



JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Medellín, tres (03) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso:	Acción de Tutela
Accionante:	José Olimpo Valencia Arias
Accionada:	Optima S.A.S Vivienda y Construcción
Accionada:	Cimientos MB S.A.S
Radicado:	05001 40 03 011 2020 00383 00
Instancia:	Primera
Providencia:	Sentencia Tutela No. 145 de 2020
Decisión:	Conceder como mecanismo transitorio
Tema:	Reintegro Laboral de Persona en estado de debilidad manifiesta en razón a limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, sin mediar autorización del Ministerio del Trabajo. Además de afectación al mínimo vital.

Dentro de la oportunidad consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, se decide la ACCIÓN DE TUTELA, promovida por el señor JOSE OLIMPO VALENCIA ARIAS para la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, la seguridad social, la dignidad humana y el mínimo vital.

I. ANTECEDENTES.

1. Fundamentos Fácticos. Manifestó la accionante, que desde el 15 de mayo de 2012 laboró en las obras de OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN, empresa que lo vinculó con otros contratistas en repetidas ocasiones, siendo la última empresa CIMIENTOS MB S.A.S desde el 25 de enero de 2019. El 15 de mayo de 2012, OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN lo puso a firmar contrato a término indefinido con el contratista CIMENTACIONES Y URBANISMO OJ S.A.S., advierte el accionante que fue el único contrato que firmó, no obstante le han cambiado de contratista sin firmar ningún documento nuevo y el pago de la seguridad social se la van asumiendo los diferentes contratistas pero siempre laborando para OPTIMA S.A.S., indica el actor que CIMIENTOS MB S.A.S le pagaba la seguridad social, y OPTIMA S.A.S le pagaba la

nómina, en total recibía \$1.520.000. Manifiesta que OPTIMA S.A.S se encargó de la contratación, los seguimientos, exámenes médicos, gestión de incapacidades, reintegro y pago de salarios, además cumplía un horario laboral de lunes a viernes de 7 am a 5:30 pm, con tiempos de descanso de 15 minutos para desayuno, media mañana y medias tardes y 30 minutos para almuerzo.

Indica el accionante que el 16 de junio de 2020 recibió llamada de OPTIMA S.A.S donde le informaron la terminación del contrato, debido a que la mentada sociedad ya no asumiría más los costos de CIMIENTOS MB S.A.S.

Narra el accionante que el 13 de diciembre de 2014 en la obra OCEANIA vía las palmas, bajo el direccionamiento de OPTIMA S.A.S, sufrió un accidente laboral ocasionándole una fractura de humero derecho que lo incapacitó desde la fecha del accidente de trabajo hasta el 18 de febrero de 2018, pero que lo reintegraron a las labores con recomendaciones.

El 16 de marzo de 2018 mediante dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA se le otorgó un 32,46% de pérdida de la capacidad laboral por los diagnósticos: EPISODIO DEPRESIVO MODERADO, FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL HUMERO, TRAUMATISMO DEL NERVIO AXILAR.

Manifiesta que el empleador al momento de terminar el contrato de trabajo no agotó el procedimiento establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 respecto al permiso que debía solicitar al Ministerio de Trabajo para que el despido fuera legal y no se tornara ineficaz. Tampoco se tuvieron en cuenta las restricciones médicas laborales emitidas por la EPS SALUD TOTAL.

Era de conocimiento de OPTIMA S.A.S que desde el 04 de febrero de 2020 el accionante se encontraba en tratamiento médico e incapacitado debido a que fue diagnosticado de TRANSTORNOS DE ADAPTACIÓN CON SÍNTOMAS DEPRESIVOS Y ANSIOSO; BRONQUITIS NO ESPECIFICADA COMO AGUDA O CRÓNICA Y NEUMONÍA NO ESPECIFICADA. Lo que le dificulta el desempeño de las labores en condiciones regulares. Indica el afectado que de sus ingresos dependen sus tres hijos, su esposa y suegra, y no cuenta con otra fuente de ingresos para la manutención de su hogar.

