

URGENTE DESACATO

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva

Palacio de Justicia Of. 902 Telefax 710234

ccto02nei@cendoj.ramajudicial.gov.co

Oficio No. 4494

Neiva, noviembre 01 de 2016

Señores

PAGINA WEB RAMA JUDICIAL-

Bogotá

Rad. 41001-40-22-007-2016-00504-01

Acción Tutela

Accionante: MARCO AURELIO RUBIANO

Accionada: EMGESA S.A. ESP Y OTROS

Notificado: OHL COLOMBIA S.A.S.

Cordial Saludo,

COMEDIDAMENTE LE NOTIFICO QUE MEDIANTE PROVIDENCIA DE LA FECHA, SE DISPUSO: "Ante la imposibilidad de notificar al accionada OHL COLOMBIA S.A.S., se dispone PUBLICAR en la página web oficial de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), lo contenido en el fallo de segunda instancia de fecha 24OCT2016, para lo cual se solicitará a la dependencia de soporte web la respectiva publicación. **CUMPLASE - FDO. BEATRIZ EUGENIA ORDOÑEZ OSORIO, JUEZA**".

ATENTAMENTE,

KAREM ARANZAZU CALDERON TORRES

Secretaria

AR



Juzgado Segundo Civil De Circuito De Neiva

Neiva, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2.016)

Rad. 2016-00504-01

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver la impugnación interpuesta por el accionante MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ, contra la sentencia del 07 de septiembre de 2.016, dictada por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva.

ANTECEDENTES

El señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ a través de apoderada de confianza, presentó acción de tutela en contra de EMGESA S.A. ESP y CONSORCIO IMPREGILO para que a través de este procedimiento breve y sumario se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, vida digna, trabajo, estabilidad laboral reforzada por despido injusto.

PETICIÓN

Solicita el accionante: **a)** se declare la solidaridad de la empresa EMGESA S.A. ESP, como consecuencia de lo anterior. **b)** ordenar a la accionada que de forma inmediata reintegre a su prohijado al cargo que ejercía dentro del consorcio a uno igual o de mayor jerarquía, atendiendo las recomendaciones impartidas por el médica laboral. **c)** ordenar a la accionada cancelar a su representado todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento del despido ineficaz y **d)** que se ordene a las accionadas cancelar todas las cotizaciones al sistema de seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales).

HECHOS

Indica en síntesis la parte actora que el consorcio vinculó al señor RUBIANO NARVAEZ mediante contrato a término fijo inferior a un año,

con el fin de que desempeñara el cargo de "Soldador 1", cumpliendo sus funciones en las instalaciones de la empresa accionada, ubicada en el Km 64 vía Laberinto – La Plata (H) vereda el Espinal, cumpliendo cabalmente el horario encomendado.

Que la empresa IMPREGILO OHL tenía afiliado a su representado al sistema de seguridad social así: en salud a SALUDCOOP, riesgos profesionales a SURAMERICANA DE SEGUROS y pensiones en PORVENIR.

Manifiesta que el contrato de trabajo se fue prorrogando indefinidamente hasta el 12 de febrero de 2016, fecha en la que el empleador dio por terminado el mismo de manera injusta e ilegal, pues el señor MARCO AURELIO se encontraba con orden de reubicación, recomendaciones médicas y en tratamiento médico, razón por la cual debía existir autorización por parte del Ministerio de Trabajo para proceder de esa forma.

Refiere que el accidente fue acaecido el 27 de noviembre de 2015, en donde resultó afectado su codo y hombro derecho, producto de las actividades propias de su trabajo, el cual fue reportado a la ARL el 30 de noviembre de 2016.

Indica que SALUDCOOP EPS el día 30 de noviembre de 2015 le notifica al accionante la calificación de origen laboral, el accidente acaecido determinando *"TRAUMATISMOS SUPERFICIALES QUE AFECTAN OTRAS COMBINACIONES DE REGIONES DEL CUERPO"*, razón por la cual fue remitido a terapia con fisioterapeuta por 10 días.

Que su representado estuvo incapacitado por 22 días, pese a lo cual se presentó a laborar. Reitera que el 12 de febrero de 2016 IMPREGILO OHL dio por terminado el contrato laboral del señor MARCO AURELIO cuando aún se encontraba en tratamiento médico y terapias del codo derecho.

El 15 de febrero del mismo año, le fue practicado el examen de egreso solicitado por el consorcio accionado, que tuvo como concepto final que *"No era satisfactoria"*.

