó de urgencias al Hospital Universitario San José donde le realizaron una cirugía como consecuencia de una hernia abdominal, siendo incapacitado del 14 de febrero al 28 del mismo mes³.

5. El 17 de febrero de 2015⁴, nuevamente ingresó por urgencias al mismo hospital, fue hospitalizado y le realizaron exámenes.

6. El 19 de febrero le realizaron una segunda cirugía y el 27 de febrero le dieron salida. Por lo anterior, le emitieron una incapacidad de un mes, del 27 de febrero al 28 de marzo de 2015⁵.

7. En tránsito de la incapacidad, el 10 de marzo de 2015⁶, tuvo un nuevo ingreso a urgencias por una fuerte infección, con una hospitalización hasta el 15 de marzo de 2015. Por lo anterior, le emitieron una incapacidad de un mes, del 15 de marzo

¹ En el folio 17 del cuaderno 1 reposa copia de contrato de trabajo.

² En el folio 14 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de ingreso.

³ En el folio 15 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

⁴ En el folio 12 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de ingreso.

⁵ En el folio 13 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

⁶ En el folio 10 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de ingreso.

al 03 de abril de 2015⁷.

8. El 06 de abril de 2015 -primer día hábil después del vencimiento de la incapacidad- regresó al trabajo. Sin embargo, dado que sus labores requerían caminar todo el día, ese mismo día fue incapacitado por dos días más⁸. Por ello, el médico tratante recomendó a la empresa la reubicación del empleado, recomendación que fue acogida por la empresa ubicándolo en una oficina.

9. El 23 de abril de 2015⁹, en una cita de control -retiro de puntos-, le ordenaron una tomografía axial computada de abdomen y pelvis y otros exámenes para establecer la posible existencia de otra hernia y determinar el tratamiento a seguir. La EPS Coomeva autorizó el examen y le informó que el 7 de mayo le entregaría los resultados¹⁰.

10. El accionante le informó a las accionadas todas las novedades en su salud¹¹, quienes, lo enviaron a un médico de la entidad que emitió recomendaciones de cuidado: no podía estar caminando todo un día¹².

11. El 24 de abril de 2015 le informaron de la terminación de su contrato a partir del mismo día, motivando el despido de la siguiente manera¹³:

“Lo anterior con fundamento en la condición contemplada en su contrato de trabajo, que por la naturaleza del servicio prestado y frente a la información o cese de la necesidad del mismo por la empresa usuaria AIG SEGUROS S.A., quien así lo informó, se termina consecuentemente la obra o labor para la cual ha sido contratado.”

Adicionalmente, le recuerdan que la EPS debe continuar con la prestación del servicio de salud, aun con la finalización de la relación laboral -citan la sentencia T-344 de 2008-.

12. El 08 de mayo de 2015, le realizaron una escanografía abdominal total con contraste, en la cual se observó *“alteración de la grasa peritoneal adyacente al ciego con imagen gaseoso su interior que sugiere secuelas de cambios inflamatorios e involucra apéndice”*; y se determinó *“cambios inflamatorios en el retroperitoneo de la hemipelvis inferior derecha”*. Programándole cita médica para el 04 de junio de 2015¹⁴.

13. Por los hechos expuestos, el señor José Concepción -de 53 años¹⁵ y desplazado por la violencia- considera que fue con motivo de su enfermedad que Adecco S.A. terminó el contrato, vulnerando su derecho a la estabilidad laboral reforzada, a la

⁷ En el folio 11 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

⁸ En el folio 8 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

⁹ En el folio 2 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de evolución.

¹⁰ Ver folio 4 del cuaderno 1.

¹¹ Afirmación realizada por el accionante en la demanda de tutela.

¹² Afirmación realizada por el accionante en la demanda de tutela.

¹³ En el folio 1 del cuaderno 1 reposa copia de la carta de despido.

¹⁴ Ver folios 4 al 8 del cuaderno 3.

¹⁵ En el folio 16 del cuaderno 1 reposa copia de la cédula de ciudadanía.

salud y al mínimo vital pues de su salario dependen él y sus dos hijas con las que vive -la esposa murió hace algunos años-, pagan un arriendo mensual de \$350.000, alimentación, vestuario y medicamentos.

14. El 14 de diciembre de 2015, el señor Contreras envió a la Corte Constitucional un escrito informando que fue despedido luego de dos cirugías que le practicaron en el abdomen; que no lo han contratado en otras empresas por las referidas operaciones, pues no pasa los exámenes de ingreso; y que según le han dicho los médicos quedó con una hernia que posiblemente tendrá que volverse a operar¹⁶.

Respuesta de las entidades accionadas

15. *AIG Seguros Colombia S.A.*¹⁷ solicitó declarar improcedente la acción de tutela.

La empresa suscribió un contrato de carácter comercial con Adecco S.A., denominado contrato de servicios de suministro de personal¹⁸. En virtud de lo anterior, Adecco S.A. envía a la empresa AIG trabajadores en misión, como sucedió con el señor Contreras, lo cual no genera un vínculo laboral con el accionante, razón suficiente para declarar improcedente el amparo por falta de legitimación pasiva.

Adicional a su argumento principal -falta de legitimidad pasiva-, dice la empresa que (i) no le constan las incapacidades del accionante, por cuanto este no era trabajador de la compañía; (ii) que no se evidencia la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que no se discute la vulneración de un derecho fundamental. En conclusión, el actor podría acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a reclamar lo solicitado al juez de tutela.

16. *Adecco Colombia S.A.*¹⁹ solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Señaló que el señor José Contreras y Adecco Colombia suscribieron un contrato laboral bajo la modalidad de obra o labor contratada para que desempeñara el cargo de asesor comercial, como trabajador en misión de la empresa usuaria AIG.

Indicó que durante la ejecución del contrato el trabajador fue incapacitado en varias oportunidades, sin embargo, para el momento del despido, no se encontraba incapacitado, ni con restricciones médicas para laborar, ni tenía algún tratamiento médico pendiente que lo revistiera del fuero de estabilidad laboral reforzada. Tan es así, que en el último control solamente se emitió una orden de tomografía axial por la patología denominada hernia abdominal no especificada y el examen de egreso no señaló limitación alguna.

Como prueba de su buena fe, señala que en el mes de abril de 2015, la empresa

¹⁶ Ver folio 26 del cuaderno principal.

¹⁷ Ver folios 239 a 247 del cuaderno 1.

¹⁸ En los folios 219 a 237 del cuaderno 1 reposa copia del contrato.

¹⁹ Ver folios 206 al 218 del cuaderno 1.

usuaria comunicó que la labor para la que había sido contratado el señor Contreras había finalizado; sin embargo, en garantía de los derechos del trabajador se mantuvo vigente el contrato. Adicionalmente, las incapacidades fueron pagadas en un 100%.

17. *Ministerio del trabajo*²⁰ solicitó declarar la improcedencia de la acción por falta de legitimación pasiva del ministerio. Afirmó que ninguno de los hechos planteados por el accionante endilga a este ministerio responsabilidad en la presunta vulneración de sus derechos.

Decisiones judiciales objeto de revisión²¹

Primera instancia: *sentencia del Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá, proferida el 25 de junio de 2015*²².

18. Concedió el amparo. Consideró que la acción de tutela cumplía con los requisitos exigidos por el precedente constitucional, teniendo en cuenta que: (i) a la fecha del despido, el señor Contreras padecía una afección física que le impedía realizar su trabajo en condiciones regulares; (ii) Adecco tenía conocimiento de la enfermedad del accionante; y (iii) no existió autorización del Ministerio del Trabajo para el despido.

Impugnación

19. Adecco Colombia S.A. impugnó la decisión de primera instancia argumentando que el actor no era beneficiario de la protección a la estabilidad laboral reforzada por no tener limitaciones sustanciales para trabajar por su condición de salud, como quiera que sus incapacidades médicas obedecen a un procedimiento médico por patología de origen común, que para el momento del despido su tratamiento no generó incapacidad, recomendaciones o restricciones médicas. De esta manera, no existió nexo causal entre el despido y la enfermedad del accionante.

Segunda instancia: *sentencia del Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, del 21 de agosto de 2015*²³.

20. En segunda instancia, revocó el fallo de primera instancia. El Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá consideró que si bien el accionante tuvo una serie de incapacidades por la hernia y la infección que luego presentó, dicha situación fue superada y del 6 al 24 de abril laboró con normalidad, sin limitación alguna. En

²⁰ El ministerio del trabajo fue vinculado por el juzgado de primera instancia, en cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito. La respuesta reposa en los folios 249 al 276 del cuaderno 1.

²¹ El 15 de mayo de 2015 el Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá, concedió el amparo de los derechos fundamentales del señor José Concepción Contreras Contreras y el 27 de mayo de 2015 la empresa Adecco S.A. impugnó la decisión. En consecuencia, el 05 de junio de 2015, el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, advirtió la existencia de una nulidad en el proceso por la ausencia de vinculación del Ministerio del Trabajo. Por lo anterior, se devolvió el expediente al Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá para reiniciar el trámite.

²² Ver folios 278 al 282 del cuaderno 1.

²³ Ver folios 10 al 13 del cuaderno 4.

cuanto a la hernia “*que le fue descubierta*” el 23 de abril de 2015 y “*que probablemente tenga se ser operada*”, dijo que no implicaba discapacidad para laborar. En estos términos, a juicio del Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, la patología del actor no sería suficiente para catalogarlo como persona con discapacidad y en ese sentido merecedor de la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada.

Sumado a lo anterior, concluyó dicho juzgado que el contrato de trabajo no terminó como consecuencia de la enfermedad del actor, sino por la finalización de la labor u obra contratada, causal objetiva de terminación del contrato.

Insistencia para la selección del caso en la Corte Constitucional²⁴

21. El Defensor del Pueblo insistió ante la Corte Constitucional para la selección del caso objeto de estudio. Justificó la insistencia en que el accionante fue despedido sin el permiso de la autoridad competente, pese a tratarse de una persona en estado de debilidad manifiesta por encontrarse en exámenes médicos como consecuencia de una afección física pendiente de diagnóstico y tratamiento médico (una posible intervención quirúrgica). Por lo anterior, el Defensor del Pueblo considera que el señor Contreras es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada como garantía constitucional de protección.

Caso T-5208261

Hechos relevantes

22. Del 04 de agosto de 2009 al 13 de mayo de 2011, el señor Wilfran Santiago prestó el servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional de Colombia como soldado regular.

El 20 de enero de 2015, la Dirección de Personal del Ejército certificó sus tiempos de servicio, hasta esa fecha, así: el 16 de abril de 2012 comenzó el curso para soldado profesional y desde el 03 de julio de 2012 se desempeñó como tal en el Batallón Especial Energético y Vial No 10 en el grado de soldado profesional, siendo orgánico de la compañía B²⁵. Con un total de tiempo de servicios de 4 años, 6 meses y 12 días hasta el 20 de enero de 2015²⁶.

23. El 20 de septiembre de 2013, en cumplimiento de sus funciones como soldado, sufrió una caída de 12 metros de altura²⁷. Por lo anterior, el 10 de abril de 2014, el teniente coronel Jorge Alexander Ramírez Ordoñez presentó un informe administrativo²⁸ respecto de las lesiones sufridas por el accionante, catalogando el accidente como “*en el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad*”

²⁴ Ver folios 3 al 8 del cuaderno principal.

²⁵ Ver folio 53 del cuaderno 1.

²⁶ En el folio 19 del cuaderno 1 se encuentra copia del certificado de tiempo servido en la institución.

²⁷ En el folio 14 del cuaderno 1 reposa copia del informe rendido por el ST. Villalobos Rojas Camilo Andrés el 09 de octubre de 2013, indicando sobre el accidente sufrido por el accionante el cual comprometió el hombro, la rodilla y el estómago, quedando imposibilitado para moverse por sus propios medios.

²⁸ En el folio 17 del cuaderno 1 se encuentra copia del informe.

profesional y/o accidente de trabajo.” Y que, como consecuencia de ello fue diagnosticado con “politraumatismo en extremidades, trauma en rodilla izquierda y hombro izquierdo”.

24. El 14 de mayo de 2014, el especialista en ortopedia dictaminó un dolor muy intenso en la columna lumbar del soldado, hormigueo en los pies y dolor a la marcha; por lo tanto, le diagnosticó una hernia discal L5 – S1, todo como secuela de la lesión presentada²⁹.

25. El 04 de junio de 2014, la Junta Médica Laboral de las Fuerzas Militares estudió los documentos de sanidad del señor Santiago evaluando la aptitud psicofísica del soldado³⁰. De la calificación se desprende la siguiente información relevante para el caso: (i) paciente con antecedentes de dolor lumbar que limita cambios de postura y movimientos; (ii) buen estado general, dolor a la palpación en la región lumbosacra para la flexión del tronco, sin signos de radiculopatía; (iii) diagnóstico: hernia discal L5 – S1 valorado y tratado por ortopedia que deja como secuela dolor lumbar crónico; (iv) incapacidad permanente parcial; (v) no apto para la actividad militar – no se recomienda reubicación laboral; (vi) disminución de la capacidad laboral del 13%; y (vii) enfermedad profesional.

Específicamente, respecto de la reubicación, la Junta determinó lo siguiente: *“en cuanto a la sugerencia de reubicación laboral se da en forma negativa ya que el paciente presenta secuelas de origen osteomuscular que le impide [sic] realizar funciones militares en forma satisfactoria, además su permanencia en la fuerza puede impactar en forma negativa su proceso de rehabilitación integral funcional y no aporta certificaciones académicas que legitimen competencia que puedan ser aprovechadas por la fuerza.”*

26. El 25 de septiembre de 2014³¹, el accionante solicitó la revisión del concepto emitido por la junta médica. En el escrito, presentó su inconformidad con la institución al calificarlo de no apto, pues considera que sus capacidades son suficientes para aportar a la institución, por ejemplo, en el dispensario donde ha ejecutado sus funciones desde el accidente y en cambio *“se me hecha (sic) como si fuera algo indeseable o desechable pues es así como me siento que mi institución me está tratando después que yo puse en las fuerzas militares todos mis sueños y los de mi familia”*. Además, indicó que si bien no pudo ir a la universidad, estaba dispuesto a recibir capacitación en funciones técnicas que requiera para prestar sus servicios a la institución.

27. El 12 de febrero de 2015³², fue valorado por medicina interna debido al dolor de espalda; allí se determinó *“paciente con dolor crónico lumbar de más de un año de evolución, sin signos clínicos de compromiso discal ni radicular, resonancia nuclear magnética normal, con tomografía axial computarizada de columna, describe hernia protruida consideró que lumbago mecánico obedece a la sobrecarga de peso frecuente en la carga diaria soportada por su profesión de*

²⁹ Ver folio 20 al reverso del cuaderno 1.

³⁰ Ver folio 20 del cuaderno 1.

³¹ Ver folio 11 del cuaderno 1.

³² Ver folio 24 del cuaderno 1.

soldado profesional.”

