

REPUBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE CALI****SENTENCIA No. 067**

Santiago de Cali, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020).-

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: EDWY ELEJALDE ESTRADA actuando como apoderado judicial del señor **ANDERSON SEBASTIAN MUÑOZ GUTIERREZ**
ACCIONADOS: ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS Y ASESORIAS SAS NIT. 890.206.051-0
RADICADO: 009-2020-00196

Agotado el trámite de la instancia se procede a dictar sentencia.

ANTECEDENTES

Pretende el accionante, la protección de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso, y a la estabilidad laboral reforzada, que considera le están siendo vulnerados a su poderdante por parte de la ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS Y ASESORIAS SAS, al dar por terminado el contrato de trabajo que aquel tenía suscrito desde el 2 de septiembre del 2019, con esa empresa.

En consecuencia, pide que se ordene a la accionada reintegrar al señor ANDERSON SEBASTIAN MUÑOZ GUTIERREZ al cargo que desempeñaba antes de ser despedido o uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad. Que una vez se produzca el reintegro se tramite nuevamente la afiliación al sistema de seguridad social en riesgos laborales, salud y pensión, para continuar con la atención médica que con premura requiere para el tratamiento de sus enfermedades, y que de igual modo, le reconozca y pague los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la fecha en que se haga efectiva el reintegro y la sanción contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Como fundamento de lo pedido, dice que el señor Muñoz Gutiérrez se vinculó a la empresa accionada, mediante contrato por obra o labor determinada para desempeñar el cargo de auxiliar de bodega y montacarguista; y que el 1 de marzo del 2020, sufrió un accidente de tránsito que le ocasiono una fractura de clavícula, situación de la cual tenía conocimiento su empleador, por la incapacidad presentada ante la misma.

Señala que, la última valoración médica con la que contó fue el 17 de marzo del 2020 en consulta externa, donde el médico le ordenó terapias y alta, no obstante, cuando finalizó la incapacidad no pudo ser atendido por otro galeno, porque debido a la emergencia sanitaria decretada por la OMS la cita médica que tenía programada fue cancelada.

Expone que, el 1 de abril del 2020 la empresa lo envía a vacaciones anticipadas hasta el 20 de ese mes, empero, por carta del 13 de abril, decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, sin haber pedido permiso al Ministerio de Trabajo para despedirlo por estar enfermo. Añade que, tampoco fue remitido a medico laboral, para que se le efectúe el examen médico de egreso, motivo por el cual, no cuenta con una certificación de su estado de salud al momento de la desvinculación laboral.

Aduce que, acude a la tutela porque el despido es por la enfermedad padecida por su mandante y en medio de la emergencia humanitaria que atraviesa el país, cuando aquel no cuenta con otro medio de sustento diferente a su salario y tiene a cargo a su hija y esposa. Pero además, porque al no tener aquel una afiliación al sistema de seguridad social integral, no contaría con servicio médico haciendo difícil su recuperación, más aun, cuando no está clara su condición de salud.

Trámite procesal.

Mediante auto No. 942 del 30 de abril del 2020, se admite la tutela en contra de la ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS Y ASESORIAS SAS NIT. 890.206.051, se vincula a SALUD TOTAL EPS, AFP PROTECCION y al MINISTERIO DE TRABAJO. Dicha providencia fue notificada por oficio No. 759 del 30 de abril del 2020, remitido a través de correo electrónico según constancia de entrega emitida por el servidor.

Posteriormente, en atención a la respuesta otorgada por la accionada, por auto No. 951 del 7 de mayo del 2020, se vincula a CERAMICA ITALIA S.A, por el interés legítimo en la decisión que se pueda adoptar, decisión que le fue notificada a la vinculada y partes, mediante oficio No. 771 del 7 de mayo del 2020.

INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA Y LOS VINCULADOS

.- EL AFP PROTECCION SA, solicita que se niegue la tutela en su contra, debido a que, no ha vulnerado derecho alguno y no tiene conocimiento de los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo entre el accionante y su empleador ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. No obstante, informa que en sus archivos no obra ninguna solicitud de reconocimiento de prestación económica por invalidez y/o pago de incapacidades, ni tampoco concepto de rehabilitación, siendo, en todo caso improcedente la tutela, por ser el asunto debatido competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

.- EL MINISTERIO DE TRABAJO, esgrime que ante esa entidad, la sociedad accionada no ha solicitado autorización para dar por terminado el contrato de trabajo con el señor Anderson Sebastián Muñoz Gutiérrez, sin embargo, como sus funciones son únicamente de policía administrativa laboral, pide su desvinculación de esta acción por no ser el ente competente para atender las pretensiones del actor.