Refiere que el día 8 de junio de 2016, el señor MARCO AURELIO fue valorado por especialista en ortopedia y reumatología en la ciudad de Bogotá, quien indico que: *"(...) Plan por parte de cirugía de mano se consideran secuelas definitivas. Programa de fisioterapia. Manejo sintomático de dolor (...)"*

El día 28 de julio hogaño, la ARL SURA notifica por escrito al señor RUBIANO, la pérdida de capacidad laboral determinada en un porcentaje de 5.39% de origen accidente de trabajo.

Manifiesta nuevamente, que su representado fue despedido sin justa causa, pues no se tuvo en cuenta el resultado del examen de egreso, ni tampoco se tenía la calificación del respectivo dictamen de la pérdida de capacidad laboral, considerando por ello que debía haber solicitado la autorización al Ministerio de la Protección Social, como consecuencia de ello el despido es ineficaz.

Que actualmente el señor MARCO AURELIO tiene 60 años de edad y se encuentra desempleado con ocasión al accidente de trabajo sufrido, pues no es posible que lo contraten por esa causa.

Finalmente aduce que, su prohijado es una persona de la tercera edad, en quien recae la obligación económica propia y de su esposa, aunado a ello el señor RUBIANO se encuentra sin seguridad social.

ACTUACIÓN

Por encontrar la demanda ajustada a los requisitos previstos en el artículo 86 de la Constitución Nacional, el juzgado de instancia dispuso su admisión, ordenó notificar personalmente a las accionadas, solicito se manifestaran sobre los hechos narrados en la tutela y reconoció personería a la Dra. Lid Marisol Barrera Cardozo.

CONTESTACIÓN

IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.

A través del representante legal, se descubre el traslado de la acción constitucional, indicando en primer término que en su calidad de miembro del CONSORCIO IMPREGILO OHL impetro Incidente de Nulidad, pues considera que no se tuvo en cuenta que el CONSORCIO está conformado por dos empresas (IMPREGILO COLOMBIA S.A.S. y OHL COLOMBIA S.A.S.) sociedades respecto de las cuales no se surtió en debida forma la notificación, razón por la cual invoca el artículo 140 numeral 7º del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de ello, el juzgado de primera instancia profirió providencia adiada 24 de agosto de 2016, en la que resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado en la acción constitucional, a partir del auto de fecha 17 de agosto de 2016, allí mismo dispuso admitir la tutela en contra de IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., OHL COLOMBIA S.A.S., que conforman el CONSORCIO IMPREGILO OHL y contra EMGESA S.A. ESP.-

IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.

A través del representante legal se recorrió el traslado de la tutela, indicando en síntesis que:

El contrato del señor MARCO AURELIO fue modificado de común acuerdo mediante otro-si de fecha 27 de junio de 2013, mediante el cual las partes convinieron modificar la modalidad de contrato de trabajo, suscrito a término inferior a un año para cambiarlo a contrato bajo la modalidad de obra o labor determinada – porcentaje de avance de obra.

Manifiesta que cuando se dio por terminada la relación laboral, el trabajador no padecía incapacidad o discapacidad alguna, por lo tanto no es sujeto de especial protección constitucional, más aun cuando la obra terminada en fase de producción de energía, en venta y liquidación de activos.

Refiere como cierto el hecho de que el accionante fue despedido el 12 de febrero de los corrientes con origen en una causal objetiva en el cumplimiento del porcentaje por el cual fue contratado el trabajador.

Que a la fecha no se cuenta con dictamen de pérdida de capacidad laboral superior o igual al 15%, que es el grado de discapacidad menor respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley.

Indica que el actor estuvo incapacitado por veintiún (21) días, y otros días solicitó permiso, según lo relaciona en una tabla adjunta. Insiste que al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, el señor MARCO AURELIO, se encontraba sin incapacidad, sin tratamiento médico pendiente y sin dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Aduce que el señor RUBIANO NARVAEZ está afiliado al régimen contributivo al sistema de seguridad social en salud en CAFESALUD.

Finalmente refiere que no existe nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y algún estado de salud que se pudiera determinar del accionante; en virtud de lo anterior, se opone a todas y cada una de las pretensiones del señor RUBIANO por lo tanto indica se decrete la improcedencia de la acción de tutela porque la misma debe ser usada como mecanismo residual y subsidiario, falta de amenaza alguna inminente y grave en contra de derechos fundamentales, no considera que existe vulneración al derecho al trabajo; estima por último que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo.

EMGESA S.A. ESP

Por medio del representante legal para asuntos judiciales y administrativos, se contestó la acción constitucional en los siguientes términos:

En primer término refiere que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la contratación del demandante, toda vez que EMGESA S.A. ESP no fungió como empleador de éste, por lo cual desconoce el cargo y funciones designadas por el empleador; igualmente ignora los quebrantos de salud del accionante.

