

DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION EN PROCESOS DE SELECCION LABORAL EN CONTRA DE PERSONAS QUE PADECEN VIH/SIDA

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

La jurisprudencia ha analizado de manera flexible el requisito de subsidiariedad, tratándose de personas que han padecido en un contexto discriminatorio, la vulneración de sus derechos fundamentales, como es el caso de aquellas portadoras del VIH, a quienes, por ejemplo se les niega la posibilidad de acceder a cualquier actividad laboral, académica o asistencial.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-Definición

Las personas demandan un comportamiento objetivo e imparcial por parte de las autoridades y entidades públicas y privadas, en donde los requisitos y condiciones que se establezcan para acceder a alguna oportunidad laboral o académica por ejemplo, se otorguen con las mismas prerrogativas y posibilidades, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a todos aquellos que tienen determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo, estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, iniciación o culminación de un programa académico, etc).

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

El efectivo goce y materialización del derecho a la igualdad, específicamente a la igualdad de oportunidades, debe ser garantizado tanto por el Estado como por los particulares, quienes están en la obligación de brindar a todas las personas, especialmente a aquellas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y pertenecen a minorías históricamente discriminadas, -como es el caso de quienes padecen VIH o SIDA,- un trato digno, solidario y libre de discriminación a causa de factores accidentales que como este, no inciden en sus aptitudes, de modo que, está prohibido ejercer en su contra, cualquier acto arbitrario o excluyente por razón de su situación, que impida el acceso a oportunidades laborales, académicas o de cualquier índole.

PRESUNCION DE DISCRIMINACION-Se invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION DE ENFERMOS DE VIH/SIDA-Tienen derecho a recibir trato especial y favorable por todas las autoridades públicas y un comportamiento solidario por parte de los demás miembros de la sociedad

DEBIDO PROCESO EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES-Alcance

Esta Corporación ha señalado que en un Estado Social de Derecho, el debido proceso es exigible tanto para las entidades estatales como para las privadas, independientemente de la relación jurídica que exista entre las partes e inclusive cuando ni siquiera se ha suscrito un vínculo contractual. Lo anterior con el fin de proteger a las personas de aquellos actos arbitrarios e injustificados que atentan contra sus derechos fundamentales.

PRINCIPIOS DE BUENA FE, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN PROCESOS DE

SELECCION LABORAL

Quienes adelanten procesos de selección laboral están en la obligación de acatar las pautas legales y jurisprudenciales que regulan la materia, por ejemplo, la aplicación de los principios de buena fe, razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones que se tomen respecto a la selección o exclusión de una persona para un determinado cargo.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Fundamento constitucional/AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Límites/LIBERTAD DE EMPRESA-Límites

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION EN PROCESOS DE SELECCION LABORAL-Parámetros constitucionales en el proceso de selección de personal

Si bien la Carta Política y la jurisprudencia constitucional reconocen la facultad que tienen las empresas particulares, en virtud de los principios de la autonomía privada y la libertad de empresa, de establecer requisitos de ingreso en los procesos de selección para ocupar un determinado cargo, los mismos deben ser acordes con las reglas concernientes al debido proceso en las relaciones entre particulares y el respeto de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y a la no discriminación de los aspirantes.

EXAMEN SEROLOGICO-Finalidad

Los exámenes serológicos consisten en extraer una muestra de sangre con el fin de detectar la presencia de anticuerpos contra un microorganismo como producto de una infección, y se utilizan para detectar entre otras, enfermedades de transmisión sexual como VIH, hepatitis viral, sífilis. También se describe como Serología VDRL, por las siglas en inglés Venereal Disease Research Laboratory (Laboratorio de Investigación de Enfermedades Venéreas),

particularmente para el diagnóstico de sífilis.

EXAMEN SEROLOGICO-Prohibición en el entorno laboral

EXAMENES MEDICOS DE INGRESO LABORAL-Exigencia de consentimiento previo, libre e informado del trabajador

En cuanto a su carácter previo, esta Corporación ha señalado que la autonomía de cualquier usuario de los servicios de salud implica la búsqueda previa de su aceptación, por lo que “todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente.” Este consentimiento es libre en la medida en que “la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños,” y debe ser informado, puesto que implica la obligación de brindarle al aspirante o trabajador información suficiente, “oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa” sobre los exámenes médicos que debe practicarse y las razones que justifican su realización, de cara a las labores que se van a ejercer.