.- LA ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS, por intermedio de su representante legal suplente señor **FRANCISCO DAVID ZAPATA JEREZ**, dice que no existe vulneración de los derechos deprecados, debido a que, el contrato suscrito con el accionante fue por obra o labor determinada para el cargo de AUXILIAR DE BODEGA Y MONTACARGUISTA para ser prestado en la empresa usuaria CERAMICA ITALIA SA, quedando claramente estipulado en la cláusula 4 del mismo, que la vigencia de la relación laboral estaba sujeta a la necesidad temporal de la empresa usuaria y que una vez se finalizara esa necesidad, se materializaba la condición resolutoria de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 61 del CST.

Señala que, el 11 de abril de 2020, la empresa usuaria mediante correo electrónico les manifestó que la necesidad para la cual había sido contratado el accionante finalizaría el día 13 de abril de 2020, siendo esa la razón para dar por terminado el contrato de trabajo, sin que en ese momento el actor contara con una pérdida de capacidad laboral o estuviera incapacitado, pues, la incapacidad que le fue concedida era del 1 al 30 de marzo del 2020, habiéndose determinado por su médico tratante que era apto para reincorporarse laboralmente, sin emitir recomendaciones laborales o restricciones médicas. En cuanto al examen médico de egreso, esgrime que fue el propio actor, que no se lo quiso practicar porque en la carta donde se le informó sobre la terminación de la relación laboral, también se le indicaba que contaba con 5 días para el efecto, sin que se hubiera presentado.

Finalmente, afirma que la tutela es improcedente por violentar el principio de subsidiariedad, debido a que el accionante puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral y no está acreditado ni un perjuicio irremediable ni el nexo causal entre su estado de salud y su despido, así como tampoco la afectación del derecho al mínimo vital.

.- **CERAMICA ITALIA SA**, indica que no tiene ninguna relación laboral con el accionante, ya que, si bien aquel desempeñaba sus labores en esa empresa, lo hacía en misión, en virtud del contrato comercial que tiene con la accionada, quien es la que ostenta la calidad de empleador del señor **ANDERSON SEBASTIÁN MUÑOZ GUTIERREZ**, razón por la cual solicita su desvinculación. No obstante, dice que el actor no contaba con un fuero de estabilidad laboral reforzada, toda vez que al momento en que se dio la terminación del contrato no se encontraba incapacitado y por el contrario, el medico ya lo había considerado apto para laborar, sin recomendaciones médicas ni restricciones.

.- **SALUD TOTAL EPS**, a través del administrador suplente de la sucursal Cali, señor **FRANCISCO IGNACIO VELA VILLAMIL**, aduce que el señor Muñoz Gutiérrez se encuentra activo en el régimen contributivo, con empleador **ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS SAS**, sin que a la fecha presente cierre del contrato, y que le ha prestado la atención en todos los servicios que ha requerido. En consecuencia, y como las pretensiones de la tutela no guardan relación con la entidad promotora sino que versan sobre la relación laboral del actor con su empleador, en la cual no tiene injerencia, pide que se declare improcedente el amparo en su contra.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

El problema jurídico puesto a consideración del Despacho, consiste en determinar, si a la luz de los criterios determinados por la jurisprudencia constitucional, procede la acción de tutela para ordenar a la entidad accionada reintegrar al señor **ANDERSON SEBASTIAN MUÑOZ GUTIERREZ**, así como pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta la fecha del reintegro, sin perjuicio de la indemnización contemplada en la ley 361 de 1997.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección de derechos laborales, la Corte Constitucional ha sostenido que la misma procede de manera excepcional, dado que, para la solución de este tipo de controversias debe acudir a las acciones laborales ordinarias. Al respecto, la Corte Constitucional indicó en la sentencia T-320 de 2016, lo siguiente:

“Para que una la acción de tutela desplace los mecanismos ordinarios de protección de los derechos laborales, una persona debe encontrarse **“en una situación de debilidad, amenaza, o indefensión, que debe prontamente ser atendida por el juez constitucional”**.”