Respecto a la acción que motiva la solicitud de tutela, afirma que el accionante no cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario de la ley 361 de 1997.

Manifiesta que se desvirtúa la presunción de que por la condición del estado de salud del trabajador, el mismo es despedido, lo anterior porque las obras del Quimbo, finalizaron.

Que EMGESA S.A. ESP no es el empleador del señor MARCO AURELIO, razón por la cual y frente a un eventual amparo de los derechos, su representada no estaría en la obligación de reintegrar al demandante, el reintegro se da entre empleador y trabajador.

Aduce que se opone a la solicitud presentada por el accionante, toda vez que EMGESA nunca ha ostentado la condición de empleador del accionante – falta de legitimación por pasiva, conforme a lo anterior no es dable vincular a la entidad que representa teniendo en cuenta que no es empleador del accionante, como tampoco vincularla mediante la figura de solidaridad.

FALLO DE INSTANCIA¹

El A-quo, a través de fallo adiado 07 de septiembre de 2016, resolvió declarar improcedente la acción de tutela impetrada por el señor MARCO AURELIO RUBIANO, lo anterior en virtud a que cuenta con otro medio de defensa judicial al cual puede acudir a dirimir las controversias contractuales laborales.

IMPUGNACIÓN²

Expone la apoderada de la parte accionante que al momento de realizarle el examen de egreso (15 de febrero de 2016) a su prohijado el resultado no fue satisfactorio; que cuando fue despedido injustamente el señor RUBIANO se encontraba en tratamiento médico; afirma que aunque se presentaba a trabajar continuaba con las dolencias y problemas en movilidad del codo derecho.

Reitera que fue despedido cuando aún se encontraba en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral; seguidamente insiste en los argumentos presentados con el escrito inicial de tutela.

Por lo anterior, solicita revocar el fallo de tutela de primera instancia y en su lugar se amparen los derechos fundamentales petitionados y que fueron vulnerados por las sociedades accionadas.

Fenecida la instrucción pasaron las diligencias al despacho para resolver, lo que se hará previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se duele el accionante no se haya concedido la pretensión de reintegro, ante su evidente desmedro de salud, durante el transcurso del contrato laboral, motivo que en su sentir conlleva a ser merecedor de una estabilidad laboral reforzada, y teniendo en cuenta además, que la accionada no adelantó ninguna autorización ante el Ministerio de trabajo para dar por terminada la relación laboral con éste.

Para resolver tales planteamientos, el Juzgado analizará:

- La procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la solicitud del reintegro laboral.

¹ Folios 160 al 169, Cuaderno Uno.

² Folios 193 al 195, ibídem.

- El derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran en algunas circunstancias de debilidad manifiesta en razón a su estado de salud.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que *"[t]oda 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"*. Adicionalmente, dice que el amparo solo será procedente cuando no exista en el ordenamiento jurídico un recurso judicial para defender el derecho presuntamente vulnerado. Este concepto ha sido entendido por la Corte como principio o requisito de subsidiariedad³.

De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable⁴.

Específicamente en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La H. Corte Constitucional ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en *"el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual"*⁵.

³ Para un análisis detallado de este requisito, ver: Sentencia T-581 de 2011.

⁴ Decreto 2591 de 1997. Artículo 8: Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste. Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso

⁵ Sentencia T-663 de 2011.

Pese a ello, excepcionalmente, este Tribunal ha entendido que es procedente cuando se trata personas que se encuentran en "circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada"⁶. Este punto ha sido reiterado en varias ocasiones por la Corte⁷.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución, el Estado está en la obligación de adoptar medidas tendientes a la protección de personas en estado de **debilidad manifiesta, ya sea por su condición física o mental o por ser sujetos tradicionalmente discriminados**. Por su parte, el artículo 47 Superior obliga a las entidades públicas a adelantar políticas para la previsión, integración y rehabilitación de aquellos sujetos que tengan algún impedimento físico o psíquico. Finalmente, el artículo 53 consagra el principio relativo a la estabilidad laboral de los trabajadores.

Producto de la armonización de estos y otros artículos, El Máximo Tribunal Constitucional ha fijado algunas reglas relativas a la **estabilidad laboral reforzada**⁸. Dicha protección constitucional, implica que "aquellas personas que se encuentren en un estado de vulnerabilidad manifiesta deben ser protegidas y no pueden ser desvinculadas sin que medie una autorización especial"⁹.