28. Pese a que el 18 de febrero de 2015, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se reunió para resolver la solicitud del señor Santiago en la cual pedía reubicación laboral, confirmando la decisión adoptada por la Junta Médica Laboral, el acta del Tribunal tiene fecha del 03 de junio de 2015³³. Del acta se desprende la siguiente información relevante para el caso: (i) bachiller a distancia del año 2014, sin capacitaciones; (ii) examen físico: *“paciente en aceptables condiciones generales, ingresa solo por sus propios medios, adecuada presentación personal, consiente, alerta, orientado en las tres esferas, pensamiento lógico, responde coherentemente al interrogatorio con precisión, mantiene la mirada con los examinadores, juicio y raciocinio conservado, edad cronológica acorde con edad aparente. Realiza patrón de marcha normal, marcha punta talón normal. Columna dorso lumbar centrada sin curvas patológicas, realiza arcos de movilidad con leve limitación en los últimos grados a los movimientos de flexión, extensión, rotación y lateralidad. Sensibilidad conservada, fuerza 5/5, trefismo normal, reflejos normales. Con dolor a la palpación de apófisis espinosas.”*; (iii) declaró al funcionario *“no apto”* para las actividades militares porque, si bien la resonancia nuclear magnética reportó normalidad en la columna lumbo sacra, la tomografía axial computarizada reportó una hernia discal protruida sin estenosis significativa del canal L5 – S1; lo cual genera incapacidad médica para realizar actividades físicas intensas y para cargas excesivas; y (iv) no recomendó la reubicación al no acreditar aptitudes ocupacionales, ni contar con capacitaciones para desempeñarse y aprovechar su capacidad laboral residual, *“lo que le impide realizar actividades, ya sea de tipo administrativo, de docencia o de instrucción (...)”*.

29. El 06 de abril de 2015, Wilfran Santiago presentó al Comandante del Ejército Nacional una solicitud de retiro voluntario del servicio. Al respecto, el accionante manifestó que ante la declaratoria de no apto (calificación de la Junta Médica Laboral del 04 de junio de 2014), fue inducido en error y pidió la baja, *“por cuanto los mandos militares y administrativos solo de ellos recibía indiferencia y desprecio por ser inservible que llegué a postrarme y creer que sí lo era, es decir, el daño moral por la misma moral ya estaba hecho.”* En las pruebas allegadas a la Corte Constitucional, el señor Santiago Santiago precisó que su retiro de la institución se hizo efectivo el 27 de abril de 2015³⁴.

Por todo lo anterior, el señor Wilfran Andrés Santiago Santiago, considera que, independientemente de la renuncia por el presentada, la cual no fue voluntaria, los actos administrativos que lo calificaron como no apto para la prestación del servicio por su estado de salud y lo cuales no recomendaron su reubicación por ausencia de títulos académicos, vulnera sus derechos fundamentales.

Respuesta de las instituciones accionadas

30. *Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y el Ministerio de*

³³ Ver folios del 22 al 25 del cuaderno 1.

³⁴ Tal como se mencionada en el numeral 37 de esta providencia.

*Defensa Nacional*³⁵, éstos solicitaron declarar improcedente la acción de tutela.

Manifestaron las entidades que la desvinculación del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago se ciñó a la ley, respetando el debido proceso.

De esta manera, a través del acta No. TML 15-2-076 del 03 de junio de 2015, se adoptó la decisión de declarar al accionante no apto para la prestación del servicio militar y se recomendó su no reubicación. La motivación para ello fue la ausencia de capacitación del señor Santiago, al respecto, el acta señaló: *“no acreditó aptitudes ocupacionales, además no cuenta con capacitaciones para desempeñarse y aprovechar su capacidad laboral residual, lo que le impide realizar actividades, ya sea de tipo administrativo, de docencia o de instrucción, lo que a su vez genera que sus habilidades y destrezas se limiten a su actividad policial o militar.”*

Hicieron referencia al artículo 11 del Decreto 2888 de 2007, que trata de los programas de formación, para ratificar que una persona que no cuente con estudios que puedan ser aprovechados por el medio castrense, no puede ser reubicada en la institución. Ahora bien, pese a la desvinculación, el accionante *recibirá* una indemnización, y podrá desempeñarse psicofísicamente en comunidad donde sus patologías pueden ser mejor tratadas en beneficio de la vida y salud del accionante.

Finalmente señalaron que el actor cuenta con los mecanismos ordinarios de defensa judicial, a través de los cuales podrá demandar la legalidad del acto administrativo que lo desvinculó, motivo por el cual la tutela es improcedente.

31. *Trigésima Brigada Batallón Especial Energético y Vial No. 10 “Cr. José A. Concha”*³⁶, éste solicitó negar el amparo.

Argumentó que el retiro del señor Santiago Santiago fue por voluntad propia, pues el 06 de abril de 2015 presentó al Comandante del Ejército Nacional una solicitud de retiro; en ella indicó que al no obtener respuesta del Tribunal Médico respecto de su situación de aptitud *“no deseo esperar ya que deseo estar cerca a mi familia y resolver problemas familiares que no puedo resolver estando en la institución.”*³⁷

Además, consideró que el accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria ante la que podría debatir la legalidad de los actos administrativos de desvinculación.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia: *sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 23 de julio de 2015*³⁸.

³⁵ Ver folios 39 al 59 del cuaderno 1.

³⁶ Ver folios 52 al 59 del cuaderno 1.

³⁷ En el folio 55 del cuaderno 1 reposa copia de la solicitud de retiro por voluntad propia.

³⁸ Ver folios 96 al 104 del cuaderno 1.

32. El Tribunal Administrativo declaró improcedente la acción de tutela. Consideró que, ante la ausencia de configuración de un perjuicio irremediable, el señor Santiago Santiago contaba con mecanismos idóneos y eficaces en la jurisdicción ordinaria para debatir la legalidad de los actos administrativos que lo declararon no apto para la prestación del servicio.

Impugnación³⁹

33. El señor Wilfran Andrés Santiago Santiago, impugnó el fallo de primera instancia argumentando que fue su estado de salud, calificado por el Tribunal Médico, el motivo por el cual considera que no deben someterlo a un extenso proceso ordinario y porque no está en condiciones de pagar un abogado.

Segunda instancia: *sentencia proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda, Subsección B-, del 10 de septiembre de 2015.*

34. El Consejo de Estado, confirmó el fallo de primera instancia. Consideró que la acción de tutela era improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, al contar el accionante con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como medio de control del acto administrativo que lo declaró no apto.

Respecto de la configuración del perjuicio irremediable, la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección B, manifestó que (i) en el escrito de tutela no se hizo mención a la situación económica del accionante o de su familia para hacer procedente la acción constitucional como mecanismo transitorio; (ii) el actor puede acceder al mercado laboral teniendo en cuenta su corta edad; (iii) el señor Santiago tiene derecho a una indemnización; y (iv) puede acudir a la oficina de atención al personal militar herido en combate del Ejército Nacional para ser incluido en programas que le permitan desempeñarse en operaciones acordes a su condición de salud y seguir su vida laboral.

Actuación adelantada en la Corte Constitucional

35. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado ponente consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica de los asuntos sometidos a estudio. Para ello, profirió dos autos de pruebas ordenando:

Expediente T-5152536

PRIMERO. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** al señor José Concepción Contreras Contreras para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe:

Respecto de su salud:

³⁹ Ver folio 115 del cuaderno 1.

- ¿Cuál es su situación actual de salud? Adjuntar historia clínica.
- ¿Cuál entidad le está suministrando la prestación del servicio de salud?
- ¿A la fecha, cuál es el diagnóstico médico de su enfermedad?

Respecto de su mínimo vital:

- ¿Cuál es su situación actual de ingresos económicos?
- ¿Cómo está conformada su familia?
- ¿Alguien depende económicamente de usted?
- ¿Actualmente se encuentra trabajando?

SEGUNDO. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** al galeno Juan Pablo Ruiz Pineda, médico tratante del señor José Contreras, adscrito a la EPS Coomeva EPS -Bogotá D.C.- para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe:

- ¿Cuál es el diagnóstico actual del señor José Contreras?
- ¿Qué características tiene la enfermedad que padece y en qué circunstancias lo limita para trabajar?

TERCERO. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la profesional ocupacional Graciela Guerrero Franco adscrita al centro de Salud Ocupacional de los Andes Limitada, para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe:

- ¿Por qué en el examen de egreso del señor José Concepción Contreras Contreras, no se hace alguna recomendación general respecto del cuidado de su enfermedad?
- ¿Qué características tiene la enfermedad que padece y en qué circunstancias lo limita para trabajar?

CUARTO. En cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, **PONER** a disposición de las partes o los terceros interesados las pruebas recibidas para que se pronuncien sobre las mismas, en un término no mayor a tres días.

36. En respuesta a las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- *Salud Ocupacional de los Andes Limitada:* respondió que al realizar el examen de egreso, solo se tiene en cuenta la situación actual del empleado, no los antecedentes y es sobre la condición evaluada el día del examen sobre la cual se adoptan las recomendaciones o restricciones. Teniendo en cuenta que el accionante no se encontraba incapacitado y las cirugías fueron consideradas como antecedentes, no fue necesario calificar restricción laboral alguna. Pese a lo anterior, sí le recomendaron continuar seguimiento en la EPS.

- *Fundación Hospital Universitario San José, EPS Coomeva EPS -Bogotá D.C.:* manifestó que el médico tratante del accionante se retiró de la institución en el mes de septiembre de 2015, sin embargo, adjuntó concepto de otra médica. En dicho concepto se establece que el señor Contreras no ha sido valorado por la

institución desde el mes de junio de 2015. Como dato relevante de la historia clínica, en ella se señala que el 4 de junio de 2015 se descartó recidiva herniaria colecciones intrabdominales o colecciones residuales en tejidos blandos de la pared abdominal, sin embargo, la médica consideró que de allí no es posible determinar el diagnóstico actual del paciente, ni si existe alguna limitación para realizar su trabajo.

Expediente T-5208261

PRIMERO. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** al señor Wilfran Andrés Santiago Santiago para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe:

Respecto de su salud:

- ¿Cuál es su situación actual de salud? Adjuntar historia clínica.
- ¿Cuál entidad le está suministrando la prestación del servicio de salud?

Respecto de su mínimo vital:

- ¿Cuál es su situación actual de ingresos económicos?
- ¿Cómo está conformada su familia?
- ¿Alguien depende económicamente de Usted?

Respecto de la desvinculación:

- ¿En qué fecha su retiro del Ejército Nacional se hizo efectivo?
- ¿Fue indemnizado con ocasión de la desvinculación?
- En caso positivo ¿Cuál fue el valor recibido de indemnización?
- ¿Presentó alguna acción, diferente a la acción de tutela, para debatir la legalidad de los actos de calificación?
- ¿Qué le impidió acceder a las capacitaciones que el Ejército Nacional ofrece a sus integrantes?
- ¿Cuál fue el último cargo ocupado en la institución, cuáles eran sus funciones y por cuanto tiempo permaneció en él?

SEGUNDO. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** al Batallón Especial Energético y Vial No 10 “Cr. José A. Concha”, al Ministerio de Defensa Nacional y al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe:

- ¿Actualmente le prestan el servicio de salud al señor Wilfran Andrés Santiago Santiago, como soldado retirado?
- ¿Mediante qué acto administrativo se hizo efectivo el retiro del soldado? Adjuntar copia del acto.
- ¿Cuál fue el valor de la indemnización cancelada al soldado como consecuencia del retiro? Adjuntar copia del acto.

¿Cuándo se hizo efectivo el pago de la indemnización?

¿Por qué razón, estando algo más de 4 años en la institución, el señor Santiago Santiago no fue capacitado?

¿De qué manera la oficina de atención al personal militar herido en combate del Ejército Nacional puede ayudar al accionante para ser incluido en programas que le permitan desempeñarse en operaciones acordes a su condición de salud y seguir su vida laboral?

¿Cuál fue el último cargo ocupado por el accionante en el Ejército Nacional, y cuáles eran sus funciones?

¿El Ejército Nacional tiene dentro de sus filas soldados profesionales calificados con algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral y sin capacitación? Si la respuesta es afirmativa, enviar relación de los cargos que ocupan estas personas.

Considerando que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares hacen parte de la fuerza pública ¿resultaría posible que el accionante se vincule a la Policía Nacional?

TERCERO. En cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, **PONER** a disposición de las partes o los terceros interesados las pruebas recibidas para que se pronuncien sobre las mismas, en un término no mayor a tres días.

37. En respuesta a las pruebas solicitadas se obtuvo la siguiente información:

- *Tribunal Médico Laboral*: remitió el auto de pruebas al director de la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional.

- *Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional*: no dio respuesta de fondo a las pruebas solicitadas, en el escrito indicó la remisión del auto de pruebas a otras dependencias.

- *Wilfran Andrés Santiago Santiago*: manifestó que Coosalud EPS le ha prestado los servicios de salud, que no tiene trabajo estable y que de su salario dependen su esposa, su hijo de dos años y su madre. Precisó que su retiro de la institución se hizo efectivo el 27 de abril de 2015 y que lo indemnizaron con \$4.460.000. Finalmente indicó que sus últimos cargos en el batallón fueron (i) en el área de control de citas en el dispensario médico como archivista (archivaba historias clínicas); (ii) de persona encargada de entregar autorizaciones; y (iii) de registros PAC (Puesto Avanzado de Combate).

II. FUNDAMENTOS

Competencia

38. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36⁴⁰.

⁴⁰ En Auto del doce (12) de noviembre de 2015 la Sala de Selección de tutela Número Once de la Corte Constitucional, dispuso la revisión de las providencias en cuestión, las acumuló y procedió a su reparto.

Problema jurídico a resolver y metodología de la decisión

39. A la Sala Tercera de Revisión le corresponde el estudio de dos casos acumulados que tienen como factor común la presunta vulneración del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de personas que consideran estar en situación de debilidad manifiesta.

El primero de los casos corresponde al despido de un empleado a quien, pese a haber estado incapacitado por más de un mes, lo despidieron sin la autorización de la autoridad laboral correspondiente, argumentando la terminación de la labor u obra contratada.

El segundo caso atañe a un soldado profesional desvinculado por recomendación del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el cual evaluó al accionante como no apto para la prestación del servicio militar como consecuencia de una pérdida de capacidad laboral del 13% y sin opción de reubicación por su falta de capacitación.

En consecuencia, le corresponde a la Sala analizar y decidir dos problemas jurídicos:

40. ¿Las compañías Adecco Colombia S.A. y AIG Seguros Colombia S.A. vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social del señor José Concepción Contreras Contreras al terminarle el contrato por la culminación de la obra o labor contratada, sin autorización de la autoridad laboral competente, pese a la situación de debilidad manifiesta en la que se encontraba?