PRUEBA DE VIH-Prohibición de exigirla para acceder o permanecer en actividad laboral

RESERVA DE HISTORIA CLINICA OCUPACIONAL-Garantía de derechos a la intimidad, autonomía e información del trabajador

EXAMENES MEDICOS DE INGRESO LABORAL-Alcance y contenido

(i) En ellas solamente se pueden determinar las condiciones de salud física y social del

trabajador en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto y acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo que va a desempeñar; (ii) las pruebas serológicas o de detección del VIH están prohibidas en el marco de los exámenes ocupacionales, como requisito obligatorio para acceder a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma; (iii) su realización requiere el consentimiento libre, previo e informado del paciente, ello implica informarle de manera clara, completa y sin engaños sobre los exámenes específicos que deben realizarse y las razones que los justifican y (iv) se debe proteger el derecho a la intimidad del aspirante o trabajador, guardando reserva de los resultados de las pruebas serológicas y su historia clínica ocupacional, remitiendo solamente al empleador el certificado médico en el que se indiquen las restricciones, recomendaciones o condiciones que se requiere adaptar para que el trabajador pueda desempeñar su labor.

INDEMNIZACION EN ABSTRACTO-Circunstancias en que procede por vía de tutela

DERECHO A LA INTIMIDAD-Vulneración por IPS al realizar exámenes médicos y de laboratorio, sin el consentimiento previo, libre e informado del accionante y revelar resultados a terceros

Referencia: Expediente T-7.806.744.

Acción de tutela instaurada por Juan contra Díaz y Restrepo S.A.S. – Sr. Wok.

Entidades vinculadas en el trámite de instancia: IPS Procare Salud Ocupacional, EPS Servicio Occidental de Salud, Ministerio del Trabajo.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las Magistradas Diana Fajardo Rivera, Paola Meneses Mosquera y el Magistrado Alberto Rojas Ríos – quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 22 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali dentro de la acción de tutela de la referencia.

ACLARACIÓN PRELIMINAR

La identidad del actor será suprimida de esta providencia y de todas las actuaciones subsiguientes como una medida de protección de su derecho a la intimidad. El nombre ficticio mediante el cual será posible identificarlo es Juan.

I. ANTECEDENTES

1. En el año 2016, el señor Juan fue diagnosticado como portador asintomático del Virus de Inmunodeficiencia Humana (en adelante VIH).

2. El 19 de septiembre de 2019, se postuló para la vacante de asistente de tesorería en la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. (en adelante Sr. Wok).

3. El 23 de septiembre de 2019, la analista de talento humano² de la Empresa Sr. Wok, expresó al actor su interés en que iniciara el proceso de selección, le envió pruebas psicotécnicas a su correo electrónico y programó su entrevista para el día siguiente.³

4. El 24 de septiembre de 2019, el actor se presentó a las 11:00 am en el lugar indicado, realizó dos pruebas de Excel y una de conocimiento.

5. El 26 de septiembre de 2019, en horas de la mañana, se le informó que debido a los “buenos resultados”⁴ le había sido asignada entrevista con el jefe del área de tesorería para el viernes 27 de septiembre de 2019 a las 3:00 pm.

6. El 30 de septiembre de 2019, a las 6:00 am, el señor Juan se presentó en la IPS Procure

Salud Ocupacional de Ciudad de Cali, en donde le practicaron los exámenes de ingreso exigidos por la entidad accionada. El tutelante afirma que le hicieron una serología, una revisión con optometría y posterior a ello una revisión con médico general, en la cual informó ser portador de VIH, hecho que fue aceptado por parte de la IPS Procare.⁵

7. El mismo 30 de septiembre de 2019, antes de salir de la IPS recibió una llamada de Alexandra Solarte, quien le indicó que, debido a la información que debía manejar en el cargo, era necesario realizar una prueba de polígrafo el día 1 de octubre de 2019.⁶

8. En horas de la tarde del lunes 30 de septiembre, lo llamó una persona de Sr. Wok, distinta a aquella con la cual venía entendiéndose y le informó que la prueba de polígrafo quedaba suspendida por tiempo indefinido y hasta nueva orden.

9. Los días 1, 4 y 7 de octubre de 2019, el actor envió correos electrónicos a la analista de talento humano, con el fin de conocer las razones por las cuales su proceso había sido suspendido. Preguntó por qué justo el día en que le practicaron los exámenes médicos e informó ser portador de VIH su proceso fue suspendido sin una explicación pertinente, respuesta a la cual tenía derecho ya que la vacante era de todo su interés, invirtió su tiempo y dedicación en dicho proceso y renunció a dos ofertas más, esperando un comunicado por parte de la empresa.⁷ El 8 de octubre, la referida le respondió que le agradecían por el interés que él había manifestado en la oferta de trabajo y el tiempo dedicado en el proceso de selección, pero que su candidatura al puesto de trabajo no había prosperado.⁸

10. El actor afirma que el 7 de octubre de 2019, la vacante para la cual se había postulado seguía ofertada en la página virtual.⁹

11. El accionante señala que la conducta desplegada por la Empresa Sr. Wok es discriminatoria y vulnera sus derechos fundamentales “al excluirme de poder continuar con la última etapa (prueba de polígrafo) para poder hacer parte de esta empresa.”¹⁰ Asegura que la exclusión del proceso de selección obedeció específicamente a su patología y que no se tuvo en cuenta su capacidad cognitiva, formación académica y experiencia laboral, factores importantes para ocupar el cargo administrativo al cual se postuló.