Lo anterior teniendo en cuenta que **el ordenamiento jurídico colombiano establece acciones judiciales para la protección de los derechos laborales, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral** y a la de lo contencioso administrativo, dependiendo de la forma de vinculación de que se trate, de lo contrario se desnaturalizaría el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha determinado que **la acción de tutela es procedente para reclamar la protección de derechos laborales, siempre y cuando el accionante sea una persona que se encuentre en “circunstancia 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”.

En efecto, cuando la persona afectada se encuentre en una situación de vulnerabilidad manifiesta que esté reclamando el amparo de la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela se torna en el mecanismo más ágil y eficaz para dirimir el conflicto, ya que “ante tales eventos, la acción constitucional aventaja al mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad, frente a las circunstancias particulares del actor para cada caso concreto”.

La Corte ha señalado que a pesar de que existan mecanismos judiciales para proteger los derechos que el accionante considere vulnerados, la acción de tutela será procedente de forma excepcional y extraordinaria para garantizar los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o que gocen del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Indicó recientemente la Sentencia T-594 de 2015:

“Esta Corporación también ha indicado que excepcionalmente es posible solicitar el reintegro laboral de personas en situación de debilidad manifiesta y acreedoras de estabilidad laboral reforzada. Lo anterior, pues se tiene que las normas que regulan el procedimiento ordinario (bien sea ante la jurisdicción contenciosa administrativa o ante la jurisdicción laboral) no proveen un trámite especial acorde con la urgencia que requieran las personas en las condiciones anteriormente mencionadas. Es decir que esas acciones judiciales no son idóneas para ofrecer la protección urgente de los derechos laborales y fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional.” Subrayado y negrilla fuera de texto.

Por su parte la Sentencia T-141 de 2016, reseña que la estabilidad laboral reforzada no solo se aplica a las personas que tienen calidad de inválidos o discapacitados, sino a todos los trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta en razón del deterioro de su estado de salud¹ tengan o no la respectiva calificación de su enfermedad por parte de la autoridad competente; **aunado a ello manifestó en cuanto al tipo de contratación que:**

“Ahora bien, en atención a la tesis anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo **o de obra o labor contratada, el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación**². De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el

¹ T-141 de 2016

² T-263 de 2009

trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, **el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado.**

En este sentido: “la Corte Constitucional sostiene que la garantía de la estabilidad en el empleo cubre 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.(..)**”

De la misma manera, ha señalado la Corte Constitucional que aunque el ordenamiento jurídico colombiano establece la posibilidad de que los empleadores puedan regular la relación con sus trabajadores a través de contratos laborales a término fijo o de obra o labor, esta autonomía se encuentra limitada por la obligación de garantizar la permanencia en el empleo al trabajador que se encuentre en una circunstancia de debilidad manifiesta, originada en una afectación significativa de su salud, que les cause limitaciones de cualquier índole, pese a que no estén calificados. Al respecto, en la sentencia SU- 049 de 2017, la misma Corporación indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.

4.8. La posición jurisprudencial que circunscribe el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada únicamente a quienes tienen una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda considera como constitucionalmente indiferente que a una persona se le termine su vínculo contractual solo o fundamentalmente por contraer una enfermedad o problema de salud que acarree un grado de pérdida de capacidad inferior, aunque ciertamente interfiera en el desarrollo de sus funciones y los exponga a un trato especial adverso únicamente por ese hecho. La Corte Constitucional, en contraste, considera que una práctica de esa naturaleza deja a la vista un problema constitucional objetivo. Los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás. Las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un ‘desperfecto’ o ‘problema funcional’. Un fundamento del Estado constitucional es “el respeto de la dignidad humana” (CP art 1), y la Constitución establece que el trabajo, “en todas sus modalidades”, debe realizarse en condiciones dignas y justas (CP art 25). Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos.

(...)

4.10. Por lo anterior, la Corte Constitucional considera que la estabilidad ocupacional reforzada no se ha de limitar a quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, sino a todas las personas en condiciones de debilidad manifiesta, evaluadas conforme a los criterios antes indicados y desarrollados por la jurisprudencia constitucional”.