Si bien todos los trabajadores tienen el derecho a no ser despedidos de manera abrupta, esa estabilidad adquiere el carácter de reforzada cuando se trate de, entre otros¹⁰, **personas en condición de discapacidad o en general con limitaciones físicas y/o psicológicas para realizar su trabajo**. A estos sujetos se les debe respetar *"la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral"*¹¹

En el plano interno, la protección laboral de estas personas ha sido desarrollada tanto por el legislador como por los jueces. Tal es así que el Congreso, a través de la Ley 361 de 1997 "por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", impuso restricciones más fuertes a los empleadores que quisieran despedir a personas en condición de

⁶ *Ibíd.*

⁷ Ver: Sentencias T-576 de 1998, T-633 de 2011, T-198 de 2006

⁸ Sentencia T-864 de 2011.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Por ejemplo, mujeres embarazadas, en licencia de maternidad, sindicalistas, etc.

¹¹ T-449 de 2008.

7

discapacidad¹². En efecto, el artículo 26 de dicha ley les prohibió despedir a sus trabajadores en razón de las discapacidades que puedan sufrir, **a menos que obtengan autorización de la oficina de trabajo**. En todo caso, ordenó pagársele al trabajador despedido una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

Por lo anterior, *"quienes procedan en forma contraria a ella, estarán obligados al pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen"*¹³.

De esta forma, cuando el empleador contraríe tal norma, el despido del trabajador será ineficaz. Sobre el punto, la Corte en sentencia C-531 de 2000 expresó que:

*"el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria."*¹⁴.

Como se colige, el objetivo de esta norma es evitar que los trabajadores en condición de discapacidad sean discriminados por sus condiciones personales, aumentando los requisitos e imponiendo sanciones al empleador por su despido.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada es una protección constitucional que no se garantiza simplemente con la imposibilidad que tiene el empleador de terminar el contrato del titular del derecho. Ello significa *"que el núcleo esencial del referido derecho en los discapacitados no se agota en el permiso de la autoridad de trabajo correspondiente, por el contrario el empleador también está obligado a intentar la reubicación de la persona en un cargo de acuerdo a su estado de salud"*¹⁵.

En otros términos, significa:

"i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral

¹² Como se verá, la Corte Constitucional amplió el marco de protección a sujetos que padezcan limitaciones físicas o psicológicas para desarrollar sus trabajos.

¹³ Sentencia T-081 de 2013.

¹⁴ Sentencia C-531 de 2000.

¹⁵ Sentencia T-018 de 2013.

competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz.¹⁶¹⁷

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha establecido que esta garantía constitucional, es predicable de aquellos sujetos con limitaciones de salud para desarrollar cierto tipo de actividades laborales. Cobija a quienes padecen algún tipo de problema en su estado de salud que les impide realizar sus funciones. Esta regla fue resaltada por la Corte en la sentencia T-516 de 2011 cuando sostuvo que: "[e]l amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia, entendida como una pérdida o anomalía, permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito normal del ser humano; iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, que impide o limita el desempeño de una función normal de la persona, acorde con la edad, sexo y los factores sociales o culturales". Dicho de otra forma, protege un amplio número de personas con problemas de salud. No se restringe solo a quienes hayan sido calificados con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Para dicha Corporación, si bien es cierto la protección radica en cabeza de quienes sufran limitaciones físicas que les impida realizar su trabajo, también ha distinguido en su jurisprudencia los efectos del amparo. Así por ejemplo, en Sentencia T-111 de 2012, la Corte sostuvo que "para saber qué sujetos deben estar protegidos por la figura de la estabilidad laboral reforzada se deben distinguir los conceptos de disminución física, discapacidad e invalidez". De acuerdo con ello:

"podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa."

Por lo tanto,

"para la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido."

¹⁶ Ver Sentencias T-337 de 2009 y T-791 de 2009.

¹⁷Sentencia T-118 de 2010.

(...) [Asimismo] la jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, **sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones.** En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección".¹⁸

En lo atinente al tipo de vinculación laboral, esta Corporación ha dicho que si bien por el tipo de contrato pueden existir causas objetivas para el despido de un trabajador, cuando se trate de personas que gozan de estabilidad laboral reforzada dichas causales no son suficientes si no se cumplen con las cargas contenidas el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y la comprobación de una causal objetiva. Por ejemplo, en sentencia T-864 de 2011, el Tribunal precisó que si bien la expiración del plazo pactado en los contratos a término fijo es una causa objetiva para terminar el contrato de un trabajador, cuando opere la estabilidad laboral reforzada no es posible aplicar esta regla¹⁹. En otras palabras, "en los casos en los que una persona ha suscrito un contrato laboral, y se encuentra cobijada por el principio de estabilidad laboral reforzada, la expiración del plazo no es razón suficiente para justificar el despido de la persona sin que medie la autorización de la Oficina del Trabajo"²⁰.