41. ¿El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y el Batallón Especial Energético y Vial No. 10 “Cr. José A. Concha” vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago al considerarlo no apto para desarrollar ninguna actividad en la Fuerza Pública como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica -13%- y la ausencia de capacitación?

42. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala, en primer lugar reiterará su jurisprudencia respecto de la procedencia general de la acción de tutela. En segundo lugar, se referirá al alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta en las distintas opciones productivas o de generación de ingresos. Considerando los casos que se examinan, se hará un énfasis particular en las reglas constitucionales aplicables a los casos específicos donde el vínculo contractual es con una empresa de servicios temporales a través de un contrato por labor u obra contratada y de la situación especial de las fuerzas militares. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

La subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela.

Reiteración de jurisprudencia

43. El artículo 86 de la Constitución dispone que:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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

Esta acción solo 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados 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” (Negrilla fuera del texto).

44. Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante⁴¹.

45. Recientemente, en la Sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del principio de subsidiariedad. En este pronunciamiento la Corte concluyó que este requisito hace referencia a dos reglas: (i) *regla de exclusión de procedencia* y (ii) *regla de procedencia transitoria*.

La primera regla implica declarar la improcedencia de la acción cuando en el

⁴¹ En la sentencia T-414/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), providencia retomada en la Sentencia SU-355 de 2015, esta Corporación aclaró “que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela (...)”, de lo contrario “se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” Así las cosas, concluyó este Tribunal “que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”. De esta manera, la idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial. Ver también la sentencia T-580/06 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

ordenamiento está previsto un medio judicial idóneo⁴² para defenderse de una agresión iusfundamental. Al respecto la Corte considera que⁴³:

“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 tutela⁴⁴; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance⁴⁵; (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.⁴⁶”

De comprobarse que el medio judicial alternativo no es idóneo ni eficaz, el juez de tutela será competente para adoptar decisiones definitivas respecto de la cuestión sometida a su examen.

La segunda regla, contiene la excepción de la regla general y procede cuando, a pesar de existir tales medios judiciales el amparo se otorga transitoriamente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable:

“La Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado⁴⁷.

Al respecto, la Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que⁴⁸: (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”⁴⁹, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño

⁴² La Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. Ver, entre otras, las sentencias T-580/06 (M.P. Manuel José Cepeda, T-972/05 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-068/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y SU-961/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁴³ Ver, entre otras, las sentencias T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003.

⁴⁴ Ver las sentencias T-068/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-822/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-384/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-414/92 (M.P. Ciro Angarita Barón).

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Ver las sentencias T-656/06 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-435/06 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-768/05 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-651/04 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1012/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

⁴⁷ Ver sentencias T-043/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-1068/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁴⁸ Ver sentencias T-494/06 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-142/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁴⁹ Ver sentencia T-456/04 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

se generará prontamente⁵⁰. (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.”⁵¹

Es decir, ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo mediante el cual el ciudadano tenga la posibilidad de plantear la controversia, el interesado deberá demostrar cómo, en su caso, es completamente necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable⁵², situación que de aprobarse por el juez hará procedente la acción de tutela como instrumento transitorio de amparo.

46. En síntesis, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos pero la actuación del juez es necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones.

47. En relación con la procedencia de la acción de tutela para garantizar los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta, que gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada⁵³, esta Corporación ha indicado que excepcionalmente es posible solicitar el reintegro laboral de personas en situación de debilidad manifiesta y beneficiarias de estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, teniendo en cuenta que existen mecanismos en la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa, para resolver las disputas laborales que surjan entre las partes vinculadas a través de un contrato laboral. Así, en principio, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo para desconocer la competencia, el conocimiento y la especialidad del juez laboral. Recientemente, este Tribunal ha mencionado una justificación adicional para que sea el juez competente, en el escenario pertinente, el que resuelva dichos conflictos, y es el “*deber de autogestión que tienen todos los ciudadanos*”⁵⁴.

En estos términos, al juez de tutela le corresponde ofrecer las garantías de protección constitucional como un mecanismo de protección transitoria hasta tanto

⁵⁰ Ver sentencia T-234/94 (M.P. Fabio Morón Díaz).

⁵¹ Ver sentencia T-211/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵² Ver sentencia T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁵³ Ver sentencias T-103/08 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-415/11 (M.P. María Victoria Calle Correa) T-899/14 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-106/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵⁴ En la sentencia T-106/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) se hace dicha consideración, y se reitera en la T-293/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

se resuelva la controversia ante la jurisdicción laboral o la contenciosa administrativa, para que sea allí, donde se haga el análisis a profundidad del material probatorio correspondiente al caso, y se determine si realmente existió o no una trasgresión a la legislación correspondiente⁵⁵.

En conclusión, la excepcionalidad se refiere a que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial idóneos, estos no sean eficaces y por lo tanto, *sea urgente* la actuación del juez de tutela para proteger los derechos constitucionales de las personas en las condiciones de debilidad manifiesta⁵⁶.

La estabilidad reforzada de las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta en las distintas opciones productivas o de generación de ingresos⁵⁷. Reiteración de jurisprudencia

48. La Constitución Política de Colombia contiene diferentes disposiciones que protegen el derecho al trabajo. Así, el artículo 2º establece su condición de principio fundante de la organización social, el artículo 25 lo cataloga como derecho fundamental y el artículo 53 determina los principios mínimos que deben observarse en el marco de las relaciones laborales, uno de ellos la estabilidad en el empleo.

Concretamente, el derecho a la estabilidad reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por razones de salud ha sido construido con apoyo a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1º, 13, 47, 54 y 95.

En particular, el artículo 13 de la Constitución Política establece la igualdad de derechos, consideración y respeto para todos los ciudadanos. De una parte, en el inciso primero se consagran la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, componentes esenciales de la dimensión formal de la igualdad. Por otra parte, los incisos segundo y tercero, ordenan la adopción de un tratamiento diferencial, de carácter favorable, frente a personas en condición de debilidad manifiesta o vulnerabilidad, por medio de acciones positivas destinadas a superar las desventajas de hecho que se presentan en la sociedad para alcanzar así una igualdad material.

También es relevante mencionar que los artículos 47 y 54 de la Carta consideran sujetos de protección constitucional a las personas con discapacidad, y ordena a las *autoridades estatales* la adopción de medidas adecuadas de protección, y a la sociedad en su conjunto dirigir esfuerzos concretos para su integración social.

Especial énfasis se debe hacer sobre el principio de solidaridad social, cuya fuente normativa se encuentra en los artículos 1º y 95 de la Constitución. Dicho principio ha sido desarrollado así:

“La jurisprudencia constitucional ha explicado que el principio de

⁵⁵ Ver sentencia T-106/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵⁶ Ver T-899/13 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-899/14 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵⁷ Este término ha sido utilizado en las sentencias T-988/12 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-901/13 (M.P. María Victoria Calle Correa).

solidaridad, por regla general, debe ser objeto de desarrollo legislativo para que de éste se deriven deberes concretos en cabeza de las autoridades. Sin embargo, también ha señalado que este principio puede generar obligaciones impuestas directamente por la Constitución frente a grupos vulnerables, precisamente por su relación con el principio de igualdad material.”⁵⁸

La Corte ha señalado que el principio de solidaridad es “*un deber, impuesto a toda persona [y a las autoridades estatales] por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo*”⁵⁹. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-181-12.htm> - [ftn13](#) También ha manifestado la Corte que la *solidaridad* posee una estructura compleja que abarca, al menos, las siguientes dimensiones: “(i) [es] una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; [y] (iii) un límite a los derechos propios”⁶⁰.

49. En desarrollo de estos mandatos, el Legislador expidió la Ley 361 de 1997, adoptando medidas para la integración laboral de la población con discapacidad. Por un lado, dispuso acciones positivas, tendientes a propiciar la contratación de personas con discapacidad, instaurando una serie de incentivos crediticios, tributarios y de prelación en procesos de licitación, adjudicación y contratación con el Estado.

En el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se prohibió el despido discriminatorio de personas con discapacidad, creando así una restricción constitucionalmente legítima a la libertad contractual del empleador, quien sólo está facultado para terminar el vínculo laboral después de solicitar una autorización a la correspondiente oficina de trabajo, para que ésta determine si existe una justa causa para la terminación del vínculo⁶¹. La sanción en caso de presentarse el despido de una persona con discapacidad sin el citado permiso, es el pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario.

En la sentencia C-531 de 2000⁶², la Corte Constitucional declaró la exequibilidad

⁵⁸ Ver sentencia T-988/12 (M.P. María Victoria Calle).

⁵⁹ Ver Sentencia C-464/04 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

⁶⁰ Ver Sentencia C-803/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

⁶¹ Ley 361 de 1997 (Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones). ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la ~~limitación~~ <discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha ~~limitación~~ <discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona ~~limitada~~ <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su ~~limitación~~ <discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su ~~limitación~~ <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.

Las expresiones tachadas corresponden a la decisión adoptada en la sentencia C-458/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁶² (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

condicionada de la disposición considerando que el pago de la sanción no autoriza al empleador para despedir a la persona en situación de discapacidad, un despido de esa naturaleza carece de efectos, siendo procedente por lo tanto, el reintegro del afectado, sin solución de continuidad en materia de salarios y prestaciones sociales.

50. El concepto de integración⁶³ implica la necesidad de brindarle a las personas en situación de discapacidad una estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, la adopción de medidas necesarias para ello. La estabilidad y ubicación laboral, han sido considerados por la Corte Constitucional como un pilar importante para lograr el objetivo de integración social de las personas en situación de discapacidad. En consecuencia, cuando se analiza la relación laboral de trabajadores en situación de discapacidad, opera el principio de estabilidad en el empleo, que consiste en la garantía de permanecer en él y gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo contraído.

En estos términos, una medida que posibilita el ejercicio del derecho a la igualdad de las personas en situación de discapacidad es la *reubicación* laboral. Al respecto la Corte ha considerado que: “*Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.*”⁶⁴

51. En cuanto a las condiciones para determinar a quién cobija esta protección laboral, reiteradamente⁶⁵ la Corte ha aclarado que la protección constitucional aplica tanto para las personas que acreditan una discapacidad médicamente calificada por los órganos competentes, como a las personas que se hallan en condición de debilidad manifiesta por una condición de salud. Tan es así que en la sentencia C-531 de 2000, la Corte al analizar la norma citada, estudió al sujeto de la disposición como “*persona con una limitación física, sensorial o mental*”, sin mencionar la necesidad de ser calificada como tal. Al respecto, dijo:

⁶³ Ver Sentencia C-531/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁶⁴ Sentencia T-1040 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), reiterada en la sentencia T-341 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶⁵ En sentencias T-1040/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-198/06 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte sentó su posición sobre el ámbito personal de protección de esta garantía constitucional. Expresó, en esa oportunidad, al abordar el análisis del caso concreto: “La demandante en el presente caso no ha sido valorada como discapacitada.⁶⁵ Sin embargo, sí estaba disminuida físicamente en el momento en que fue despedida, en la medida en que su afectación de la salud y la recuperación posterior a las intervenciones a las que fue sometida le impedían el desarrollo de las labores impuestas por su empleador. Es necesario determinar entonces si la situación de disminución física en que se encontraba la demandante debido a su afectación de salud y a su recuperación la hacen sujeto de una protección especial que implique el derecho al reintegro. [...] En el presente caso la empresa desatendió las órdenes médicas que contraindicaban la realización de determinadas labores físicas y, por el contrario, se empeñó en asignarle funciones contraindicadas, mientras el estado de salud de la demandante desmejoraba radicalmente. La Corte observa que a la demandante le fueron encargadas diversas labores que no se encontraba en capacidad de realizar. En primera medida, por su estado de salud, y en segunda medida, porque no fue adecuadamente capacitada para realizarlas. De hecho, fue despedida del último cargo que ocupó cuando llevaba sólo pocos días de labores. Por otra parte, pese a la orden médica de realizarle una valoración médica laboral a la demandante, y a que ella entregó dicha orden en la empresa, ésta nunca se puso en contacto con la Aseguradora de Riesgos Profesionales, ni con alguna entidad para autorizarla.

“Sólo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13)”.

En ese orden de ideas, darles un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud o a las personas calificadas con discapacidad, desconoce los fundamentos constitucionales y, principalmente, su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, esté o no calificada.

Así, las personas con discapacidad y aquellas que se encuentren en condición de vulnerabilidad por razones de salud enfrentan una situación de debilidad social que genera deberes derivados del principio de solidaridad, tanto para las autoridades como para los particulares.

Desde el punto de vista del derecho a la igualdad, las personas en condición de debilidad manifiesta merecen un trato especial, de carácter favorable, por parte del resto de la sociedad. Esas consideraciones operan de manera armónica con el principio de solidaridad, principio que impone a los empleadores y a la administración pública brindar a la persona en condición de debilidad por motivos de enfermedad un empleo estable brindándole una fuente de ingresos que le permita perspectivas de realización personal, garantizando además el mínimo vital propio y el de su familia.

52. Es necesario indicar que si bien ésta ha sido la doctrina reiterada por la mayoría de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, algunos magistrados han salvado o aclarado su voto, dando un enfoque diferente a la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta⁶⁶.

En dichos disentimientos se ha expuesto que es diferente la protección brindada a las personas en situación de discapacidad -que se entienden calificadas-, a la protección otorgada a las personas en situación de debilidad manifiesta, quienes si

⁶⁶ Ver las aclaraciones y salvamentos de voto presentados por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez a las siguientes Sentencias: Sala Segunda de Revisión, sentencia T-302 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo y S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez); Sala Primera de Revisión, sentencia T-773 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa, A.V. María Victoria Calle Correa y A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez); Sala Primera de Revisión, sentencia T-217 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa y S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez); Sala Primera de Revisión, sentencia T-445 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa, A.V. Mauricio González Cuervo y A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez), Sala Segunda de Revisión, sentencia T-453 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez), Sala Primera de Revisión, sentencia T-837 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa y S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez), y Sala Primera de Revisión, sentencia T-405 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa y S.P.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre otras.

bien no han sido calificadas ven disminuido su estado de salud. De esta manera, (i) la estabilidad reforzada del primer grupo se otorga en aplicación de la Ley 361 de 1997 y por tanto, ante el despido de una persona calificada como discapacitada sin la autorización de la autoridad laboral competente, procede el pago de la indemnización prevista en la Ley y el reintegro correspondiente. (ii) Respecto del segundo grupo, su protección no se desprende de la ley sino directamente de la Constitución, por ello, al comprobarse el despido de una persona en debilidad manifiesta no es procedente el pago de una indemnización sino simplemente el reintegro, teniendo en cuenta que la sanción se genera por la presunción contenida en la ley.

53. Con todo, para el caso concreto, esta Sala asume la posición mayoritaria que considera que la Ley 361 de 1997, armónica con principios constitucionales de la mayor importancia, le es aplicable a personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta bien sea porque su discapacidad haya sido calificada o porque su salud se encuentre afectada por una disminución física, sensorial o mental, sin que ello implique calificación⁶⁷ y, por lo tanto, la protección del juez constitucional, de ser transitoria, sería la misma -reintegro y pago de indemnización.