2. Petición. Con fundamento en los hechos narrados, solicitó la accionante que se ordenara la protección a los derechos fundamentales vulnerados por las entidades accionadas y en consecuencia se ordene a OPTIMAS S.A.S VIVIENDA y CIMIENTOS MB S.A.S, el reintegro a sus laborales, además el correspondiente pago de los salarios dejados de percibir y la afiliación a la seguridad social desde el momento en que se

desvinculo, pretende el accionante se ordene el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Prevenir a las entidades accionadas que en adelante no amenace o vulnere los derechos fundamentales con las actuaciones u omisiones y mantener vigente el contrato de trabajo hasta tanto se encuentre recuperado de su patología.

3. De la contradicción. Habiéndose notificado a las accionadas del auto admisorio de la tutela, enviado por correo electrónico solo OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN emitió respuesta indicando que el tutelante no es y ni ha sido empleado de OPTIMA S.A.S, manifiesta que el actor ha tenido como último empleador, a la empresa CIMIENTOS MB S.A.S., y desconoce en concreto para cuántos empleadores ha laborado y en cuáles actividades ha trabajado como independiente en el sector de la construcción. En la historia pensional que aporta el tutelante se pueden observar varios empleadores en los últimos quince años y ninguno de ellos es OPTIMA S.A.S.

Indica que la empresa CIMIENTOS MB S.A.S de una manera inexplicable, desde el año 2019 se ocultó como contratista frente a sus trabajadores, con quienes estaba desarrollando un contrato en el que participaba también OPTIMA S.A.S., y fue por ello que desde el punto de vista de OPTIMA optó por dejarlos seguir trabajando, reconociéndoles los salarios que debía pagar su empleador CIMIENTOS MB S.A.S. Finalmente, en espera y bajo la confianza de que en el transcurso de los siguientes meses el empleador del tutelante y de otros compañeros diera la cara, para proceder a cuadrar cuentas de los negocios que tenían en común, hasta que al pasar los meses y paralizarse las obras por motivo de la declaratoria de la emergencia económica y sanitaria, y concluir que el representante legal de CIMIENTOS MB no volvió a aparecer, ni ha sido posible alguna comunicación durante todo el primer semestre con él, se optó por no autorizar el ingreso del tutelante a ninguna obra en la que participaban ambas empresas tuteladas, lo que explica entonces que: OPTIMA S.A.S. no puede terminar contratos de trabajos con personas que no son sus trabajadores y hasta la fecha de respuesta de la presente tutela OPTIMA S.A.S. no ha recibido ninguna constancia de parte de CIMIENTOS MB sobre la finalización del contrato de trabajo con el tutelante. Si OPTIMA S.A.S. no puede terminar contrato de trabajo con trabajadores de otra empresa como es CIMIENTOS MB SAS, no hay lugar a pago de liquidación por terminar contrato. Esa no es una decisión en cabeza de OPTIMA. OPTIMA simplemente, cuando comenzó el regreso al trabajo autorizado progresivamente por el gobierno nacional, no permitió el ingreso del tutelante puesto que, como ya lo hemos repetido, su empleador no se ha hecho presente en el contrato en el cual participa con OPTIMA. Lo que lleva a concluir que CIMIENTOS MB es una empresa oculta, o silenciosa y por ende quedaron

sus trabajadores al garete. lo que no significa que sea OPTIMA la que deba asumir las obligaciones de otra empresa como es CIMIENTOS MB con la cual tenía nexos comerciales.

Por su parte CIMIENTOS MB no allegó pronunciamiento respecto a las pretensiones invocadas por el actor en el presente trámite constitucional.

4. Problema Jurídico: El problema jurídico a resolver por parte del despacho es determinar si hay una vulneración a los derechos fundamentales por parte de las accionadas quienes supuestamente como empleadoras procedieron a despedir al accionante en estado de indefección y afectando su mínimo vital. Para ello se deberá analizar si este asunto concerniente a la jurisdicción laboral cumple con los parámetros para ser resuelto por la jurisdicción constitucional definitiva o transitoriamente.

Al ser ésta la oportunidad legal y al no haber encontrado causal que invalide la actuación, se entra a decidir el presente asunto, previas las siguientes,

I. CONSIDERACIONES:

1. De la Acción de Tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela, está instituida única y exclusivamente para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales de todas las personas del Estado cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de una autoridad que los desconozca. También procede como mecanismo transitorio, no obstante existir un medio alternativo de defensa judicial, cuando sea necesario utilizarla para evitar un perjuicio irremediable que, a juicio del juez, sea inminente, grave y de tal magnitud que se requiera de medidas urgentes e impostergables para impedir que el perjuicio se extienda *“y llegue a ser de tal naturaleza hasta el punto del no retorno de la situación, o lo que es lo mismo, que se convierta en irremediable”*.