Igualmente sucede con el caso de los contratos de obra. La Corte ha sostenido que a pesar de que la terminación de la obra sea una causal para finalizar el contrato de una persona, en los casos de estabilidad laboral reforzada tales reglas no aplican de la misma forma. Al igual que en el contrato a término fijo, el empleador tendrá que cumplir con las cargas impuestas por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, la plurimentada Corporación ha extendido tal protección a las personas cuya vinculación resulte de un contrato de obra o labor, como el que éste Despacho estudia:

"como la estabilidad laboral reforzada se amplió para las personas con afectaciones de su salud sin consideración a una previa calificación, igualmente evolucionó en considerar que no sólo aplicaba para los contratos a término indefinido sino también para aquellos de duración específica como los contratos de labor u obra"²¹. En el mismo sentido, "(...) la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la simple

¹⁸ Sentencia T- 198 de 2006 citada en la sentencia T-111 de 2012.

¹⁹ Ver entre otras: Sentencia T-1083 de 2007, C-016 de 1998, T-040 A de 2001, T-546 de 2006 y T-1083 de 2007.

²⁰ Sentencia T-864 de 2011. En igual sentido, Sentencia T-449 de 2008: "La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el principio de la "estabilidad laboral reforzada", propio de las relaciones jurídicas en las que esté inmersa una de aquellas personas que por razones de orden económico, físico o mental, se encuentre en estado de "debilidad manifiesta", no es aplicable exclusivamente a aquellos celebrados a término indefinido sino también, a aquellos contratos pactados a un término fijo. En ese sentido, también es una exigencia acudir a la Oficina del Trabajo para obtener la autorización necesaria para dar por terminado el contrato laboral al vencimiento del plazo inicialmente pactado o de una de las prórogas, si el trabajador es sujeto de especial protección constitucional ya que, en esos casos la llegada del término no es razón suficiente para darlo por terminado"

²¹ Sentencia T-226 de 2012.

finalización de un contrato laboral de tales características, arguyendo la culminación de la labor, no es una razón suficiente para dar por terminado un vínculo de esta naturaleza, en especial, si la empresa escudada en la finalización del contrato de obra, desconoce los requisitos legales para su terminación o finiquita un contrato bajo supuestos que denoten discriminación. Estas consideraciones resultan particularmente relevantes cuando se trata de la terminación de contratos laborales celebrados con personas en condiciones de debilidad manifiesta"²². Ello quiere decir que en los casos de estabilidad laboral reforzada si la causa del contrato se mantiene, el vínculo laboral deberá igualmente continuar²³.

De otro lado, si bien la Corte distingue entre el tipo de vinculación laboral y las condiciones contractuales del trabajador, ello no parece ser razón suficiente para negar la protección laboral reforzada a los trabajadores. Es decir, la estabilidad laboral reforzada es una garantía del trabajador en condición de vulnerabilidad independientemente del tipo de contrato laboral que tenga.

Finalmente, en materia probatoria la Corte ha establecido que los casos de los trabajadores que se encuentren en situación de vulnerabilidad por padecer algún tipo de limitación física que les impida ejercer sus actividades, "recae sobre el empleador una "presunción de despido sin justa causa". Esto implica que se invierte la carga de la prueba y por tanto, el empleador debe demostrar que existen causales objetivas y razonables para que el vínculo laboral se haya quebrantado. En consecuencia, el empleador debe demostrar que el motivo del despido no fue la limitación física del empleado"²⁴.

Lo anterior indica que la carga de la prueba recae sobre el empleador y no sobre el empleado. El empleador deberá demostrar que existen causas objetivas para poder efectuar la terminación del contrato. Estas causas deberán demostrar que la razón para terminar es diferente a las limitaciones físicas o psíquicas que pueda padecer el afectado.

²² Sentencia T-1046 de 2008 citada en Sentencia T-019 de 2011.

²³ Sentencia T-687 de 2008. Ver también: Sentencia T-263 de 2009 "5.2 Para resolver el presente caso, en las consideraciones generales de esta Sentencia, en primer lugar, esta Sala concluyó que en virtud del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la afectación de su salud, tiene derecho a conservar su trabajo, a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad y a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite su desvinculación laboral, previa verificación y autorización de la autoridad laboral correspondiente. En tal sentido, afirmó que cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor para la cual fue contratado haya expirado, esto si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral, y se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones. Al respecto, por último, reiteró que para efectos del fallo de tutela, el despido que se produzca sin el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales será ineficaz, y por tanto, el juez de amparo deberá conceder la protección invocada y ordenar el reintegro del trabajador a un cargo acorde con su estado de salud."