La estabilidad laboral reforzada de trabajadores vinculados a empresas de servicios temporales. Reiteración de jurisprudencia

54. El artículo 71 de la Ley 50 de 1990⁶⁸, reglamentada por el Decreto 4369 de 2006, dispone que “[e]s empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

El artículo 74 de la misma norma, dispone que los trabajadores vinculados a estas empresas pueden ser de dos clases: “*Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.*”

De esta manera, los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos⁶⁹: (i) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y (iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios,

⁶⁷ Sin perjuicio de que la Sala Plena de esta Corporación, al pronunciarse sobre un caso similar, cambie su precedente.

⁶⁸ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁶⁹ Artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más⁷⁰.

La misma ley dispone que a los trabajadores en misión: (i) se les aplica, en lo pertinente, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral⁷¹; (ii) tienen derecho a un salario ordinario, equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que ejecuten la misma actividad⁷²; (iii) deben acceder a los mismos beneficios que aquella tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo en lo relacionado con transporte, alimentación y recreación⁷³; (iv) se les debe dar la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios de forma proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea⁷⁴. Por último, en materia de salud ocupacional de estos trabajadores, la ley refiere que de ella es responsable la empresa de servicios temporales, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores de planta⁷⁵.

Por otra parte, los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y sus usuarios deben hacerse por escrito y cumplir con las especificaciones contempladas en el artículo 81 de la Ley 50 de 1990. Es el Ministerio del Trabajo, el competente del control y vigilancia de esas empresas, y en esa medida, le corresponde aprobar las solicitudes de autorización de funcionamiento, sus reformas y el reglamento interno⁷⁶.

Hasta aquí, la Sala concluye que, el vínculo contractual entre una empresa de servicios temporales y la persona contratada por ésta, genera una relación de carácter laboral, siendo la empresa de servicios temporales el empleador para todos los efectos legales. Diferente es la relación entre la empresa de servicios temporales con las empresas usuarias, en la cual la obligación recae en remitirle personal a cambio de un precio determinado para lo cual deberá vincular trabajadores mediante la modalidad contractual que se adecue a la necesidad del servicio y duración de la misión⁷⁷.

55. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara y enfática en señalar que la calidad de empleador de la empresa de servicios temporales respecto de los trabajadores que envía en misión a las dependencias de los usuarios *“brinda la debida seguridad a una y otros y principalmente en beneficio de la clase asalariada, pues, como la vinculación en primer término se hace directamente con la empresa, la cual posteriormente remite al trabajador al usuario, era menester precisar responsabilidades y por lo tanto identificar al patrono, quien se incorpora a la categoría de contratista independiente prevista en el artículo 34 del C.S.T., lo cual no obsta para que a su vez surja la*

⁷⁰ En la Sentencia C-330/95, esta Corporación conoció de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión *“por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”* contenida en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Consideró que ese límite temporal para que los usuarios de las empresas de servicios temporales contraten con éstas, es constitucional pues su finalidad es proteger a los trabajadores para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, con perjuicio de los permanentes.

⁷¹ Artículo 75 de la Ley 50 de 1990.

⁷² Artículo 79 de la Ley 50 de 1990.

⁷³ Artículo 79 de la Ley 50 de 1990.

⁷⁴ Artículo 76 de la Ley 50 de 1990.

⁷⁵ Artículo 78 de la Ley 50 de 1990.

⁷⁶ Artículos 82, 84 y 85 de la Ley 50 de 1990.

⁷⁷ Ver la sentencia T-019/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

responsabilidad solidaria de los beneficiarios del servicio.”⁷⁸

Ahora bien, la relación jurídica entre el trabajador y la empresa de servicios temporales perdura hasta tanto la empresa usuaria requiera de los servicios del trabajador o haya finalizado la obra para la cual fue contratado.

Sin embargo, la Corte Constitucional sostiene que la garantía de la estabilidad en el empleo cubre todas las modalidades de contratos⁷⁹, incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales tienen, en principio, una vigencia condicionada al cumplimiento pactado o a la finalización de la obra⁸⁰. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha estabilidad surge justamente por las condiciones de debilidad manifiesta en que se encuentra el grupo de personas que son beneficiarias de la misma, no por la naturaleza del contrato⁸¹. Entonces, también en estos casos, es necesario que la empresa de servicios temporales acuda a la autoridad laboral competente con el fin de obtener la autorización de despido de la persona en condición de debilidad.

En conclusión, el alcance de esta protección especial ha logrado en la jurisprudencia de esta Corporación un reconocimiento amplio, tanto así, que se ha resaltado que la misma debe otorgarse con independencia del tipo de contrato de trabajo de que se trate, bien sea a término fijo, indefinido o por obra o labor contratada.

Jurisprudencia sobre protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas vinculadas por una empresa de servicios temporales a través de un contrato por obra o labor contratada

56. En la sentencia T-019 de 2011⁸², la Corte conoció tres casos de personas vinculadas con empresas de servicios temporales a través de contratos de trabajo cuya duración estaba sujeta a una labor determinada, prestando sus servicios como trabajadores en misión en otra empresa. En esa oportunidad, la Sala Cuarta de

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, N° 1019 de septiembre 19 de 1991, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. Recientemente, en la sentencia del 17 de abril de 2012, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, reiteró que: “El artículo 34 del C. S. del T. no hace otra cosa que hacer extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizatorias del contratista, al dueño de la obra conexas con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral, como lo ha sostenido esta Sala en otras ocasiones. La relación laboral es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación con el obligado solidario, apenas lo convierte en garante de las deudas de aquél. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en las sentencias del 26 de septiembre de 2000 (Rad. 14038) y del 19 de junio de 2002 (Rad. 17432).”

⁷⁹ Ver sentencias T-173/11 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-019/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

⁸⁰ Ver sentencia T-889 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

⁸¹ En la sentencia T-936/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), se estudió el caso donde la vinculación fue a través de un contrato por duración específica.

⁸² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La Corte estudió tres casos acumulados. En los dos primeros casos, los contratos tuvieron una duración de 7 meses, en el último de los asuntos, 11 meses. En vigencia de los contratos, a los accionantes les fue diagnosticado: en el primer caso, una “*tendinitis de biceps*” en virtud de la cual fue incapacitada en 2 oportunidades por 3 días cada una de ellas; en el segundo caso, una “*Tenosinovitis de flexoextensores de antebrazos y de Quervain bilateral de predominio derecho*”, enfermedad que le generó 20 incapacidades, con un total de 112 días de incapacidad; y en el tercer caso: una afectación en la región lumbar y una lesión en un ojo, dolencia que generó 4 incapacidades cada una de ellas por un día. Según las empresas de servicios temporales, la terminación del vínculo laboral con los accionantes obedeció a que las empresas usuarias, finalizaron la misión para la cual fueron contratados.

Revisión consideró que las empresas de servicios temporales desconocieron, de manera grave, los derechos fundamentales de los accionantes, puesto que encontró probada la discriminación, al acreditarse: (i) que los peticionarios podían considerarse personas en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) que los empleadores tuvieron conocimiento de tal situación; (iii) el nexo causal entre los despidos y el estado de salud de los trabajadores; y (iv) que no medió la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester⁸³.

En consecuencia, la Sala de Revisión concedió el amparo como *mecanismo transitorio* en los tres casos, ordenando únicamente su reintegro, mientras se adelantaba el respectivo proceso ante la jurisdicción laboral para establecer, con carácter definitivo, la procedencia del reintegro; y advirtiendo, que el reconocimiento y pago de las prestaciones y demás emolumentos que se derivaran del reintegro podrían ser exigidos ante la jurisdicción ordinaria⁸⁴.

57. En la sentencia T-663 de 2011⁸⁵, la Corte analizó el caso de la trabajadora de una empresa temporal, vinculada a través de contrato por labor u obra. La señora fue diagnosticada con “*síndrome del túnel de carpo bilateral, tendosinovitis de Quervain y epicondilitis lateral y medial izquierda*”, que la incapacitó por más de 120 días. La Sala Quinta de Revisión consideró: (i) que la enfermedad de la accionante le restringía severamente el desempeño de sus funciones laborales, “*circunstancia ésta que permite considerarla como persona en estado de debilidad física manifiesta, con derecho a estabilidad laboral reforzada*”. (ii) Por lo tanto, la empleada no podía ser desvinculada del trabajo que venía desempeñando, en forma unilateral por el empleador, sin previa autorización del inspector del trabajo, según exigencia expresa del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (iii) En conclusión, la empresa de servicios temporales unilateralmente y con pleno conocimiento de la situación de la demandante, sin la autorización previa mencionada dio por terminado el contrato, razón por la cual se presume que esa desvinculación se produjo por causa de las enfermedades que presenta y la consecuente disminución en su capacidad laboral.

En consecuencia, amparó de manera definitiva⁸⁶ los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital de la accionante, ordenó su

⁸³ Los casos concretos se resolvieron así: (i) A la fecha de terminación del contrato, los demandantes se encontraban en condición de debilidad manifiesta por el deterioro en su estado de salud, como consecuencia de las enfermedades referidas: “*tendinitis de bíceps*”, “*Tenosinovitis de flexoextensores de antebrazos y de Quervain bilateral de predominio derecho*” y una afectación en la región lumbar y una lesión en un ojo, respectivamente.

(ii) La discapacidad sufrida por los accionantes era de pleno conocimiento de las empresas de servicios temporales. (iii) Las empresas de servicios temporales, no obstante conocer que los actores presentaba una disminución de su capacidad física, no solicitó la autorización del Ministerio de la Protección Social, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para dar por terminado unilateralmente los contratos de trabajo, desconociendo la garantía de una estabilidad laboral reforzada.

⁸⁴ Similar decisión se adoptó en la sentencia T-337/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁸⁵ M.P. Jorge Iván Palacio.

⁸⁶ A juicio de la Sala, “*Siendo así las cosas, es incuestionable que, si bien en principio la accionante dispone de la acción laboral para reclamar sus derechos, por tratarse de una persona en situación de debilidad manifiesta esa acción ordinaria no resulta idónea, ni eficaz, debido a su prolongada duración, razón por la cual la acción de tutela es procedente de manera definitiva, no solo para amparar los derechos constitucionales fundamentales que están siendo vulnerados a la señora Pilar Rivera Acevedo, sino también para ordenar el pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir por el despido injusto y el pago de la sanción a que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*”

reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando cuando fue desvinculada, sin solución de continuidad, y compatible con sus condiciones actuales de salud, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan desde cuando se produjo la desvinculación hasta el reintegro y el pago de la sanción equivalente a 180 días de salario como indemnización por despido, según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

58. En la sentencia T-106 de 2015⁸⁷, la Sala Quinta de Revisión conoció los casos de dos mineros, mayores de 60 años, que fueron diagnosticados con enfermedades de origen profesional y común, de carácter respiratorio, y a quienes les terminaron el contrato laboral por vencimiento del plazo acordado, sin autorización del Ministerio del Trabajo.

Al analizar la subsidiariedad de la demanda, la Sala consideró que era procedente como *mecanismo transitorio*, pues si bien contaban con otro mecanismo de defensa judicial idóneo, era necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Posteriormente, verificó el cumplimiento de los presupuestos para otorgar la protección a la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta, esto es, (i) que el peticionario pueda considerarse una persona con discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; (iii) que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y (iv) que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester.

Encontrando cumplidos los requisitos, tuteló los derechos y ordenó (i) el reintegro a un cargo acorde con las condiciones de salud, y (ii) el pago de salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta el reintegro, mientras la jurisdicción laboral resolviera definitivamente el asunto.

59. En la sentencia T-351 de 2015⁸⁸, la Sala Cuarta de Revisión estudió el caso de un ciudadano que fue despedido unilateralmente, sin autorización del inspector del trabajo, no obstante su deteriorado estado de salud. La Sala concedió el amparo de manera transitoria al verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: “(i) *Que el demandante pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; (iii) Que se encuentre acreditado el nexo causal entre el despido o la terminación del contrato y las condiciones deplorables de salud del trabajador y, (iv) Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta necesario.*”

Respecto de las órdenes proferidas en esta providencia, el magistrado ponente

⁸⁷ Aunque en este caso no se trató el tema del contrato de obra o laboral contratada, sí se mencionó el tema de los intermediarios laborales.

⁸⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

modificó su posición inicial plasmada en la sentencia T-019 de 2011, en la cual sólo ordenaba el reintegro, de tal manera que, en este fallo, ordenó el reintegro y el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Por otra parte, con relación al pago de salarios y de las acreencias laborales, advirtió que el empleado debería acudir a la jurisdicción laboral.

La diferencia de protección en los cuatro casos expuestos corresponde a que, en el primer, tercer y cuarto caso la acción de tutela fue procedente como mecanismo transitorio, mientras que, en el segundo caso, la acción de tutela fue procedente como mecanismo definitivo. En razón a ello, las órdenes de protección fueron diferentes.

Ahora bien, pese a que en los casos de los numerales 56, 58 y 59 se concede el amparo como mecanismo transitorio, las órdenes allí proferidas también son diferentes. En el primer caso se ordena únicamente el reintegro; en el segundo caso, se ordena el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales; y en el tercer caso se ordena el reintegro y el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Teniendo en cuenta que no existe unificación respecto de las órdenes que se deben proferir al conceder el amparo como mecanismo transitorio, la Sala Tercera de Revisión acogerá la posición adoptada en la sentencia T-351 de 2015. La Sala justifica esta decisión entendiendo que esta fórmula cumple tres finalidades: (i) por una parte, materializa la sanción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 -en los términos de la jurisprudencia constitucional- por despido de persona en condición de debilidad manifiesta sin autorización de la autoridad laboral competente; (ii) por otra parte, ordenar el pago de la indemnización, brinda una protección más efectiva al empleador despedido que si se ordenara el simple reintegro, resguardando además, su mínimo vital; (iii) resolver con esta fórmula hace menos gravosa la situación para el empleador que si se ordenara el pago de salarios y prestaciones, los cuales, generalmente, se ordenan cancelar desde el despido hasta la notificación de la sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional -término que puede superar los 6 meses-; y (iv) siendo una protección transitoria, deja a disposición del juez natural el debate definitivo sobre el reintegro, el pago de salarios dejados de percibir y de las prestaciones sociales, pretensiones principalmente, económicas.

Síntesis de las reglas jurisprudenciales para la aplicación de la protección laboral reforzada:

60. Verificada la procedencia de la acción de tutela, y expuestos los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales, se puede concluir que la simple terminación de una relación laboral, esté o no justificada, no constituye en sí misma, un problema de relevancia constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales el despido no debe ser consecuencia de la utilización abusiva de una facultad legal para ocultar un trato discriminado hacia un empleado⁸⁹. Dicha discriminación se acredita cuando en el caso particular se

⁸⁹ Ver sentencias T-812/08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-019/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

compruebe:

- Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta;
- Que el empleador tenga conocimiento de tal situación;
- Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y
- Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester.