Esta acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales sea nacional o extranjera, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe

a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

2. La procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T 041 de 2019.

Inicialmente la Sala de Revisión realiza un breve recuento jurisprudencial y normativo sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela a efectos de clarificar los fundamentos jurídicos que permitirán determinar la viabilidad del estudio de fondo del asunto concreto.

Afirman que respecto del requisito de subsidiariedad, que de conformidad con el inciso 3º del artículo 86 superior y el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 la acción de tutela es una herramienta de naturaleza residual y subsidiaria; de manera que, por regla general, solo procede cuando: i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, ii) pese a su concurrencia este no es eficaz o idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales, o iii) la acción se erige de manera transitoria para prevenir un perjuicio irremediable.

Ahora, aducen que el remedio constitucional debe descartarse cuando se ejerce como un *"instrumento supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer oportunamente los medios de defensa judicial o como un medio para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias."*

Así pues, manifiestan que respecto de las acciones interpuestas para obtener el reintegro de un trabajador, en principio, (...) ***la tutela no es la vía judicial idónea para resolver este tipo de controversias al existir los mecanismos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, atendiendo a la forma de vinculación del interesado; sin embargo, también ha destacado que el examen de procedencia debe ser menos estricto cuando se encuentran comprometidos los derechos de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, "pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial"***.

Respecto a lo anterior, trae a colación las siguientes sentencias:

(...) En efecto, en la sentencia **T-151 de 2017** se indicó que: “la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, [...] de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”.

Además, se precisó que circunstancias como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) no percibir ingreso alguno que permita la subsistencia de su familia y la propia, y (iv) la condición médica padecida, son supuestos representativos de un estado de debilidad manifiesta (artículo 13 superior). (Negrita y subrayado fuera del texto).

En la sentencia **T-405 de 2015** se sostuvo que la regla que desarrolla el principio de subsidiariedad no es absoluta, ya que excepcionalmente y con carácter extraordinario la acción de tutela se muestra como el mecanismo apto para la protección inmediata, “cuando quiera que se involucren los derechos de sujetos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o de aquellos que tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada.”

Así mismo, se resaltó que la jurisprudencia constitucional ha determinado que cuando se trata de “poblaciones históricamente discriminadas o de sujetos que merecen una especial protección, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos.”

En igual sentido, en la sentencia **T-442 de 2017** se consideró que “en los eventos en los que las circunstancias particulares del caso constituyen un factor determinante, es posible que la acción de tutela pase a otorgar directamente el amparo pretendido, ya sea de manera transitoria o

definitiva, a pesar de existir mecanismos ordinarios de protección a los que sea posible acudir."

Finalmente, en la sentencia **T-317 de 2017** se destacó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que: **"en aquellos casos en los que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta y sea desvinculado de su empleo sin autorización de la oficina del trabajo o del juez constitucional, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección principal"**. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Concluye la Corte Constitucional, manifestando que si bien el ordenamiento jurídico previó procedimientos judiciales especiales para ventilar pretensiones laborales, **la Corte ha entendido que las reglas relativas a la procedencia de la acción tendrán que ser matizadas cuando se trata de personas en especial condición de vulnerabilidad o en circunstancias de debilidad manifiesta, como consecuencia, entre otros, de su estado de salud; por lo tanto, la tutela debe ser considerada como el mecanismo más adecuado para adoptar las acciones que permitan conjurar la afectación de los derechos en cuestión.** (Negrita y subrayado fuera del texto).

1.5 El derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T 041 de 2019.

Aduce la Corte que (...) *el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución, constituye un principio que rige todas las relaciones laborales; dicho mandato se manifiesta en "la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como justa"*.

Ahora bien, afirman que, con fundamento en la interpretación armónica de al menos cuatro preceptos constitucionales, la protección general a la estabilidad en el empleo se refuerza cuando el trabajador "es un sujeto susceptible de discriminación", o cuando por sus condiciones particulares "puede sufrir grave detrimento de una desvinculación abusiva". En consecuencia, refieren:

(...) En primer lugar, del artículo 13 superior se extrae que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, quienes merecen una especial protección “con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las actividades de la sociedad”.