²⁴ Sentencia T-864 de 2004. En igual sentido, Sentencia T-860 de 2010.

9

En síntesis, la garantía de estabilidad laboral reforzada (i) protege a aquellos trabajadores que padezcan algún tipo de limitación física o psicológica que no les permita realizar su trabajo regularmente, independientemente del tipo de vinculación, para que su relación laboral no sea terminada en razón a esa limitación. En consecuencia, son beneficiarios del (ii) artículo 26 de la ley 361 de 1997 que le impone al empleador, si quiere efectuar el despido, (iii) demostrar (inversión de la carga de la prueba) una causa objetiva (no discriminatoria), (iv) solicitar autorización a la oficina del trabajo y (v) pagarle una indemnización de 180 días de salario. Si se incumplen estos deberes, **(vi) el despido será ineficaz y por tanto se deberá reintegrar y, según el caso, reubicar al trabajador afectado.** En todo caso (vii), si no se tiene certeza sobre el grado de discapacidad, el amparo será transitorio. De lo contrario, definitivo.

Corolario a lo anterior, la jurisprudencia ha determinado tres requisitos que deben configurarse para la procedencia de la acción de tutela cuando se invoca la vulneración del derecho a la estabilidad laboral reforzada aduciendo un trato discriminatorio por parte el empleador en razón al estado de salud de la persona afectada, a saber:

"(i) que el peticionario pueda considerarse como una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor"²⁵.

Descendiendo el sub judge, observa el juzgado que la apoderada del actor argumenta que el 27 de noviembre de 2015 su prohijado sufrió un accidente de trabajo, motivo por el cual el CONSORCIO IMPREGILO OHL, le dio por terminado el contrato laboral; solicita ordenar a la accionada que de forma inmediata reintegre al señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ al cargo que ejercía o a uno de igual o mayor jerarquía, atendiendo las recomendaciones impartidas por el médico laboral, solicita además el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento del despido ineficaz y el pago de todas las cotizaciones al sistema de seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales).

Por su parte, la empresa accionada consideró no haber vulnerado los derechos fundamentales del actor, en tanto, en principio la empresa a la fecha no tiene actividades o instalaciones en el municipio del Quimbo – Huila, en la cual el actor pueda desempeñar funciones, sumado a lo anterior, señaló que a la fecha de terminación del contrato el actor no presentaba ningún porcentaje de pérdida de

²⁵ Sentencia T-111 de 2012. Cfr. Sentencias T-050 de 2011, T-269 de 2010, T-519 de 2003. Posición además reiterada en las sentencias T-077 de 2014 y T-453 de 2014.

capacidad laboral, situación que conllevó a determinar que el ex trabajador no gozaba de ninguna estabilidad laboral reforzada, así mismo no se encontraba incapacitado y la empresa no tenía conocimiento de la historia clínica que les permitiera considerar que se trataba de un trabajador con una condición particular que lo hiciera acreedor de la enunciada protección.

Adicionalmente indicó que el señor RUBIANO NARVAEZ, se encontraba desempeñando sus labores bajo la modalidad de contrato de OBRA O LABOR DETERMINADA – PORCENTAJE DE AVANCE DE OBRA. Del recaudo probatorio se tiene que entre el actor y la empresa accionada CONSORCIO IMPREGILO OHL.

Así mismo se observa que el señor MARCO AURELIO, en su examen de egreso realizado por la IPS CLIPSALUD el 15 de febrero del presente año, suscrito por la Doctora JOHANNA M. CORREA tuvo como concepto de aptitud laboral de egreso como resultado "NO SATISFACTORIA", indicando que debía continuar manejo por ARL con la especialidad de fisioterapia²⁶.

De otra parte, se avizora que el accionante el 27 de noviembre de 2015 sufrió un accidente laboral, de ahí que se diera inicio a la determinación del origen del accidente de trabajo por parte de la EPS, el cual fue notificado al accionante mediante comunicación del 30 de noviembre de 2015 en la que se diagnosticó "*T008 TRAUMATISMOS SUPERFICIALES QUE AFECTAN OTRAS COMBINACIONES DE REGIONES DEL CUERPO de origen LABORAL*"²⁷

Según informe fisioterapéutico de la IPS LABORVIDA, se ordenó la práctica de 10 terapias sedativas del codo derecho, iniciando el 22 de diciembre de 2015, se le otorgó incapacidad por dos (2) días inicialmente. Ahora bien, según la historia clínica (hoja de evolución) se refiere que el accionante estuvo incapacitado en total por veintidós (22) días; allí mismo como recomendaciones el galeno especialista en ortopedia y traumatología adscrito a la ARP SURAMERICANA – IPS SURA COUNTRY BOGOTÁ dispuso (...) *plan por parte de cirugía de mano se consideran secuelas definitivas. Programa de fisioterapia. Manejo sintomático de dolor (...)*"²⁸.