En ese orden, conviene traer a colación el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, conforme al cual:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Sobre contenido y alcance de la protección frente al despido, consagrado en la disposición en comento, en proveído del 11 de abril de 2018, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, señaló:

“Pues bien, en líneas anteriores se explicó que las normas que protegen a los trabajadores con discapacidad se proyectan en las relaciones laborales en diferentes fases y, fundamentalmente, tienen como objetivo promover la inclusión y participación de estos, y a la postre, evitar que los ámbitos laborales sean espacios de segregación, exclusión y distinción.

En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. **Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.**

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales.

Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

2.1. Ahora, la Sala no desconoce que con arreglo al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con la sentencia C-531-2000 de la Corte Constitucional, la terminación del contrato de trabajo de un trabajador con discapacidad debe contar con la aprobación del inspector del trabajo. Sin embargo, considera que dicha autorización se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades laborales a cargo del trabajador discapacitado sea «incompatible e insuperable» en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa, en cuyo caso, bajo el principio de que nadie está obligado a lo imposible o a soportar obligaciones que exceden sus posibilidades, podría rescindirse el vínculo laboral, con el pago de la indemnización legal.

En esta hipótesis la intervención del inspector cobra pleno sentido, pues en su calidad de autoridad administrativa del trabajo debe constatar que el empleador aplicó diligentemente todos los ajustes razonables orientados a preservar en el empleo al trabajador, lo cual implica su rehabilitación funcional y profesional, la readaptación de su puesto de trabajo, su reubicación y los cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios (art. 8 de la L. 776/2002). **Por lo tanto, solo cuando se constate que la reincorporación es inequívocamente «incompatible e insuperable» en la estructura empresarial, podrá emitirse la autorización correspondiente.**

(...)

Nótese, **en consecuencia, que el Tribunal Constitucional del año 2000 no proscribió la terminación del contrato sin aval ministerial por razón diferente a la discapacidad del trabajador.** Por el contrario, lo que señaló es que cuando estuviere soportada en esa razón –la limitación- se requería la autorización del Ministerio del Trabajo para comprobar si, en efecto, esa deficiencia era

incompatible e insuperable o, dicho de otro modo, si la prosecución del vínculo laboral se tornaba imposible por razón de la situación de discapacidad del trabajador.

Así es que debe ser comprendida la referencia a justa causa consignada en la parte resolutive de ese fallo, pues de lo contrario, sería una contradicción lógica afirmar, por un lado, que carece de todo efecto jurídico «el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación» y, por otro, castigar los despidos estructurados con fundamento en un motivo distinto a la discapacidad. Por esto, es importante engranar los argumentos de la parte motiva con los de la resolutive, para darle pleno sentido a la sentencia de constitucionalidad y entender que lo que en sentido amplio denominó la Corte Constitucional como justa causa o causa legal, hacía referencia a la particular situación del trabajador cuyo estado de discapacidad imposibilita la continuidad del contrato de trabajo.

Con todo, aunque podría contra-argumentarse que la tesis aquí defendida, elimina una garantía especial en favor de los trabajadores con discapacidad, ello no es así, por varias razones:

Primero, porque la prohibición de despido motivada en la discapacidad sigue incólume y, en tal sentido, solo es válida la alegación de razones objetivas, bien sea soportadas en una justa causa legal o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio. Aquí vale subrayar que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro.

Segundo, la consecuencia del acto discriminatorio en la fase de la terminación del vínculo sigue siendo la misma: la recuperación de su empleo, garantizado mediante la ineficacia del despido con las consecuencias legales atrás descritas.

Tercero, el trabajador puede demandar ante la justicia laboral su despido, caso en el cual el empleador, en virtud de la presunción que pesa sobre él, tendrá que desvirtuar que la rescisión del contrato obedeció a un motivo protervo. Esto, de paso, frustra los intentos reprobables de fabricar ficticia o artificiosamente justas causas para prescindir de los servicios de un trabajador con una deficiencia física, mental o sensorial, ya que en el juicio no bastará con alegar la existencia de una justa causa, sino que deberá probarse suficientemente.

Cuarto, la labor del inspector del trabajo se reserva a la constatación de la factibilidad de que el trabajador pueda laborar; aquí el incumplimiento de esta obligación por el empleador, al margen de que haya indemnizado al trabajador, acarrea la ineficacia del despido.

(...)

Así las cosas, para esta Corporación:

(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

(c) **La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas**³.

Así las cosas, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una estabilidad absoluta, incondicional e indisoluble para el empleado discapacitado, sino que lo que prohíbe la norma son los despidos fundados en motivos discriminatorios.