Por su parte, los artículos 47 y 54 constitucionales establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; en cuarto lugar, el artículo 95 establece el deber de obrar conforme al principio de solidaridad ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas.

Así mismo, diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han consagrado esta garantía; verbigracia, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así pues, sobre la base anterior, afirman que la Corte ha sostenido que este derecho **“nace de la necesidad de garantizar a las personas en situación de debilidad manifiesta, el desarrollo integral dentro de una sociedad consolidada en un Estado Social de Derecho, que reconoce en igualdad de condiciones derechos y obligaciones”**.

En consonancia, manifiesta la Corporación que (...) *en distintas decisiones se ha enfatizado en la importancia del trabajo en el proceso de integración social de los sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de salud, al erigirse como un instrumento a través del cual se garantiza el desarrollo del individuo, su productividad económica y el acceso a bienes y servicios indispensables para la subsistencia del trabajador y su núcleo familiar.*

Ahora, la Corte nos ilustra sobre quienes pueden ser considerados como sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud, estos son: un trabajador que: "i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les 'impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares', y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la 'estabilidad laboral reforzada'."

Así pues, refiere la Corte que la estabilidad laboral reforzada es una garantía para que el trabajador en situación de discapacidad continúe ejerciendo labores y funciones acordes a su estado de salud, con iguales o mejores beneficios laborales a los del empleo que ocupaba y recibiendo la capacitación requerida para realizar las nuevas actividades.

Ahora, precisa la Corte que (...) *el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral.*

Igualmente, aduce la Corte que en la SU-049 de 2017 la Sala Plena estableció que **la estabilidad laboral reforzada cubija a todo aquel que presente una situación grave o relevante de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores; por tanto, esta protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, o cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral.** (Negrita y subrayado fuera del texto).

A su turno, afirma la Corte que (...) *el Legislador ha determinado mecanismos de integración social de los individuos en situación de discapacidad; en efecto, la Ley 361 de 1997 reitera el deber constitucional del Estado de proveer los recursos necesarios para garantizar la protección, prevención, cuidados, habilitación, rehabilitación, educación, orientación e integración laboral de aquellas personas. Además, dicho compromiso se extiende a la familia y al conglomerado social como actores necesarios para lograrlo. El artículo 26 de la referida norma dispone:*

"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."

De lo anterior, la Corte ha definido las siguientes reglas: **(i)** bajo ninguna circunstancia la discapacidad podrá obstaculizar la vinculación de una persona, a menos que se demuestre una incompatibilidad insuperable en el cargo que va a desempeñar; **(ii)** ningún individuo que se encuentre en estado de discapacidad puede ser retirado del servicio por razón de su limitación, y **(iii)** en todo caso, quien fuere despedido prescindiendo de la autorización del inspector del trabajo tendrá derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiera lugar.

Así mismo, ha señalado que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores, por ende, afirman que, si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición de trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

Ahora, afirma la Corte que (...) **Con todo, el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato; no obstante, en garantía de la especial protección que le asiste a estos sujetos, el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.** (Negrita y subrayado fuera del texto).

En el mismo sentido, aducen que cuando **el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado “la presunción de desvinculación laboral discriminatoria”, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.** (Negrita y subrayado fuera del texto).

Así pues, trae a colación la Corte lo dicho en la sentencia T-320 de 2016 esto es, **“en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.”** (Negrita y subrayado fuera del texto).

En conclusión, aduce la Corte que (...) el trabajador que pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral tiene derecho a no ser despedido y a ser reubicado en tareas acordes a sus capacidades, habilidades y competencias. En caso contrario, se presume que la desvinculación tuvo como fundamento la condición de discapacidad, y la misma se torna ineficaz. Ahora, dicha regla debe ser aplicada por el juez constitucional de encontrar acreditados los siguientes supuestos: **(i)** el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones; **(ii)** el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido; **(iii)** no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y **(iv)** el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio.