Hasta aquí se ha expuesto el marco de la estabilidad laboral reforzada para contratos laborales, aplicable para el primer caso pendiente de ser resuelto. A continuación, se reiterarán los precedentes jurisprudenciales sobre la reubicación de los soldados calificados con pérdida de capacidad inferior al 50% y sobre las competencias de la Junta y/o Tribunal Médico Laboral; para ello, se reiterarán las consideraciones y conclusiones adoptadas en la sentencia T-928 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), en la cual se resolvió un caso de desvinculación de un miembro del Ejército Nacional. Posteriormente, se resolverán los casos concretos.

El marco normativo que rige el régimen de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional, por disminución de la capacidad psicofísica.

61. El artículo 217 de la Constitución Política establece que las Fuerzas Militares - integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea-, están sujetas a un régimen especial en materia prestacional, disciplinaria y de carrera. Específicamente, el régimen del Ejército Nacional está contenido en los Decretos 1793⁹⁰ y 1796⁹¹ de 2000, la Ley 923 de 2004⁹², y el Decreto 4433 de 2004⁹³.

El artículo 1° del Decreto 1793 de 2000 define a los soldados profesionales como *“los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”*

Por su parte, el artículo 8° establece las causales de retiro del servicio activo de los soldados profesionales, incluyendo como causal, la disminución de la capacidad psicofísica. Consecuentemente, el artículo 10° de la mencionada normativa dispone que *“[e]l soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad*

⁹⁰ “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

⁹¹ “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

⁹² “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

⁹³ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.”

Respecto de la capacidad psicofísica, el artículo 2º del Decreto 1796 de 2000⁹⁴, la define como el “(...) conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.” Acorde con la norma⁹⁵, la competencia para determinar la capacidad psicofísica de un soldado está a cargo de las Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía a quienes corresponde, en primera instancia, realizar la valoración de las secuelas, clasificar el tipo de incapacidad que se presente y calificar la aptitud para el servicio, “*pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite*”.

En última instancia, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones⁹⁶.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los derechos al trabajo y a la igualdad cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como consecuencia de la pérdida de capacidad.

En diferentes oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los derechos al trabajo y a la igualdad de los soldados profesionales cuando el Ejército Nacional ordena su retiro con pase de reserva, en razón a la pérdida de su capacidad psicofísica. En dichos pronunciamientos, ha analizado la competencia de las Juntas Médico-Laborales y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía para determinar la posibilidad de reubicación de los soldados; creando unas reglas aplicables a estos casos.

62. En la sentencia T-503 de 2010⁹⁷, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada, de un soldado calificado con el 28.25% de pérdida de capacidad laboral, en consecuencia, ordenó su reubicación teniendo en cuenta

⁹⁴ La norma que regula la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la fuerza pública.

⁹⁵ “ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Sus funciones son en primera instancia:

1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.

2 Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.

3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.

4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.

5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.

6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.”

⁹⁶ ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado.

⁹⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

su grado de escolaridad, habilidades y destrezas. En esta oportunidad la Corte consideró que el Estado tiene la obligación de asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio.

63. En la sentencia T-081 de 2011⁹⁸, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, de un soldado profesional, víctima de una mina antipersona, que fue desvinculado del Ejército Nacional como consecuencia de la calificación de la Junta Médica Laboral, que determinó una pérdida de capacidad del 32.57%, en consecuencia, ordenó su reubicación teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas. En este caso, la Corte determinó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad implica la prohibición de retirarlas de la institución en razón de una discapacidad, y la obligación de reubicación del funcionario.

64. En la sentencia T-910 de 2011⁹⁹, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud, a su dignidad humana y a la igualdad real y efectiva, de un soldado profesional que fue desvinculado del Ejército Nacional como consecuencia de la calificación de la Tribunal Médico Laboral, que determinó una pérdida de capacidad del 25.00%, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional que dispusieran las actuaciones requeridas para que el Tribunal Médico de Revisión Laboral de las Fuerzas Militares de Colombia practicara un examen sicofísico al demandante, a efectos de establecer, *objetivamente*, la actividad en la que se pudiera desarrollar, y explicaran las razones de la conclusión a la que se llegara, para poder ser reincorporado en una actividad compatible con su nivel de discapacidad.

Esta providencia sustentó la orden de reubicación del soldado en consideraciones poderosas sobre: (i) el papel de los soldados en la sociedad colombiana, (ii) el deber de las fuerzas militares de capacitarlos, y (iii) de cómo ante una situación de calificación de la especial protección del soldado se debe preferir su permanencia en la institución con la capacitación requerida antes que su desvinculación¹⁰⁰.

⁹⁸ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En aquella ocasión la Sala resolvió inaplicar la disposición contenida en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000. Lo anterior por considerar que, a pesar de que el actuar de la entidad se encontraba ajustado a la ley, el accionante era un sujeto que merecía especial protección constitucional y resultaba reprochable cualquier forma de discriminación en su contra. Esta decisión fue reiterada por la misma Sala de Decisión, en la sentencia T-459/12 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁹⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁰ Las consideraciones más relevantes para el presente caso se transcriben a continuación: “*El cumplimiento de los postulados constitucionales y de la jurisprudencia de esta Corporación referente a la protección de que gozan los discapacitados no se opone a la función asignada al Ejército Nacional de salvaguardar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, debido a que, por el contrario, mucho alentaría el ánimo de los miembros de la institución a cumplir con ahínco, devoción y eficacia su altísima misión si tuviesen la confianza, de que ésta los respaldará, si como consecuencia de los altos riesgos a los que continuamente se ven expuestos, resultan víctimas de atentados que le generen lesiones con secuelas que deriven en incapacidades. Es indudable que a las instituciones militares les asiste el deber de proteger a quienes de manera directa, resguardan el orden jurídico y económico de la República de Colombia, en donde los grupos ilegales y la delincuencia común permanentemente atentan contra ellos. Marginar de la institución castrense a quienes sufren discapacidades que no alcanzan el nivel o el porcentaje que da derecho a la pensión de invalidez y que, por consiguiente, no inhabilitan totalmente para desarrollar labores que bien pueden resultar útiles, provechosas o meritorias dentro del amplio espectro misional de aquella, en el que no todo es guerra, batalla, combate o escaramuza, lo cual supone que también es importante el componente logístico previo que se prepara y desarrolla mediante un variado cúmulo de actividades de formulación, planeación y administración en distintos frentes, sobre todo cuando la baja viene determinada por la disminución física que precisamente ocurre en*

65. En la sentencia T-1048 de 2012¹⁰¹, muy importante para el presente caso, la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales de un soldado profesional¹⁰² y un patrullero de la Policía, quienes fueron desvinculados con ocasión de la disminución de su capacidad psicofísica.

En esta providencia, la Corte consideró que la competencia tanto de la Junta como

cumplimiento del deber de proteger la integridad de la nación, al igual que la vida, honra, bienes y creencias de sus habitantes, sin que se adopten medidas apropiadas tendientes a velar por la suerte, y, más específicamente, por la rehabilitación de estas personas, bien puede apreciarse como una manifestación patente de insolidaridad, a todas luces inaceptable, en la medida en que, una práctica generalizada con esas características, contraviene uno de los principios fundamentales de nuestro Estado Social de Derecho, como lo es el de la solidaridad de que trata, con énfasis, el artículo 1° Constitucional, entre otros. Una práctica generalizada en ese sentido, que pase por alto, sin mayor análisis, consideración o valoración, el drama que gravita en torno a la pérdida de las expectativas de realizar un propósito de vida noble, como lo es el adelantar una carrera como la militar, la que, como bien se sabe, propugna porque los colombianos presten su concurso, no obstante el alto riesgo que normalmente en ello va implícito, para desempeñarse en actividades directamente relacionadas con la defensa de uno de los fundamentos de nuestra institucionalidad, como lo es el que tiene que ver con la función atribuida a las fuerzas del orden, a no dudarle, causa un efecto poco positivo en la disposición de los ciudadanos, no solo para vincularse voluntariamente, con sentido patrio, a dicha misión, sino, también, para quienes hacen parte de ellas, de asumir un compromiso firme y denodado, con genuina lealtad, honor y sacrificio, lo que además supone realizar la labor que corresponde en los términos más idóneos y eficaces. Panorama frente al cual la desmotivación del personal puede sobrevenir en cualquier momento y bajo cualquier pretexto.

De manera que no es cosa de menor importancia que las fuerzas militares incorporen en sus políticas o planes de atención y tratamiento del personal que se vincula a ellas, medidas específicas tendientes a respaldar eficazmente a todos aquellos que, como consecuencia del cumplimiento cabal de sus funciones, en virtud de las cuales frecuentemente se ven expuestos a múltiples riesgos, sufran percances que los coloquen en situación de quedar permanentemente afectados física o psicológicamente.

Si la institución militar no genera la suficiente confianza en el sentido anotado poco será el incentivo que se genere en la voluntad de los ciudadanos colombianos de pertenecer a sus filas, lo cual también puede hacer mella en el ánimo del personal vinculado que, inevitablemente, frente a situaciones de riesgo o de tensión, producto de enfrentamientos leves o severos con los agentes o actores que en nuestro país, recurrentemente, subvierten el orden y promueven la violencia, el cual puede resultar presa fácil del desconcierto y la desmotivación, al percibir que se halla huérfano del aludido respaldo.

Si la respuesta de la institución ante la lesión física o psíquica que sufre alguno de sus miembros que enfrenta una de las frecuentes situaciones de riesgo o de peligro a las que se ven abocados es la del retiro o la baja, resulta apenas elemental suponer que los eventuales afectados, consciente o inconscientemente, procurarán, a toda costa, todas las veces que ello resulte posible y que no le genere implicaciones negativas mayores, evadir ser víctima de la mencionada consecuencia.

El altísimo sacrificio y la gran responsabilidad inherente a la trascendente labor que desarrollan las fuerzas militares lo mínimo que presupone es que allí tenga cabida y plena realización el principio de la solidaridad, considerado como uno de los fundamentos de nuestro Estado Social de Derecho, el cual, en este caso, debería expresarse en el respaldo que merece recibir el personal que resulta víctima de las contingencias propias de la riesgosa actividad que realizan.

No desconoce la Sala el arbitrio de que gozan los órganos competentes de las fuerzas militares y de policía para disponer el retiro discrecional del personal a ellos vinculados, pero esa atribución no puede ser absoluta tratándose de aquellos casos en que se contraviene uno de los principios rectores de nuestro Estado Social de Derecho como lo es el de la solidaridad, el cual en estos casos debe propender por la protección de las personas en estado de debilidad manifiesta, como los discapacitados, que padecen esa situación como consecuencia del cabal desempeño de su misión institucional.”

¹⁰¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰² Para el caso del soldado profesional la Sala (i) dejó sin efectos la orden de personal que lo retiró del servicio activo; (ii) ordenó al Ministerio de Defensa Nacional que dispusiera lo necesario para que la Junta Médico Laboral analizara nuevamente la situación del accionante y, en el evento de considerarlo no apto para la prestación del servicio como soldado profesional, determinar específicamente si médicamente el accionante estaba o no capacitado para desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción en el Ejército Nacional, y si, en consecuencia, era aconsejable su reubicación, con la advertencia de que esta conclusión debería estar soportada exclusivamente en sus condiciones de salud físicas y mentales; y (iii) ordenó su reincorporación al último cargo que ocupó en el Ejército Nacional antes de ser retirado de la institución, o de no ser ello posible, a otro con funciones que fueran acordes a sus condiciones actuales y a sus habilidades y destrezas. Para el efecto, se aclaró que debían tenerse en cuenta las consideraciones que las autoridades médicas habían hecho respecto de su estado de salud físico y mental, en el sentido de que no resultaba aconsejable reubicarlo en una actividad que implicara el manejo de armas.

del Tribunal Médico Laboral, se debe limitar a definir si las condiciones de salud, físicas y mentales, del personal afectado le permiten o no desarrollar otro tipo de labores y no a efectuar el análisis general y abstracto de la suficiencia de su *formación académica*. A juicio de la Sala:

“(…) si la Junta o el Tribunal determinan que la persona física y mentalmente está en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción, su recomendación debe ser la reubicación, siendo asunto de las jefaturas o de las direcciones de personal de la institución la definición del cargo al que efectivamente será asignado, teniendo en cuenta, aquí sí, sus estudios, su preparación, su capacitación y sus intereses particulares.”

66. Finalmente, y recapitulando los precedentes mencionados, en la sentencia T-928 de 2014¹⁰³ se analizó el caso de un soldado profesional valorado por el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía declarándolo no apto para la prestación del servicio por su 42.81% de pérdida de capacidad como consecuencia de: (i) trastorno psicótico agudo¹⁰⁴ -de origen común-, (ii) cicatrices por leishmaniasis -de origen profesional-, (iii) gastritis crónica -de origen común-, y (iv) hipoacusia neurosensorial leve bilateral de 20db -de origen profesional-.

La Sala protegió los derechos a la igualdad y al trabajo del soldado profesional, quien fue retirado del servicio como consecuencia de su pérdida de capacidad laboral, sin la evaluación adecuada sobre la posibilidad de reubicación en la institución.

Los fundamentos para adoptar la decisión fueron los siguientes:

“(i) El hecho de que un soldado profesional sea calificado como *no apto* para continuar prestando el servicio, implica que no puede seguir desempeñándose en “esa” labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.

(ii) Con fundamento en el principio de integración laboral de las personas en situación de discapacidad, el Estado tiene la obligación de reubicar a estos sujetos que merecen especial protección constitucional, en la medida de sus capacidades.

(iii) Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario hacer una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.

¹⁰³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁴ En el acta de calificación del el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía (Folio 53 del Cuaderno de primera instancia) se indica que antes de practicarse la valoración, el accionante estaba “*hospitalizado en la clínica La Mano de Dios en Sahagún porque intentó autoagredirse*”.

(iv) Para determinar la procedencia de la reubicación existen dos elementos que deben tenerse en cuenta: uno **subjetivo**, que refiere a que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución; y otro **objetivo**, que se relaciona con la definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

El primero, deberá ser determinado por las Juntas Médico Laborales y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, a quienes corresponde apreciar las capacidades psicofísicas de los soldados que son declarados no aptos para continuar desarrollando sus labores. Entonces, deberán rendir un concepto técnico en el que se evalúen sus habilidades, y determinen específicamente qué tipo de actividades pueden desarrollar –tales como labores administrativas, docentes o de instrucción-, y con fundamento en tal valoración, motiven la recomendación de efectuar o no la reubicación.