La ARL SURA comunica el 28 de julio de 2016 al accionante que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fue determinado en 5.39%. No obstante, cinco meses antes, es decir el 12 de febrero, se le comunicó la finalización de la labor para la cual fue contratado en

²⁶ Folio 20, cuaderno 1.

²⁷ Folio 13, ibídem.

²⁸ Folio 22 del cuaderno 1.

desarrollo de la obra "Hidroeléctrica el Quimbo", por lo que se daba por terminado su relación laboral, a pesar de que el examen de egreso arrojó como resultado no satisfactorio y de que aún se encontraba en trámite la calificación de la pérdida de capacidad laboral, pues estaba en espera que la ARL rindiera el correspondiente dictamen.

Solución del caso

Ésta Judicatura en aras de dar solución a la impugnación enervada por el actor, luego del análisis jurisprudencial arriba realizado, procederá a constatar el cumplimiento de los cuatros requisitos establecidos en la sentencia T-673 de 2014 correspondientes a:

Existencia de la relación laboral. De acuerdo con el material probatorio, el señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ y el CONSORCIO IMPREGILO OHL, celebraron contrato de trabajo suscrito a término inferior a un año el cual fue modificado mediante otro sí el 27 de junio de 2013 para cambiarlo a OBRA o LABOR DETERMINADA-PORCENTAJE DE AVANCE DE OBRA.²⁹

La discapacidad o reducción física que dificulta el desarrollo de las labores. A partir del accidente laboral sufrido el 27 de noviembre de 2015, del cual tuvo como consecuencia "Traumatismos Superficiales que afectan otras combinaciones de regiones del cuerpo", diagnóstico emitido por la EPS SALUDCOOP hoy CAFESALUD. Fue remitido por la IPS LABORVIDA a valoración por especialidad Ortopedia, allí fe atendido por el galeno SERGIO BOCANEGRA NAVIA, quien indico al respecto "paciente con secuelas trauma en codo derecho nov 2015, manejo conservador en Neiva, fisioterapia reposo inicial, secuelas dolor residual más déficit arcos de movilidad clínicamente no inestabilidad déficit extensión completa de codo refiere dolor residual no signos de inestabilidad. Plan por parte de cirugía de mano se consideran secuelas definitivas. Programa de fisioterapia. Manejo sintomático de dolor (...) ³⁰"

El conocimiento que de dicha situación tenga el empleador. Dada la investigación del incidente una vez ocurrido el accidente laboral, el reporte preliminar del accidente – incidente de trabajo³¹ y el examen de egreso³², evidencian el conocimiento que tenía la firma empleadora del estado de salud del accionante.

²⁹ Visible a folio 60 del cuaderno 1.

³⁰ Folio 22 del cuaderno 1.

³¹ Folios 94 al 96, ibídem.

³² Folio 20, ibídem.

La relación de causalidad entre la desvinculación y el estado de salud. Está demostrado que el accionante sufrió un accidente laboral que le producía congostas en su salud, encontrándose pendiente el dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL, aunado a que se encontraba en tratamiento médico y al resultado de egreso practicado por parte de la CLIPSALUD IPS. Pese a ello, fue despedido con el argumento que se había cumplido con la obra para la cual fue contratado, sin contar con la autorización de la autoridad competente.

Es así como en los contratos por obra o labor determinada, corresponde a la autoridad competente determinar si en realidad existe un contrato de obra, y en este último caso si han cesado las razones que lo originaron, y según el caso deberá proceder a definir si la terminación fue adecuada o si sólo lo fue en apariencia, porque en realidad supuso una discriminación al trabajador, dada su condición de vulnerabilidad. Ello en aras de cumplir con el principio constitucional que ordena concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53, C.P.), correspondiendo a la oficina del trabajo verificar que bajo la forma de una terminación legal se esté auspiciando un tratamiento discriminatorio.³³

De cara al caso planteado, a pesar de que en esta oportunidad se encuentra aún en trámite la calificación del accidente, como la vigencia de la enfermedad diagnosticada al accionante, es evidente la disminución física a la que se ha visto sometido el accionante a partir de la atención por urgencias prestada por CAFESALUD EPS, los controles médicos de la correspondiente especialidad, al igual que el examen de egreso del que anteriormente se refirió este despacho judicial.