III. CASO CONCRETO:

Se tiene que la presente acción tiene como finalidad que se ordene el reintegro laboral del señor JOSE OLIMPO VALENCIA ARIAS como trabajador de OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN., entidad que aduce el actor es su verdadero empleador, además de que se paguen los salarios dejados de percibir y afiliación a la seguridad social desde el momento de la desvinculación hasta el momento en que efectivamente sea reintegrado por ser sujeto de especial protección constitucional en relación a la estabilidad laboral reforzada, por ello, solicita además la indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, primeramente, ha de decirse que el accionante tiene un estado de debilidad manifiesta en ocasión a su estado de salud, pues de conformidad a los documentos aportados al plenario se puede evidenciar que el mismo padece una serie de patologías como son:

- a. En historia clínica del 01 de abril de 2020, se refiere "Paciente en la quinta década de la vida con síntomas depresivos y ansiosos relativos a una situación laboral, que se derivó posiblemente después de un accidente laboral en el que quedó con aparentes secuelas osteomusculares en el miembro superior derecho. **Ha tenido reubicación laboral pero lo que aduce ahora es percepción de acoso laboral, con lo cual los síntomas depresivos y ansiosos se han exacerbado**, lo cual es en cierta medida esperable. Por más psicofármacos que reciba lo fundamental es la resolución de su situación laboral". La impresión diagnóstica consignada en esta historia clínica es 1. Trastornos de adaptación con síntomas depresivos y ansiosos, 2. Problemas relacionados con el trabajo. Por lo anterior, sigue tratamiento médico con medicamentos y cita de control en 3 meses.
- b. Reposa en el expediente historia clínica del 4 de junio de 2020, en la que refiere "paciente de 43 años de edad, obrero, refiere cuadro por asma, neumonías a repetición, obesidad, hiperlipidemia, rinitis crónica, el cual está incapacitado por parte de medicina general doctor moisés, con disnea a repetición, con pequeños esfuerzos, dolor dorsal persistente, sin tos, pendiente valoración por especialistas, espirometría". El plan de manejo dado fue "paciente con cuadro neumónico a repetición, con nódulos pulmonares, se da incapacidad por 10 días a partir de hoy, ya que es población de riesgo por patologías asociadas y cuadro actual, fibrobroncoscopia, pendiente otras ayudas diagnósticas. se envía tratamiento médico para estado depresivo crónico". El diagnóstico es 1. BRONQUITIS, NO ESPECIFICADA COMO AGUDA O CRÍTICA, 2. NEUMONIA, NO ESPECIFICADA.
- c. Igualmente, al accionante le fue calificada su pérdida de la capacidad laboral en febrero de 2018, dándole un porcentaje del 32,46%, con fecha de estructuración el 13 de diciembre de 2017, fecha en que se refiere psiquiatría conceptúa el accionante requiere tratamiento médico.
- d. En el mismo sentido se aportó constancia de recomendaciones médico laborales dadas al actor el 30 de agosto de 2019, dirigidas a CIMIENTOS MB, y por un término de 12 meses, es decir, con vigencia hasta el 30 de agosto de 2020.

Así las cosas, es claro que el actor a la fecha padece una serie de patologías que reducen su capacidad laboral, pues le dificultan el desempeño normal de sus labores, al punto que tiene restricciones medico laborales y una perdida de capacidad laboral del 32.46%, sumado a ello el actor se encuentra recibiendo tratamiento medico por psiquiatría y medicina general, situación que lo hace acreedor a una especial protección por parte del estado, en ocasión al estado de debilidad manifiesta en que se encuentra en ocasión a su estado de salud.

Ahora de tales padecimientos tiene conocimiento el empleador, pues la situación de salud del actor viene en dezmero desde el accidente laboral sufrido en año 2014, además, salud total expidió recomendaciones medico laborales, dirigidas a CIMIENTOS MB, adicionalmente ninguna de las dos empresas desvirtuó tal manifestación dada por el accionante de que se tenía conocimiento previo de su estado de salud, por ende, de conformidad a lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se tendrá por cierto lo manifestado. Se resalta además que tales recomendaciones van desde agosto de 2019 hasta agosto de 2020, es decir, vigentes para el momento del despido.

Así pues, demostrado de que el actor tiene un padecimiento de salud que disminuye su capacidad laboral y hace que no pueda desempeñar sus labores de forma regular, era menester del empleador solicitar autorización previa al Ministerio de trabajo para la terminación unilateral del contrato de trabajo, de conformidad a lo establecido en el artículo 26 de Ley 361 de 1997, requisito corroborado por la Corte Constitucional en las sentencias referenciadas con anterioridad; situación que no fue acreditada dentro del plenario y conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional, si no media la autorización del Ministerio de Trabajo, tal terminación tiene implícita la presunción de discriminación, es decir, que el Despido se ocasionó por el estado de salud del actor, ahora, correspondía al empleador desvirtuar en sede de tutela tal presunción, no obstante, no se allegó documento alguno del que se pudiera acreditar que la terminación unilateral del contrato se dio por causal objetiva contenida en la legislación laboral.