El segundo, se hará por las jefaturas o direcciones de personal de la institución, quienes, con fundamento en el concepto antes mencionado, se encargarán de definir la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del militar, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

(v) De lo anterior se sigue que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad que hacen las Juntas Médicas y el Tribunal de Revisión debe ser congruente con su recomendación de reubicación, pues si se califica a una persona con una pérdida de capacidad menor del 50% pero se dice que su capacidad psicofísica no es suficiente para desempeñar ninguna actividad, la decisión es incoherente y con ella se impide, al mismo tiempo, que el sujeto sea reubicado y que acceda a una pensión de invalidez.”

Acogiendo los precedentes expuestos, la Sala Tercera de Revisión aplicará los presupuestos indicados anteriormente, al momento de resolver el caso concreto.

Casos concretos

Expediente T-5152536

67. Acorde con los antecedentes mencionados, con las respuestas brindadas por las empresas accionadas, con las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y con las pruebas solicitadas por la Corte Constitucional, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión analizar y decidir sobre el problema jurídico planteado, esto es, ¿Las compañías Adecco Colombia S.A. y AIG Seguros Colombia S.A. vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social del señor José Concepción Contreras Contreras al terminarle el contrato por la culminación de la obra o labor contratada, sin autorización de la autoridad laboral competente, pese a la situación de debilidad manifiesta en la que se encontraba?

La acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia

68. *Legitimidad por activa*: el accionante interpuso de manera personal la acción de tutela como titular de los derechos fundamentales invocados¹⁰⁵.

69. *Legitimidad por pasiva*: la acción de tutela es procedente contra particulares respecto de quienes el accionante se encuentre en estado de subordinación o indefensión¹⁰⁶. La jurisprudencia constitucional ha definido en reiteradas ocasiones¹⁰⁷ lo que debe entenderse por subordinación e indefensión.

Así, ha precisado que la subordinación es la sujeción a la orden, mando o dominio de alguien, que se asimila a la potestad que, derivada de la ley o de una relación contractual entre las partes, conlleva una situación jurídica de dependencia¹⁰⁸. Ahora bien, en lo que respecta al estado de indefensión, la Corte la ha definido como la ausencia de opciones jurídicas o de hecho del particular que demanda por vía de tutela, para defenderse de una agresión injusta por parte del demandado¹⁰⁹.

Uno de los ejemplos más destacados en la jurisprudencia constitucional en relación con el concepto de subordinación es la relación entre empleado y empleador, teniendo en cuenta que precisamente uno de los elementos de la relación laboral es la subordinación según el Código Sustantivo del Trabajo¹¹⁰.

En el caso que nos ocupa, no hay discusión sobre la existencia de la relación laboral entre el señor José Concepción Contreras Contreras y Adecco Colombia S.A., por lo tanto, la Sala encuentra acreditada la legitimación por pasiva de dicha empresa en el presente asunto.

Sin embargo, carece la demanda de legitimidad pasiva respecto de la empresa AIG Colombia S.A. y en lo que tiene que ver con el Ministerio del Trabajo, pues no se logró demostrar que entre el señor José Concepción Contreras Contreras y la empresa AIG existiera un relación laboral; y por su parte, ninguna de las acusaciones planteadas en la demanda van dirigidas a alguna actuación de parte del ministerio, situación que hace improcedente el estudio del caso respecto de estas dos accionadas.

70. *Inmediatez*: desde el momento del despido, 24 de abril de 2015, hasta la fecha de presentación de la tutela, 30 de abril de 2015, trascurrieron menos de 8 días, tiempo completamente razonable para la presentación de la acción.

71. *Subsidiariedad*: la Sala encuentra que si bien el accionante no ha acudido a la

¹⁰⁵ Artículo 86 de la Constitución Política y Artículo 1° del Decreto 2591 de 1991.

¹⁰⁶ Constitución Política, art. 86; Decreto 2591 de 1991, art. 42.

¹⁰⁷ Ver, entre otras, Sentencias T-509/92 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), T-213/01 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-594/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-172/97 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-1750/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-921/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-067/07 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

¹⁰⁸ Ver T-808/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-290/93 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁰⁹ Ver T-761/04 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

¹¹⁰ Ver entre otras las sentencias T-593/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-161/93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y T-230/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

jurisdicción ordinaria para hacer valer sus derechos, en este caso la acción de tutela se presenta para proteger a una persona con una situación delicada de salud, que dice ser desplazado por la violencia, y quien tiene a su cargo a dos hijas.

Respecto de su estado de salud, a pesar de que en el concepto allegado a la Corte Constitucional por la Fundación Hospital Universitario San José se señala que, acorde con la historia clínica del accionante, el 4 de junio de 2015 se descartó *“recidiva herniaria colecciones intrabdominales o colecciones residuales en tejidos blandos de la pared abdominal”*, es la misma autoridad médica la que manifestó que de dicho concepto no era posible determinar el diagnóstico actual del paciente, ni tampoco definir si existía alguna limitación para realizar su trabajo. Por su parte, en un escrito del 14 de diciembre de 2015, el accionante informó a la Corte Constitucional sobre su difícil situación económica y de salud. Según su relato, luego de dos cirugías que le practicaron, su abdomen quedó en un estado deprimente, con riesgo, según sus médicos, de tener que realizarse una nueva cirugía para retirar otra hernia; como consecuencia de ello, no lo han querido contratar en otras empresas por su historial de salud, pues no pasa los exámenes de ingreso¹¹¹.

Si bien los dos argumentos podrían contradecirse, lo cierto es que la manifestación realizada por el accionante sobre su estado de salud es más actual, y difícilmente podría desvirtuarse con una calificación médica realizada seis meses atrás, más aún cuando de dicha evaluación de la historia clínica, no es posible determinar con certeza si en la actualidad existe o no una restricción del accionante para trabajar.

Por otro lado, revisando en la base de datos del sistema integral de información de la protección social -Registro Único de Afiliados- a corte 12 de febrero de 2016, el señor José Concepción Contreras Contreras aparece como retirado de Coomeva EPS, lo cual sugiere a la Sala que la continuidad en la prestación del servicio de salud pudo verse suspendida con ocasión del despido¹¹².

Adicionalmente, mencionó que de su salario dependen sus dos hijas¹¹³ dado que su madre falleció hace algunos años, y que no tiene otros ingresos económicos para sufragar un arriendo mensual de \$350.000, alimentación, vestuario y medicamentos.

Finalmente, el accionante afirmó ser desplazado por la violencia, y en su escrito dice *“solicito su gran ayuda pues me encuentro pasando dificultades económicas aquí en Bogotá juntos con mi familia”*, y reitera *“soy un desplazado más por la violencia en Colombia que trato de sobrevivir con mi familia aquí en la capital.”* Al respecto, la Sala considera que esta situación es un indicio más para considerar procedente el amparo, teniendo en cuenta su condición de vulnerabilidad.

En suma, considerando que la jurisprudencia repetidamente¹¹⁴ ha señalado que en

¹¹¹ Ver folio 26 del cuaderno principal.

¹¹² <http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Cliente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx>

¹¹³ En la demanda no se menciona edad de las hijas.

¹¹⁴ En los casos mencionados en los numerales 56, 57, 58 y 59 de las consideraciones, este Tribunal consideró que las condiciones especiales de salud de los accionantes, eran suficiente para determinar la procedencia de la acción

los casos en los que se solicita el reintegro de un trabajador en condiciones de indefensión la tutela procede excepcionalmente como mecanismo de protección urgente, dado que los procesos ordinarios no ofrecen garantías adicionales para estas personas; y que se trata de un sujeto en condiciones de debilidad manifiesta que requiere de la intervención inaplazable del juez constitucional, como quiera que los recursos ordinarios no son idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en la integridad, dignidad y mínimo vital del accionante, esta Sala concluye que en el presente caso la acción de tutela es procedente, transitoriamente, como mecanismo de protección de una persona en situación de debilidad manifiesta, quien solicita el reintegro a su lugar de trabajo, mientras cursan las actuaciones necesarias ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Se desconoció la garantía constitucional a la estabilidad laboral reforzada del señor José Concepción Contreras Contreras

72. Con fundamento en los hechos expuestos y en las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala infiere que la desvinculación del señor José Concepción Contreras Contreras, por parte de su empleador, la empresa Adecco Colombia S.A. desconoció los derechos fundamentales invocados, por las siguientes razones:

(i) Al momento de despido el señor José Contreras debía ser considerado una persona en situación de debilidad manifiesta:

Adecco basó el despido en que, a la fecha de terminación del contrato, el señor Contreras no tenía generada incapacidad o restricción para laborar, por lo tanto, no estaba en situación de debilidad manifiesta.

Sin embargo, reiterando la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la protección laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta, la cual indica que no necesariamente deben estar incapacitados para ser beneficiarios de la protección, sino que se debe demostrar una disminución evidente en el estado de salud del empleado que afecte sus funciones laborales, la Sala Tercera de Revisión considera que cuando la empresa demandada terminó de manera unilateral el contrato de trabajo suscrito con el demandante, él sí se encontraba en condición de debilidad manifiesta por el deterioro en su estado de salud.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, de la historia clínica del accionante, se evidencia la disminución en su salud como consecuencia de las dos cirugías realizadas por las hernias halladas en su abdomen, intervenciones que generaron cuatro incapacidades de más de 50 días y dos hospitalizaciones, así:

- El 14 de febrero de 2015¹¹⁵, ingresó de urgencias al Hospital Universitario San José donde le *realizaron una cirugía*.

de tutela. Específicamente en la sentencia T-106/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Díaz) se dijo: “la jurisprudencia ha señalado que cuando un trabajador con debilidad manifiesta solicita el reintegro, la tutela procede excepcionalmente, pues los procesos ordinarios no ofrecen las garantías necesarias e inmediatas para una persona en situación de debilidad manifiesta”.

¹¹⁵ En el folio 14 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de ingreso.

- *Incapacidad* del 14 de febrero al 28 del mismo mes¹¹⁶.
- El 17 de febrero de 2015¹¹⁷, fue *hospitalizado*.
- El 19 de febrero le realizaron una *segunda cirugía* por obstrucción intestinal.
- *Incapacidad* del 27 de febrero (día de salida del hospital) al 28 de marzo de 2015¹¹⁸.
- El 10 de marzo de 2015¹¹⁹, tuvo un nuevo ingreso a *urgencias* por una fuerte infección.
- *Hospitalización* del 10 de marzo al 15 de marzo de 2015.
- *Incapacidad* del 15 de marzo al 03 de abril de 2015¹²⁰.
- *Incapacidad* del 06 de abril al 08 de abril de 2015¹²¹.

Adicionalmente, según lo manifestó el accionante, lo cual no fue refutado por la accionada, dichas dolencias requirieron su reubicación laboral pues, en principio, su labor le exigía caminar durante todo el día, por lo cual fue ubicado en una oficina.

Por último, su diagnóstico sí requería un monitoreo constante del proceso evolutivo, tan es así, que en el control médico del 23 de abril de 2015, le fue ordenado un examen médico con el fin de descartar la existencia de otra hernia. Examen que solo fue valorado hasta el 4 de junio de 2015 -más de un mes después del despido- y si bien en él se descartó la *recidiva herniaria colecciones intrabdominales o colecciones residuales en tejidos blandos de la pared abdominal*, su resultado pudo ser diferente, y la protección a la estabilidad laboral reforzada no depende de la evolución satisfactoria de la enfermedad del empleado tiempo después del despido, sino de su situación de salud al momento del mismo.

En este punto es importante señalar que, no le compete al juez de tutela evaluar la gravedad de la enfermedad del accionante, pues si bien la empresa alegó que un diagnóstico como el del accionante no lo ponía en situación de incapacidad para laborar y que requería de un tratamiento menor, la Sala considera que son las continuas incapacidades, hospitalizaciones y revisiones médicas las que le sirven de indicio al juez de tutela para determinar que sí se produjo en el empleado una mengua en su salud como consecuencia del diagnóstico recibido y la no evaluación del diagnóstico.

(ii) Adecco Colombia tenía conocimiento sobre el estado de salud del empleado:

Sobre este punto no existió debate entre las partes, el accionante argumentó que Adecco Colombia tuvo conocimiento de sus incapacidades y dolencias -al punto de ser reubicado- y la empresa aceptó su conocimiento.

Adicionalmente, en la carta donde le informan al accionante sobre la terminación del contrato, le indicaron que la EPS debe continuar con la prestación del servicio

¹¹⁶ En el folio 15 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

¹¹⁷ En el folio 12 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de ingreso.

¹¹⁸ En el folio 13 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

¹¹⁹ En el folio 10 del cuaderno 1 reposa copia de la historia de ingreso.

¹²⁰ En el folio 11 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

¹²¹ En el folio 8 del cuaderno 1 reposa copia de la incapacidad.

de salud, aun con la finalización de la relación laboral, hecho que no deja duda sobre el conocimiento del empleador de los problemas de salud del accionante.

(iii) Se evidencia nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador:

La Sala considera que, sobre la base de caso por caso debe realizarse el nexo causal. De las pruebas obrantes en el expediente, se puede determinar sumariamente dicho nexo teniendo en cuenta que: (i) de los casi tres meses (82 días) que tuvo vigencia el contrato, como consecuencia del estado de salud del accionante, únicamente laboró un mes; (ii) los días en los cuales pudo trabajar no estaba capacitado para desarrollar al 100% sus funciones ya que, en principio, para ello requería caminar todo el día, situación que incrementaba el dolor abdominal, motivo por el cual tuvo que ser reubicado; (iii) la jurisprudencia ha indicado que el simple vencimiento del término no es una razón suficiente para terminar el contrato de una persona en situación de debilidad manifiesta, máxime cuando se trata de una empresa “*dedicada a contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar en el desarrollo de sus actividades*” que sugiere a una continua necesidad de contratación de personal; y (iv) existe una presunción que a continuación se evaluará.

(iv) La empresa no solicitó autorización del Ministerio de la Protección Social para el despido:

En el expediente no se incorpora ninguna prueba que revele que la empresa demandada, no obstante conocer que el actor presentaba una disminución de su capacidad física, haya solicitado la autorización del Ministerio de la Protección Social, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Acorde con dicha norma y con la jurisprudencia constitucional, si para Adecco Colombia S.A. existía una justa causa de despido, aquella debió ser verificada por la autoridad laboral correspondiente.

En otras palabras, si el empleador consideraba que tenía una justa causa para despedir al empleado, como lo planteó en la respuesta a esta demanda -terminación de la labor o la obra contratada-, debió acudir a la autoridad competente para que avalara dicha situación, so pena de activarse la presunción de discriminación expuesta en las consideraciones. En términos de la sentencia C-531 de 2000, “*carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.*”

Por todo lo anterior, se presume que el vínculo laboral del accionante fue terminado de manera unilateral por parte del empleador, en razón de las afecciones de salud que padece, con lo que se vulneró su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

Conclusión:

73. En virtud de lo anterior, la Sala de Revisión considera necesario proteger los derechos invocados, que fueron vulnerados por la conducta discriminatoria de la empresa Adecco Colombia S.A. Este amparo, se concederá como mecanismo transitorio, mientras se adelanta el respectivo proceso ante la jurisdicción laboral para establecer, con carácter definitivo, la procedencia del reintegro.