Caso concreto

El apoderado del señor ANDERSON SEBASTIAN MUÑOZ GUTIERREZ, pretende que se ordene a la accionada reintegrar a su poderdante, con las consecuencias legales que ello implica, debido a que su despido fue por su estado de salud y sin pedir permiso al Ministerio de Trabajo, cuando aquel gozaba de estabilidad laboral reforzada.

De las pruebas que obran al plenario, se desprende con claridad que el señor Muñoz Gutiérrez, se vinculó a la empresa organización de servicios y asesorías SAS, mediante un contrato por obra o labor determinada suscrito el 3 de septiembre del 2019, para desempeñar el cargo de auxiliar de Bodega y Montocarguista, en la empresa usuaria Cerámica Italia SA. Que respecto de la duración del mismo, en la cláusula 4 se estipuló que: **“Las partes acuerdan de común acuerdo que la labor contratada durará estrictamente el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por la usuaria mediante la orden de pedido señalado en el encabezado del presente documento y cuya finalidad es COLABORAR TEMPORALMENTE CON LA EMPRESA USUARIA DEL SERVICIO EN EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL CARGO AUXILIAR DE BODEGA Y MONTOCARGUISTA (...)”**

De igual modo, se evidencia que el 1 de marzo del 2020, el trabajador sufrió un accidente de tránsito que le ocasionó una **“fractura de Clavícula”**, razón por la cual, le fue expedida una incapacidad por 30 días desde el 2 al 31 de marzo del 2020⁴, siendo valorado el **17 de marzo de esta calenda**, por especialista en Traumatología y ortopedia⁵, quien determina que **“DX FX CLAVICULA MANEJO QX OSTEOSINTESIS PLACA HOY CONTROL //// EX FISICO HOMBRE IZQ AMAS COMPLEJOS SENSIBILIDAD GRUES Y FUERZA DISTAL ADECUADA RX POP BUENA REDUCCION Y ALINEACION //// AP. TERAPIA FISICA CASA, ALTA X ORTOPEdia APTO PARA LABORAR AL TERMINO DE LA INCAPACIDAD”, sin generar órdenes para consultas con otros galenos, medicamentos u otros servicios médicos.**

Por otro lado se observa, que el 1 de abril del 2020 el suplicante fue notificado por su empleador de que siguiendo los lineamientos del Ministerio de Trabajo para enfrentar la crisis del COVID -19, decidió concederle vacaciones anticipadas por 15 días hábiles, las cuales disfrutaría del 01 al 20 de abril del 2020⁶. No obstante, el 11 de abril del 2020, a las 12:14, la señora YOLEIMY TIBISAY SEPULVEDA VELANDIA Líder de Gestión Humana, de la empresa cerámica Italia S.A remitió un correo electrónico

³ CSJ, SL1360-2018, 11 de abril de 2018, Radicación No. 53394, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

⁴ Página 36

⁵ Página 34

⁶ Página 22

desde el email lid.gestionhumana@ceramicaitalia.com, dirigido a la nómina de la empresa accionada -nominacucuta@serviciosyasesorias.com-, donde le indica que se permitía “(...) *enviar terminación de contrato al siguiente personal he informar que cuando se active la operación se llamarán según necesidad si se presenta.(..)*”, anexando un cuadro con el nombre de varios trabajadores, entre ellos, el señor Anderson Sebastián Muñoz Gutiérrez respecto del cual, esgrime que la terminación se daba desde el 13 de abril del 2020, siendo esa la razón para que, por carta del 13 de abril del 2020, su empleador le informara que a partir de esa fecha, se daba por terminado su contrato de trabajo, invocando como causal del despido la consagrada en el literal d) del artículo 5 de la ley 50 de 1990, por lo que, debía pasar por su liquidación y **realizarse “el examen de egreso dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la entrega de esa comunicación”**, sin que exista constancia de que el suplicante haya acudido a practicarse el examen de egreso.