Ahora bien, para el despacho está probada la pérdida de la capacidad laboral del actor según dictamen médico, está probado el diagnóstico de sus padecimientos, las incapacidades previo y posteriores al despido. Lo anterior cumple el presupuesto probatorio que para tal evento ha indicado nuestro máximo órgano constitucional T – 500/2019 frente a la existencia de un perjuicios irremediable:

(i) la edad de la persona; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario o de las personas obligadas a

acudir a su auxilio; para lo cual, el interesado tiene el deber desplegar cierta actividad procesal administrativa mínima que demuestre su condición.

Es entonces claro el estado de salud física y mental menguada del actor que evidentemente no se desprende como lo quiso hacer ver la accionada del simple encierro al que todos los colombianos nos vimos sometidos por cuenta de la cuarentena del coronavirus y por tanto, los tratamientos en este tipo de afecciones son fundamentales en especial su continuidad para la calidad de vida de quienes los padecen. Finalmente, resalta la misma Corte que para la demostración de tal situación ni siquiera tiene que existir una calificación formal como si sucede en el presente caso:

1.1.1. Así las cosas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, ya sea por una discapacidad calificada como tal, o por una mengua en su salud, cuentan con una salvaguarda emanada de la Constitución a través de la figura de estabilidad ocupacional reforzada, en virtud de la cual se proscribe que el patrono conocedor de dicha condición dé por terminada la relación laboral, sin acudir antes a la autoridad de trabajo para que se otorgue el respectivo permiso.

Ahora bien, lo anterior, frente al estado de vulnerabilidad del actor, sin embargo, fuera de ello, considera también el despacho que, se presenta un despido sin justa causa, toda vez que es claro que si bien OPTIMA SAS niega ser la empleadora directa y niega una solidaridad, también reconoce su relación con CIMIENTOS indicando además que todo obedece a que esta empresa prácticamente desapareció desde noviembre, razón por la cual continuaron pagando los salarios de sus empleados y así no lo reconozcan expresamente, es claro que este pago se da en virtud a que los empleados de CIMIENTOS ejercen labores directas en las obras de OPTIMA SAS sino porque razón cancelan salarios de empleados o personas que no conocen o no saben donde trabajan. Y ello no es una mera manifestación del actor, sino que lo probó con los extractos bancarios y así lo reconoció la accionada, quien además confiesa que ordenó el NO INGRESO DEL EMPLEADO A LAS OBRAS en virtud de sus dificultades o desaparición de CIMIENTOS, sin embargo, se pregunta esta judicatura ¿si las consecuencias de esta situación comercial entre dos personas jurídicas debe ser asumida por el empleado?. Ahora, es claro que este dilema debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral, sin embargo, esta otra cara de la situación también puede ser objeto de resolución aunque sea de forma transitoria por la jurisdicción constitucional en virtud a que con

este despido se afecta el mínimo vital del empleado quien demostró que es padre de tres menores de edad, su esposa no labora y de ello hay prueba en el adres que se solicitó donde se indica que es beneficiaria, además de tener a cargo si suegra no tiene vivienda propia por lo que de sus salario depende su vivienda, alimentación, educación de él y su familia en los cuales se encuentran personas de especial protección constitucional como lo son menores de edad y adultos mayores.

Es por lo anterior, que la tutela se torna procedente y debe concederse como mecanismo transitorio pues aunque el actor disponga de otro medio de defensa judicial para dirimir su controversia, se hace necesario la intervención del Juez Constitucional, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, pues el actor no está en condiciones de esperar un fallo en la jurisdicción laboral que resuelva su situación, ello en ocasión a su estado de debilidad manifiesta, adicionalmente, se afecta de manera directa su minimo vital y el de su núcleo familiar, sin contar la situación actual que se vive de recesión económica por la pandemia del covid – 19.