En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión, revocará el fallo del 21 de agosto de 2015 proferido por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la demandante. En consecuencia, ordenará a la empresa Adecco Colombia S.A., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que, si aún no lo ha efectuado, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a reintegrar, al señor José Concepción Contreras Contreras, si él está de acuerdo, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le despidió, acorde con su estado de salud actual y bajo la misma modalidad laboral contractual anterior, vinculación que solo podrá terminarse, de mantenerse las condiciones de limitación en salud del trabajador, previa autorización del inspector del trabajo.

Adicionalmente, y como consecuencia de la verificación de despido sin autorización de la autoridad competente, Adecco deberá pagar al accionante la indemnización de que trata el inciso tercero del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 *“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <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.”*

Para el cumplimiento de dicha orden, se debe precisar que el reconocimiento y pago de las demás prestaciones y emolumentos que se deriven del reintegro del accionante, incluida la indemnización de que trata el inciso tercero del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, podrán ser exigidos ante la jurisdicción ordinaria. Acción judicial que deberá iniciar el señor José Concepción dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de esta sentencia, pues de no hacer en dicho lapso, cesarán los efectos de esta decisión.

Expediente T-5208261

74. Acorde con los antecedentes mencionados, con las respuestas brindadas por las empresas accionadas, con las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y con las pruebas solicitadas por la Corte Constitucional, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión analizar y decidir sobre el problema jurídico planteado, esto es, ¿El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y el Batallón Especial Energético y Vial No. 10 “Cr. José A. Concha” vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago al

considerarlo no apto para desarrollar ninguna actividad en la Fuerza Pública como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica -13%- y la ausencia de capacitación?

La acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia

75. *Legitimidad por activa*: el accionante interpuso de manera personal la acción de tutela como titular de los derechos fundamentales invocados¹²².

76. *Legitimidad por pasiva*: el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el Ministerio de Defensa y el Batallón Especial Energético y Vial No 10, quienes hacen parte de las Fuerzas Militares de Colombia, se encuentran legitimadas como parte pasiva, dada su calidad de autoridades públicas y sujetos a los que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión¹²³.

77. *Inmediatez*: el accionante expone como conducta que causa la presunta vulneración, el acto administrativo proferido por el Tribunal Médico Laboral el 03 de junio de 2015, a través del cual confirmó la decisión adoptada por la Junta Médica Laboral, en el sentido de considerar al soldado no apto para la prestación del servicio militar con ocasión de su condición de salud y de no recomendar su reubicación ante la ausencia de capacitaciones. Teniendo en cuenta que la acción de tutela se presentó el 13 de julio de 2015, transcurrió un poco más de 1 mes desde que se configuró la presunta vulneración hasta la interposición de la acción constitucional, tiempo razonable para la presentación de la acción¹²⁴.

78. *Subsidiariedad*: los jueces de instancia declararon improcedente la acción de tutela considerando que el requisito de la subsidiariedad no se cumplía, por cuanto el accionante no acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir el acto que lo desvinculó de su cargo y teniendo en cuenta que el actor no demostró su situación de vulnerabilidad.

En su demanda, el accionante solicita ser reintegrado al Ejército Nacional, situación que no sólo aseguraría su derecho al trabajo, desde el punto de vista de la integración, sino que también haría efectivas otras garantías laborales, tales como el servicio de seguridad social en salud y en pensión. Sin embargo, previo a determinar el cumplimiento o no de este requisito la Sala debe pronunciarse sobre el retiro voluntario presentado por el accionante, como presupuesto adicional para determinar la procedencia de la acción de tutela.

En estos términos, si bien la conducta que causa la presunta vulneración no corresponde a la validez o no del retiro voluntario presentado por el accionante, la

¹²² Artículo 86 de la Constitución Política y Artículo 1º del Decreto 2591 de 1991.

¹²³ Cf. Constitución Política, art. 86; D. 2591/91, art. 42.

¹²⁴ En la sentencia de unificación SU-961/99 (M.P. Vladimiro Mesa Naranjo) la Corte señaló que: “Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines tutela, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.” Esta consideración fue reiterada en sentencia T-047/14 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Sala hará una breve análisis sobre éste, pues de considerar la renuncia ajustada a derecho, se desvirtuaría que el retiro del actor fue consecuencia de la inadecuada valoración de sus condiciones de salud, de sus habilidades, destrezas y capacidades, y en cambio, sería evidente que su desvinculación obedeció a una decisión autónoma del actor -lo cual haría improcedente el amparo-.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que es constitucionalmente aceptable que una persona beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada termine su vinculación a través de su renuncia al cargo. Sin embargo, este acto solo tiene validez desde el punto de vista de los derechos fundamentales del trabajador siempre que sea espontánea, libre de coacción y producto de la voluntad. *“La renuncia al empleo así presentada, en aplicación del principio de subsidiariedad, impide que el asunto sea estudiado por el juez constitucional y por tanto, habrá que declararse improcedente la acción de tutela que se persiga bajo los anteriores supuestos”*¹²⁵.

Ahora bien, para declarar que pese a la renuncia se vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el juez constitucional con base en los elementos probatorios presentes en el plenario debe concluir que la renuncia además de haber sido presionada por el empleador, -es decir, que se produjo un retiro¹²⁶ indirecto- puede ocasionarle un perjuicio irremediable. En tal virtud, *“corresponderá al juez constitucional evaluar si el despido indirecto que se alega como forma de terminación del contrato de trabajo, causa una grave lesión a los derechos fundamentales de la persona que invoca la protección”*¹²⁷.

En estos términos, el juez constitucional puede evaluar las condiciones que se tuvieron en cuenta para retirar del servicio a un soldado profesional con disminución de sus condiciones de salud, siempre y cuando encuentre indicios de que la renuncia presentada el presentada, no fue del todo espontánea, libre de coacción y producto de la voluntad.

Frente a la validez de la renuncia existe debate, por un lado el Batallón accionado argumenta que fue presentado voluntariamente, por otro lado, el accionante manifiesta que fue inducido en error para la presentación del mismo.

Para la Sala, existen indicios para considerar que la renuncia fue inducida y no voluntaria, teniendo en cuenta que:

(i) Según las afirmaciones del accionante, las cuales no fueron desvirtuadas por el Batallón -teniendo la posibilidad de hacerlo, con la declaración del coronel al que se le atribuyen las presiones-, el coronel de la época, luego de enterarse de la calificación de disminución de capacidad laboral (se refiere a la calificación de la Junta Médica de Calificación proferida el 04 de junio de 2014), lo calificaba de *“inservible”* le decía frases como *“ya usted no sirve” “retírese”*, ante lo cual el

¹²⁵ Sentencia T-457/10 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva)

¹²⁶ De conformidad con la normatividad aplicable -artículos 122 y 123 de la Constitución Política- a la cesación efectiva del servicio de un servidor público integrante de las Fuerzas Militares, se le denomina retiro, por lo tanto, este caso no corresponde técnicamente a un despido provocado, sino a un retiro provocado.

¹²⁷ *Ibidem*.

señor Santiago consideró que *“tenía razón, hecho que me indujo a pedir la baja y postrarme a la indefensión ante semejante concepto médico militar, para nosotros en la fila es una baja moral impresionante causa mucho daño ver cuando un soldado pierde la vida y todos quedamos confundidos el trabajo psicológico lo lograron hasta el punto que presenté la baja de manera presionada.”* Esta afirmación se complementa con uno de los párrafos que el señor Santiago escribió en la carta presentada el 25 de septiembre de 2014 al secretario general del Ministerio de Defensa en la cual dice: *“se me hecha [sic] como si fuera algo indeseable o desechable pues es así como me siento que mi institución me está tratando después que yo puse en las fuerzas militares todos mis sueños y los de mi familia, (...) es aquí donde me pregunto entonces los trabajos varios en el dispensario que he venido realizando no le han aportado nada a mi institución (...)”*.

Adicionalmente, en la respuesta a las pruebas solicitadas por la Corte Constitucional, el señor Santiago reiteró que en la institución lo consideraban *“inservible” “situación que me afectó muchísimo este tipo de exclusión”*.

Lo anterior, representa un indicio serio para la Sala respecto de la presión que desde la misma institución se generó en el soldado, por su condición de discapacidad, al punto de presentar su renuncia.

(ii) Por otra parte, es extraño para la Sala el hecho de que la carta de retiro, si bien aparece firmada por el accionante, fue el suboficial Rodríguez Cortés William, jefe de desarrollo humano, quien la elaboró y la revisó, según dice la misma carta.

(iii) Además, es diametralmente opuesta la carta escrita por el accionante el 25 de septiembre de 2014 y dirigida al secretario general del Ministerio de Defensa con la carta de renuncia presentada el 06 de abril de 2015 -fechas no muy lejanas-. En la carta dirigida al ministerio, el soldado pretende acelerar el trámite pendiente de surtirse ante el Tribunal Médico Laboral, encargado de dar un segundo concepto sobre su incapacidad. En ella, argumenta que *“a ninguna persona por disminución de su capacidad física se le puede negar la posibilidad de continuar con el derecho al trabajo y a tener una vida digna”*, de esta manera reclama *“igualdad real y efectiva”*, y solicita su reubicación *“teniendo en cuenta mis habilidades y el trabajo que he venido desempeñando en el dispensario de la unidad a la cual pertenezco”*; además, pone a consideración de la institución, *“que muchos soldados que hemos sido heridos en combate o hemos tenido una disminución en la capacidad física no nos manden a la calle a seguir fomentando la delincuencia denos la oportunidad de terminar nuestro estudio básico y capacitarnos en diferentes funciones técnicas para la vida y el trabajo (...)”*. Por su parte, en la carta de renuncia manifiesta su deseo de no seguir esperando la resolución del Tribunal Médico pues prefiere estar con su familia, seguir estudiando y buscar otras oportunidades para salir adelante en la vida civil. Las diferencias entre los dos escritos son, a juicio de la Sala, demostrativos indiciariamente de que la renuncia no fue voluntaria al momento de su presentación.

(iv) Finalmente, las accionadas pese a contar con el término probatorio en las instancias correspondientes y a ser requeridas por la Corte Constitucional, no adjuntaron prueba de la existencia de una manifestación de aceptación de renuncia por parte de la Fuerzas Militares; en cambio, en las respuestas a la demanda de tutela el debate se centró en la legalidad del acto proferido por el Tribunal Médico como principal sustento de la desvinculación del actor.

Por todo lo anterior, la Sala considera que dentro del expediente se presentan indicios suficientes para poner en tela de juicio que la presentación de la carta de retiro por parte del soldado Wilfran Andrés Santiago Santiago haya sido espontánea, libre de coacción y producto de la voluntad.

De esta manera, una vez verificada la existencia de indicios que generan en la Sala serias dudas sobre la validez de la renuncia, corresponde continuar con el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Si bien el accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde puede solicitar la medida provisional de suspensión del acto, la Corte considera que para el caso concreto no es un mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales del accionante. Aquí, es necesario hacer mención de la consideración expuesta en la sentencia T-928 de 2014, en la cual se argumentó:

“Sin embargo, si bien la figura de la suspensión está siendo implementada de manera más activa por los jueces administrativos, ello no asegura que lo hagan en todos los casos, pues se trata de una **medida facultativa**, que de todas maneras, está sometida al análisis de validez del acto administrativo. Entonces, es posible que una decisión administrativa sea legal porque se ajusta a los estrictos y precisos términos de la ley, pero viole derechos fundamentales, con lo cual bien podría pensarse que no procede la medida cautelar de una decisión apoyada en la ley, pero sí la acción de tutela para proteger derechos fundamentales gravemente afectados, por lo que sería urgente la intervención del juez constitucional.” (Negrillas es el texto original).

De las pruebas aportadas al expediente, es posible deducir que el señor Santiago Santiago está calificado con una disminución de su capacidad laboral del 13%, como consecuencia de una caída durante la prestación del servicio militar, y por lo tanto, debe ser considerado como una persona que merece especial protección constitucional.

Adicionalmente, su desvinculación del Ejército puede comprometer sus derechos a la seguridad social y a la salud, los cuales requieren una urgente protección constitucional por los fuertes dolores en su espalda; se reitera, como consecuencia de su oficio como soldado. Si bien el accionante manifestó que Coosalud le ha prestado los servicios de salud, en la base de datos del sistema integral de información de la protección social -Registro Único de Afiliados- a corte 12 de febrero de 2016, el accionante aparece como retirado de la Cooperativa Empresa

Solidaria de Salud y Desarrollo integral Coosalud ESS ARS, indicio que suscita una duda a la Sala sobre la situación actual de la afiliación del accionante, lo que demostraría que se generó una interrupción en la continuidad de la prestación del servicio de salud¹²⁸. Además, al no estar cotizando al sistema pensional, disminuye la posibilidad de ser calificado y, de ser procedente, ser beneficiario de una pensión de invalidez.

Por otra parte, de las pruebas aportadas por el señor Santiago en sede de revisión, este manifestó que no tiene un trabajo estable, y que de su salario dependen su esposa, su hijo de dos años y su madre. Lo anterior, corresponde con la información que reposa en la base de datos del SISBEN, la cual indica que Wilfran Andrés Santiago Santiago, a corte 07 de mayo de 2015, está calificado con un puntaje del 4,82 ubicándolo en el nivel 1 del SISBEN¹²⁹, dando un indicio a la Corte de la difícil situación económica en la que se encuentra.

Respecto del argumento sobre la indemnización recibida por el accionante como consecuencia del despido, la cual correspondió a la suma de \$4.460.000, reitera la Sala la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹³⁰ la cual considera que dicho pago no exime al Ejército Nacional de responder por la afectación de los derechos fundamentales del accionante, sin perjuicio de que dicha suma sea compensada con otras erogaciones que el juez competente decreta a cargo de la institución.

De acuerdo con los hechos descritos, el accionante solicita ser reintegrado a la institución, situación que no sólo aseguraría su derecho al trabajo, desde el punto de vista de la integración, sino que también haría efectivas otras garantías laborales, tales como el servicio de seguridad social en salud y en pensión.

A juicio de la Sala, en este caso concreto, no resulta evidente que sea la medida cautelar de suspensión provisional el mecanismo idóneo y eficaz para la protección urgente de los derechos fundamentales del actor, puesto que, las circunstancias particulares del peticionario, merecen una solución pronta y eficaz, al estar en riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud y su mínimo vital. En consecuencia, corresponde al juez constitucional estudiar el caso y establecer si la decisión de retirar y abstenerse de reubicar a un sujeto que merece especial protección constitucional vulnera sus derechos a la igualdad y al trabajo.

Se desconoció la garantía constitucional a la estabilidad laboral reforzada del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago

79. El ciudadano Wilfran Andrés Santiago Santiago, considera que el Ejército Nacional vulneró sus derechos fundamentales al ordenar su retiro del servicio, en razón a que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía lo calificó como no apto para la actividad militar “*ya que presenta alteración*

¹²⁸ <http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Ciente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx>

¹²⁹ Ministerio de Protección Social Resolución 3778 del 30 de agosto de 2011.