Bajo ese contexto, lo propio es colegir: **a)** que al momento de la terminación del contrato de trabajo, el señor Muñoz Gutiérrez no estaba incapacitado ni bajo recomendaciones o restricciones médicas; **b)** que contrario a lo indicado por su poderdante en esta acción, el galeno tratante especialista en ortopedia y traumatología, ya había establecido que su estado de salud era bueno, al punto que lo dio de alta, sin considerar necesario expedir más incapacidades, al expresar claramente que *era “apto para trabajar al término de la incapacidad”*. En otras palabras, que al finalizar la incapacidad concedida del 2 al 31 de marzo del 2020 debía reintegrarse a su puesto de trabajo; **c)** no tiene exámenes, procedimientos o valoraciones médicas pendientes, al no obrar órdenes médicas para ello, siendo importante, iterar que, contrario sensu, existe constancia que el especialista ya lo había dado de alta; y **d)** la terminación del contrato fue justificada en la causal consagrada en el literal d) del artículo 61 del código sustantivo del trabajo “*Por terminación de la obra o labor contratada*”, lo cual, es acorde con lo establecido en la estipulación 4 del contrato de trabajo, ya que, la empresa usuaria le comunicó a su empleador que prescindía de la orden de servicio prestado por el actor.

De allí, que no advierte el despacho que la terminación del vínculo laboral hubiere estado motivada en razones discriminatorias o en la condición de salud del señor ANDERSON SEBASTIAN, razón por la cual la tutela resulta improcedente, debido a que lo que prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no es el derecho a permanecer a perpetuidad en un empleo, sino la prohibición de despidos fundados en motivos discriminatorios y sin mediar la autorización del Ministerio de Trabajo; por tanto, al estar fundada la terminación en una causa objetiva, corresponde al accionante acudir a la jurisdicción ordinaria para efectos de que sea el juez natural quien dirima si verdaderamente se configura o no la justa causa de despido alegada por el empleador, así como, lo concerniente al reclamo del reintegro laboral junto con el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones a que haya lugar.

Adicional a lo anterior, no puede dejarse pasar por alto que si bien no es el punto central de la tutela, el actor hace referencia a la emergencia sanitaria derivada del Covid -19, y a la ausencia de autorización por parte del Ministerio de Trabajo para dar por terminado los contratos por esa causa, haciendo alusión a la circular 022 del 19 de marzo del 2020, que prevé la “*Fiscalización laboral rigurosa a las decisiones laborales durante la emergencia sanitaria*” que hará dicha entidad gubernamental a las empresas. Sin embargo, en la misma textualmente “*aclara que la configuración o no de la fuerza mayor, corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración(...)*”, juez que no es otro que el laboral, por así regularlo el numeral 1 del artículo 2 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, que establece que son competentes para dirimir “*Los conflictos jurídicos que se originen directa o*

indirectamente en el contrato de trabajo” razón por la cual, aun cuando la génesis de la causal de despido invocada sea la emergencia económica, dicha controversia debe ser resuelta por la autoridad judicial referida, y no a través de este mecanismo residual y subsidiario.

Finalmente, se debe indicar que no está probada la existencia de un perjuicio irremediable que haga susceptible la intervención del juez de tutela, puesto que, respecto a la salud no obra al plenario constancia de que el accionante tenga algún tratamiento médico pendiente, es más, aun registra como activo en el régimen contributivo según lo informa Salud Total EPS, y aunque, prueba que tiene una hija y una pareja, por ese solo hecho no se puede derivar per sé que se le esté generando un perjuicio con las características establecidas por la Corte Constitucional⁷ en su mínimo vital, ni tampoco, se puede desprender aquel, del recibo no cancelado de telefonía móvil de claro anexado a folio 39.

Colofón es que la acción de tutela deprecada se habrá de negar por improcedente, por lo que, sin más consideraciones el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela promovida por **EDWY ELEJALDE ESTRADA** actuando como apoderado judicial del señor **ANDERSON SEBASTIAN MUÑOZ GUTIERREZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional en caso de no ser impugnado el fallo dentro de los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, se **OBEDECE Y SE CUMPLE** con lo dispuesto y en consecuencia se **ORDENA** el **ARCHIVO**.

Notifíquese y cúmplase.

ORIGINAL FIRMADO

LINA MARITZA MUÑOZ ARENAS
Juez

⁷ Sentencia T- 127 del 2014 en la que textualmente se indica “En relación con este perjuicio, ha señalado la jurisprudencia constitucional que éste debe ser inminente, grave, urgente e impostergable, esto es, que el riesgo o amenaza de daño o perjuicio debe caracterizarse por tratarse de “... una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) [porque] ... el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieran para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”.(...)”