Si bien es cierto, existen controversias en torno a quien es el empleador del actor, pues este reconoce como verdadero empleador a OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN y estos niegan relación laboral alguna, situación que no puede convertirse en una barrera para que el actor pueda hacer efectivos sus derechos fundamentales, como el trabajo, la salud, la seguridad social, la vida digna, que están siendo vulnerados por las accionadas al no permitirle trabajar. Esta situación puede ser debidamente ventilada en el eventual proceso laboral que deberá adelantar por el actor, pese a ello, es claro que con las pruebas allegadas al proceso, se puede evidenciar una responsabilidad o solidaridad por lo que es factible y hay sustento probatorio suficiente para ordenar una vinculación laboral aunque sea transitoria.

Así las cosas, con lo que contamos hasta ahora, podemos indicar que quienes fungen como empleadores del accionante son: CIMIENTOS MB quien figura como tal en el Sistema General de Seguridad Social y como se dijo, obra en el plenario prueba de que es OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN quien realiza el pago de la nómina, según ellos a nombre de CIMIENTOS MB, alegando relaciones comerciales, empero, no se allegó documento alguno al plenario del que se pudiera acreditar en virtud a que vinculo ellos asumen las acreencias de CIMIENTOS MB, siendo insuficiente para esta falladora lo manifestado para desvirtuar lo dicho.

Por lo anterior, esta Falladora concederá la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable al actor, advirtiéndole que debe acudir a la jurisdicción ordinaria a dirimir su controversia, pues la orden dada en la presente acción solo tiene validez siempre y cuando ejerza la acción dentro de los 4 meses contados a partir de la notificación de la presente acción. En consecuencia, se ordenara solo a OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN que proceda a través de sus representantes legales o quien hagan sus veces, en el termino de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del presente requerimiento a reintegrar al señor **JOSE OLIMPO VALENCIA ARIAS**, identificado con cédula de ciudadanía número 71.768.194 al cargo que venia desempeñando o a uno en igualdad o mejores condiciones, teniendo en cuenta además las recomendaciones medico laborales dadas al mismo. Lo anterior, a fin de continuar con la protección de los derechos mínimos del actor, toda vez que no solo ante la falta de contestación de CIMIENTOS MB, sino de lo indicado por OPTIMA SAS en cuanto a que dicha entidad se encuentra desaparecida desde noviembre de 2019, por lo que no sería lógico que se proceda a dar orden a una entidad que posiblemente sea una empresa que “carga” laboralmente con empleados para las grandes obras de construcción y que ya materialmente no exista lo que genera para el afectado una sentencia que no produce efectos reales y materiales y que finalmente no resuelve su situación. Por ello, la encargada del reintegro será OPTIMA SAS. Para quien finalmente se desempeñaba el actor.

Igualmente se ordenará el pago de salarios dejados de percibir, así como el pago de la seguridad social desde el 16 de junio de 2020 respecto de ambas sociedades. Ahora, teniendo en cuenta el debate probatorio que se debe llevar a cabo en la jurisdicción laboral, es ella quien debe resolver sobre la indemnización de 180 días de salarios a que podría tener derecho al actor.

De esta manera, y por las razones antes expuestas, el JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONCEDER COMO MECANISMO TRANSITORIO el amparo constitucional solicitado por el señor **JOSE OLIMPO VALENCIA ARIAS**, identificado con cédula de ciudadanía número 71.768.194, en garantía a sus derechos fundamentales al trabajo, la salud, la seguridad social, la vida digna.

SEGUNDO: ORDENAR a **OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN** que a través de sus representantes legales o quien hagan sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del presente requerimiento, proceda a reintegrar al señor **JOSE OLIMPO VALENCIA ARIAS**, identificado con cédula de ciudadanía número 71.768.194 al cargo que venía desempeñando o a uno en igualdad o mejores condiciones, teniendo en cuenta además las recomendaciones medico laborales dadas al mismo.

TERCERO: ORDENAR a **OPTIMA S.A.S VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN y a CIMIENTOS MB** que a través de sus representantes legales o quien hagan sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del presente requerimiento, proceda a realizar el pago de salarios dejados de percibir, así como el pago de la seguridad social desde el 16 de junio de 2020.

CUARTO: NO ORDENAR el pago de la indemnización de 180 días de salario contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, según se indicó.

QUINTO: NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz posible la presente decisión a las partes, según lo dispuesto por los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 5° del Decreto 306 de 1992, dejando la respectiva constancia en el expediente.

SEXTO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada, dentro de los tres (3) días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, reading 'Vélez P.' with a stylized flourish at the end.

LAURA MARÍA VÉLEZ PELÁEZ
JUEZ