En esa medida, se constata que a pesar del desmedro en el estado de salud, **el empleador desvinculó al actor sin solicitar la autorización de la oficina del trabajo y no logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio**, en consecuencia, el despido se torna ineficaz. En similar situación la Corte Constitucional consideró ineficaz el despido de un trabajador que se encontraba en circunstancia de estabilidad laboral reforzada, en razón a que al momento de su despido aún recibía atención médica con ocasión al accidente de trabajo padecido con anterioridad al retiro, servicios médicos que se veían interrumpidos con el despido, el Alto Tribunal Constitucional señaló:

³³ Sentencia T- 673 de 2014.

11

"En cuanto a su condición de salud, en la historia clínica están consignados todos sus padecimientos, uno de ellos se refiere a un accidente laboral que sufrió en las instalaciones de Productos Ramo S.A. y del cual aún tiene una lesión en uno de sus dedos, la cual le genera dolor y molestias lo cual ha expresado en diversos controles médicos y en el examen de egreso.

Lo anterior, se encuentra acreditado en el examen médico de egreso realizado por Salud Ocupacional de los Andes Ltda., en donde indica "retiro con patología para seguimiento por EPS por dolor en dedo lesionado", en este sentido, de los documentos analizados se tiene que para el momento del despido el señor Salcedo Granados aún era recibía atención médica respecto de su lesión, el cual se ha visto interrumpido con la terminación de su contrato ya que no tiene acceso al seguimiento y procedimientos que debe tener para el cuidado y mejora de su afectación.

En cuanto a las demás enfermedades, los anexos de su historia clínica dan cuenta que el accionante recibía varios medicamentos para controlar otras patologías que lo aquejan y las cuales requieren de un adecuado control por parte del médico y de un estricto suministro de las recetas que se le formulan, servicio que también dejó de recibir el señor Salcedo como consecuencia del despido sin justa causa.

De esta manera, la Sala de Revisión considera que el demandante al momento de la terminación unilateral de su contrato de trabajo se encontraba ante una circunstancia de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, en este sentido, Productos Ramo S.A. no justificó de manera suficiente y objetiva el despido al señor Jimmy Alexander Salcedo Granados, quien padece de diversas patologías que ya fueron señaladas, por lo que la empresa no cumplió con la carga de la prueba para demostrar que el despido del accionante no fue como consecuencia del estado de salud del mismo."³⁴

A partir de tales consideraciones, ésta Dependencia Judicial revocará en su totalidad la decisión proferida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva.

En consecuencia, se ordenará al CONSORCIO IMPREGILO OHL reintegrar al señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ, a un cargo en el que pueda desempeñar sus funciones de acuerdo con la disminución física que padece y a la cancelación de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta el momento en que efectivamente sea vinculado sin que medie solución de continuidad, en todo caso, se compensará de dicha suma el valor sufragado a título de liquidación.

Además, debe tener en cuenta las observaciones del médico laboral para realizar dicho reintegro y si es preciso deberá brindarle una inducción previa al desarrollo de su nueva actividad laboral. Así como el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL – Sala Séptima de Revisión. Sentencia 11 de febrero de 2016. MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaulb

A mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (H), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°. **REVOCAR** la sentencia del 7 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva; y en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales del señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ como **mecanismo transitorio** que regirá hasta que la jurisdicción ordinaria resuelva la acción que el actor debe formular o, si no la instaura, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia.

2°. **ORDENAR** al CONSORCIO IMPREGILO OHL Reintegrar al señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ a un cargo en el que pueda desempeñar sus funciones de acuerdo con la disminución física que padece en cualquiera de las plazas con las que la empresa haya suscrito contratos. Además, debe tener en cuenta las observaciones del médico laboral para realizar dicho reintegro y si es preciso deberá brindarle una inducción previa al desarrollo de su nueva actividad laboral.

3°. **ORDENAR** al CONSORCIO IMPREGILO OHL para que cancele todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ desde su desvinculación hasta el momento en que efectivamente sea vinculado sin que medie solución de continuidad, en todo caso, se compensará de dicha suma el valor sufragado a título de liquidación.

4°. **ORDENAR** al CONSORCIO IMPREGILO OHL para que efectúe el pago de todos los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral del señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ, desde el momento de la desvinculación hasta el momento de su reintegro, sin que medie solución de continuidad.

5°. **ORDENAR** al CONSORCIO IMPREGILO OHL para que pague al señor MARCO AURELIO RUBIANO NARVAEZ la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

6°. **COMUNICAR** esta decisión a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

7°. **INFORMAR** lo aquí decidido al Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva.

8°. **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,


BEATRIZ EUGENIA ORDOÑEZ OSORIO

Jueza

Q/a