¹³⁰ En la sentencia C-531/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la disposición considerando que el pago de la sanción no autoriza al empleador a despedir al discapacitado, un despido de esa naturaleza carece de efectos, siendo procedente por lo tanto, el reintegro del afectado, sin solución de continuidad en materia de salarios y prestaciones sociales.

psicofísica, que no le permite desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, correspondiente a su cargo, grado, empleo o funciones”, y estableció que no sugería su reubicación “con base en que no acreditó aptitudes ocupacionales, además no cuenta con capacitaciones que le brinden la suficiente aptitud ocupacional, para desempeñarse, y que le permitan aprovechar su capacidad laboral residual, lo que le impide realizar actividades, ya sea de tipo administrativo, de docencia o de instrucción, lo que a su vez genera que sus habilidades y destrezas se limiten a su actividad policial o militar.”

Para resolver el problema jurídico planteado, se verificará el cumplimiento de los presupuestos indicados en la sentencia T-928 de 2014 para determinar si la decisión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, vulneró los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

80. El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para continuar prestando el servicio, implica que no puede seguir desempeñándose en “esa” labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.

En la decisión en la que se declaró no apto al soldado profesional Santiago Santiago, el Tribunal Médico Laboral determinó que su diagnóstico no le permitía “desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, correspondiente a su cargo, grado, empleo o funciones”. Dicha motivación, difiere del precedente constitucional citado¹³¹, pues no evalúa específicamente si su padecimiento es incompatible con cualquier otro cargo dentro de la institución, parece que solo se refiere al cargo que a la fecha del dictamen ocupaba, y al no tener la capacidad psicofísica para desempeñarlo, da por hecho que en ningún otro oficio físico puede ser reubicado el soldado.

Además, no encuentra la Sala una motivación clara y congruente respecto de cómo la disminución de la capacidad laboral del accionante del 13% pueda impedirle al soldado cumplir sus funciones en alguno de los cargos asumidos por él luego del accidente, específicamente en el área de control de citas en el dispensario médico como archivista (archivaba historias clínicas) o en la entrega de autorizaciones.

De las consideraciones expuestas en los fundamentos de esta providencia, “*si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación*”.

Lo anterior obliga a las Fuerzas Militares de Colombia a motivar de manera clara y precisa el por qué reubicar a una persona con disminución de apenas el 13% de su capacidad laboral, desborda su capacidad de mantener en la institución al soldado profesional.

¹³¹ Sentencia T-928/14 (M.P. Gloria Stella Ortiz Díaz).

81. *Con fundamento en el principio de integración laboral de las personas en situación de discapacidad, el Estado tiene la obligación de reubicar a estos sujetos que merecen especial protección constitucional, en la medida de sus capacidades.*

La calificación de disminución de la capacidad laboral del actor fue del 13%, lo cual indica que cuenta con un amplio porcentaje de capacidad laboral residual para desempeñarse en otro tipo de funciones diferentes a aquellas que podrían incrementar el dolor lumbar. Al respecto, el médico tratante dijo que dicho lumbago obedecía al “*sobrecargo de peso frecuente en la carga diaria soportada por su profesión de soldado profesional*” y por lo tanto, recomendó “*no levantar peso a 10kg, limitación para caminatas largas e imposibilidad para levantar equipo de campaña*”. Le correspondía entonces al Tribunal Médico Laboral, verificar la posibilidad de reubicación del actor en un cargo donde dicha restricción física no fuere incompatible con las funciones del mismo.

82. *Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario hacer una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.*

La valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado fueron consignadas en el acta del Tribunal Médico Laboral en el acápite de análisis de la situación. Allí, se dejó establecido que el soldado era un “*paciente en aceptables condiciones generales, ingresa solo por sus propios medios, adecuada presentación personal, consiente, alerta, orientado en las tres esferas, pensamiento lógico, responde coherentemente al interrogatorio con precisión, mantiene la mirada con los examinadores, juicio y raciocinio conservado, edad cronológica acorde con edad aparente. Realiza patrón de marcha normal, marcha punta talón normal. Columna dorso lumbar centrada sin curvas patológicas, realiza arcos de movilidad con leve limitación en los últimos grados a los movimientos de flexión, extensión, rotación y lateralidad. Sensibilidad conservada, fuerza 5/5, trofismo normal, reflejos normales. Con dolor a la palpación de apófisis espinosas.*”

Además se dijo que “*si bien la resonancia nuclear magnética reporta normalidad en la columna lumbo sacra, la tomografía axial computarizada reporta una hernia discal protruida sin estenosis significativa del canal L5 – S1.*”

Concluyendo que, el accionante está incapacitado para “*realizar actividades físicas intensas y para cargas excesivas.*” Teniendo en cuenta dicha conclusión, la Sala reitera que sí era procedente que el Tribunal evaluara la posibilidad de reubicación del actor en un lugar de trabajo en el que dicha incapacidad no fuera obstáculo para su ejercicio. De la descripción de la situación, no se desprende una evidencia incontrovertible de que el actor sea no apto para la prestación del

servicio, por la lumbalgia padecida.

83. *Para determinar la procedencia de la reubicación existen dos elementos que deben tenerse en cuenta: uno **subjetivo**, que refiere a que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución; y otro **objetivo**, que se relaciona con la definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.*

Ahora bien, adicional al estudio de la reubicación del soldado por su situación de disminución de su capacidad física en un cargo que corresponda a las restricciones indicadas por el médico tratante, existe otra alternativa de reubicación, esto es, en funciones administrativas, de docencia o de instrucción.

Acorde con las consideraciones expuestas, le corresponde a las Juntas Médico Laborales y al Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, apreciar las capacidades psicofísicas de los soldados que son declarados no aptos para continuar desarrollando sus labores. Para ello, deberán rendir un concepto técnico en el que se evalúen sus habilidades, y determinen específicamente si la persona física y mentalmente podría desarrollar funciones tales como labores administrativas, docentes o de instrucción, y con fundamento en tal valoración, motiven la recomendación de efectuar o no la reubicación.

La evaluación objetiva, deberá ser realizada por las jefaturas o direcciones de personal de la institución, quienes, con fundamento en el concepto antes mencionado, se encargarán de definir la labor que efectivamente, pueda ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del militar, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

En otras palabras, la competencia del Tribunal Médico Laboral se limita a determinar si, acorde con la evaluación del estado físico y mental del soldado, podría o no ser reubicado en labores administrativas, de docencia o de instrucción. Un paso posterior, dada la certificación del Tribunal Médico, es la evaluación que las jefaturas o direcciones de personal de la institución hacen de la hoja de vida del calificado.

En este punto es importante traer a colación las consideraciones realizadas en la sentencia T-910 de 2011, mencionadas anteriormente, para resaltar el deber que les asiste a las Fuerzas Militares de Colombia, de proteger, acorde con las normas constitucionales y legales, a los integrantes de sus filas. De esta manera, en virtud del principio de solidaridad, corresponde a las Fuerzas Militares incorporar en sus políticas, planes de atención y tratamiento del personal y capacitaciones, medidas concretas tendientes a permitir que aquellos soldados que sufren percances, en cumplimiento de sus funciones, superen sus afecciones físicas y/o psicológicas en la misma Institución a la cual decidieron servir, siendo la desvinculación la última alternativa posible y, ante la cual, deberá corresponder una pensión de invalidez,

como se verá en el siguiente punto.

Frente a dichas capacitaciones, la página web del Ejército Nacional¹³², expone una política de profesionalización de los integrantes de la fuerza pública, con el fin de responder a las *“necesidades de formación de cada hombre como al cumplimiento de las metas institucionales”* y de permitirles adquirir *“competencias en artes, oficios y profesiones como complemento de su formación castrense, y se habiliten para desempeñar una actividad y contribuyan a su desarrollo y el de su familia.”*

Al exponer dicha política, se menciona un convenio de cooperación interinstitucional del SENA con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional *“que beneficia a todos sus miembros, incluso a poblaciones vulnerables como el personal discapacitado por actos del servicio, las viudas y huérfanos de los uniformados fallecidos como consecuencia del accionar de los grupos armados ilegales, y los que están próximos a licenciarse, pensionarse o cumplir con la asignación de retiro.”*

Lo anterior, sirve como ejemplo de la actitud que debe asumir el Ejército Nacional de Colombia para con sus soldados, quienes, a sabiendas de los riesgos que implica el ejercicio de dicha función tan importante para el fortalecimiento del Estado Social de Derecho, ingresan a la Institución con la visión de *“construir un proyecto de vida al amparo o bajo las directrices que orientan tan importante quehacer, como lo es, la permanente honra y veneración de los valores patrios, el esfuerzo y el sacrificio desplegado al máximo nivel en toda misión o acción por cumplir, al igual que el acatamiento a ciertos valores o principios como el honor, el respeto por la autoridad, el mando y la obediencia, el sentido de cuerpo y la solidaridad como elementos infaltables en todo tipo de actuación o de desempeño, entre muchísimas otras características de dicha actividad, propósito de vida del cual esperan recibir, y ello es apenas legítimo y elemental que sea así, contraprestaciones mínimas para coadyuvar, así sea en parte, a su sostenimiento personal y al de la familia a la que pertenecen.”*¹³³

84. De lo anterior se sigue que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad que hacen las Juntas Médicas y el Tribunal de Revisión debe ser congruente con su recomendación de reubicación, pues si se califica a una persona con una pérdida de capacidad menor del 50% pero se dice que su capacidad psicofísica no es suficiente para desempeñar ninguna actividad, la decisión es incoherente y con ella se impide, al mismo tiempo, que el sujeto sea reubicado y que acceda a una pensión de invalidez.

En el caso concreto tenemos que el señor Santiago Santiago fue calificado con una disminución de su capacidad laboral del 13%, porcentaje que según el Tribunal Médico lo hace no apto para la prestación del servicio militar ni para ser reubicado, pero que tampoco lo hace merecedor de una pensión de invalidez. Dicha consideración, a juicio de la Sala, conlleva una incoherencia entre la calificación de pérdida de capacidad laboral y la decisión de no reubicación, pues

¹³² <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=256008>

¹³³ Ver sentencia T-910/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

descarta, sin motivación alguna, sus posibilidades para “*desarrollar labores que bien pueden resultar útiles, provechosas o meritorias dentro del amplio espectro misional de aquella, en el que no todo es guerra, batalla, combate o escaramuza*”¹³⁴ y le impide acceder a una pensión de invalidez como consecuencia de su supuesta ineptitud por la cual es retirado del servicio.

Conclusión:

85. Por todo lo anterior, la Sala concluye que en este caso el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago, porque dispuso el retiro del soldado en razón a la disminución de su capacidad psicofísica, sin haber hecho una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de tal forma que su capacidad laboral sea congruente con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral calificada por el Tribunal Médico Laboral correspondiente.

Por consiguiente, (i) se dejará sin efectos la orden de personal que retiró del servicio activo al señor Wilfran Andrés Santiago Santiago; (ii) se ordenará al Ministerio de Defensa Nacional que disponga lo necesario para que el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía analice nuevamente la situación del accionante y, en el evento de considerarlo no apto para la prestación del servicio como soldado profesional, determinar si médicamente el accionante está o no capacitado para desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción en el Ejército Nacional y si, en consecuencia, es aconsejable su reubicación, con la advertencia de que esta conclusión debería estar soportada exclusivamente en sus condiciones de salud físicas y mentales; (iii) advertirá, que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad realizada por el Tribunal Médico Laboral debe ser congruente con su recomendación de reubicación; por lo tanto, si se concluye que el señor Santiago Santiago no tiene la capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad, se deberá proceder a recalificar su pérdida de capacidad, con el fin de determinar si puede acceder a la pensión de invalidez; y (iv) ordenará su reincorporación al último cargo que ocupó en el Ejército Nacional antes de ser retirado de la institución, o, de no ser ello posible, a otro cuyas funciones sean acordes con sus condiciones actuales y con sus habilidades y destrezas.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el 21 de agosto de 2015, dentro del

¹³⁴ *Ibidem*.

expediente T-5152536, por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela instaurada por José Concepción Contreras Contreras contra Adecco Colombia S.A. En su lugar, CONCEDER TRANSITORIAMENTE la tutela de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y al trabajo, mientras se agotan los recursos ordinarios ante la jurisdicción laboral o, si no hiciere, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Segundo.- ORDENAR a Adecco Colombia S.A. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia (i) efectúe el reintegro laboral del accionante, si él así lo desea, a un cargo acorde con su condición de salud, y (ii) pague la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es decir, 180 días de salario, como consecuencia del despido sin autorización de la autoridad laboral competente.

Tercero.- REVOCAR la decisión adoptada el 10 de septiembre de 2015, dentro del expediente T-5208261, por la Sala Segunda Subsección B del Consejo de Estado, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Wilfran Andrés Santiago Santiago contra el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el Ministerio de Defensa, el Batallón Especial Energético y Vial No 10 y el Ejército Nacional. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

Cuarto.- En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS, el acto proferido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía Nacional mediante el cual calificó al accionante como no apto para la prestación militar y recomendó su no reubicación. En virtud de lo anterior, dejar sin efectos la orden de retiro del servicio activo del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago.

Quinto.- ORDENAR al Ejército Nacional y al Ministerio de Defensa Nacional que dispongan lo necesario para que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía analice nuevamente la situación del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago bajo las reglas y lineamientos fijados en esta providencia. Tal dictamen sustituirá a los que fueron rendidos en este caso. En el evento de considerarlo no apto para la prestación del servicio militar, deberá rendirse un informe técnico en el que se especifiquen las habilidades del actor y se determine qué tipo de labores -administrativas, docentes o de instrucción- podría desempeñar y si, en consecuencia, es aconsejable su reubicación. Se advierte que esta conclusión deberá estar soportada exclusivamente en sus condiciones de salud físicas y mentales.

Sexto.- ADVERTIR que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad realizada por el Tribunal de Revisión debe ser congruente con su recomendación de reubicación; por lo tanto, si se concluye que el señor Wilfran Andrés Santiago Santiago no tiene la capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad, se deberá proceder a recalificar su pérdida de capacidad, con el fin de determinar si puede acceder entonces a la pensión de invalidez.

Séptimo.- ORDENAR al Ejército Nacional y al Ministerio de Defensa Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el señor Wilfran Andrés Santiago Santiago sea reincorporado al servicio, bien sea en el último cargo que ocupó en el Ejército Nacional antes de ser retirado de la institución, o, de no ser ello posible, a otro cuyas funciones sean acordes con sus condiciones actuales y con sus habilidades y destrezas. Esa reincorporación, por supuesto, deberá traer aparejada la afiliación inmediata a los servicios médicos que presta la institución.

Octavo.- Por Secretaría, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General