Solicitud

Con fundamento en el expuesto el señor Juan, invoca la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares. En consecuencia, solicita se ordene a la Empresa Sr. Wok reanudar su proceso y adelantar la prueba faltante.

(i) Cédula de ciudadanía del señor Juan, en la cual se lee que nació el 11 de abril de 1993. Es decir, en la actualidad tiene 27 años de edad. (Folio 1)

(ii) Pruebas de laboratorio sobre el estado de la patología del accionante con fecha del mes de agosto del año 2019, en la cual se evidencia que es portador de VIH. (Folios 2 a 4)

(iii) Correo electrónico enviado al actor el 23 de septiembre de 2019 por la profesional de recursos humanos de la accionada, en el cual le envía instructivo para realizar prueba de inicio dentro del proceso de selección. (Folio 5)

(iv) Correo electrónico enviado el 23 de septiembre por Alexandra Solarte al señor Juan, en el que confirma haber revisado la prueba de inicio y lo cita a las 11:00 am del día 24 de septiembre para presentar las pruebas de conocimiento y Excel. (Folios 6 y 7)

(v) Correos electrónicos enviados el 1 y el 4 de octubre de 2019 por Juan a Alexandra Solarte, con el fin de consultar la razón por la cual la prueba de polígrafo había sido suspendida indefinidamente. (Folio 8)

(vi) Correo electrónico enviado el 7 de octubre de 2019 por el accionante a la profesional de recursos humanos, en el que pide las explicaciones ante la suspensión del proceso de selección, y manifestó su inconformidad con dicha decisión, al haberse proferido luego de que se le practicaran los exámenes de pre ingreso en donde informó ser portador de VIH. Señaló que tenía derecho a conocer las razones por las cuales se suspendió su proceso, toda vez que la vacante era de todo su interés, invirtió su tiempo y dedicación en dicho proceso y renunció a dos ofertas más, esperando un comunicado por parte de la empresa. Indicó además que, ese mismo día vio la vacante abierta al público nuevamente. Finalmente, informó que elevó queja ante el Ministerio del Trabajo debido a las irregularidades desplegadas e instauró una acción de tutela. (Folio 9)

(vii) Correo electrónico proveniente de la página empleos@colombiaempleos.com en el cual se notificó al accionante que la vacante para la cual había aplicado, seguía disponible. (Folio 10)

(viii) Correo electrónico enviado el 8 de octubre de 2019 por Alexandra Solarte al actor, en el cual le comunica que su candidatura al cargo no prosperó y agradece el tiempo dedicado en la etapa inicial del proceso de selección. (Folio 12)

(ix) Requisitos del perfil del cargo analista de tesorería señalados en la página virtual de postulaciones al empleo, en la cual se indica: “Grupo Empresarial de Cadenas de restaurantes solicita analista de tesorería, tecnólogo o estudiante universitario de carreras contables, administrativas o financieras, con experiencia mínima de dos (2) años en el área de tesorería, con conocimiento en recaudos, cuentas por pagar, cuadre de caja menor y preferiblemente de punto de venta, análisis de información. Importante manejo de Excel intermedio (tablas dinámicas (...)) disponibilidad de viajar: no, disponibilidad de cambio de residencia: no, área de trabajo: contabilidad / finanzas, contrato: tiempo completo, Jornada: contrato a término indefinido, salario: S1.080.000,00 (mensual)”. (Folios 11 y 57)

(x) Concepto de psicología y del jefe de tesorería de la Empresa Sr. Wok, con fecha del 27 de septiembre de 2019, sobre la entrevista de Juan, (Folios 54 y 55) en el cual se anotó lo siguiente:

“Juan es una persona con una buena orientación al servicio, reflejado en el momento de su discurso en su experiencia en Coomeva, de igual forma se observa su aceptación por la norma y con buen seguimiento de sus actividades. Como oportunidades de mejora está el enfoque a resultados ya que debe tener un acompañamiento constante para brindar un resultado.”

“Juan es una persona con adecuados conocimientos técnicos enfocados en un adecuado manejo de Excel, manejo de cuadros de caja diarios y conciliación bancaria, en lo que se refiere al cargo. Se visualiza una persona metódica, organizada. Durante el proceso de evaluación técnica y de entrevista, no se evidencia conocimiento en programación y pago a proveedores, manejo de portales bancarios y elaboración de flujo de caja, lo cual se considera el 40% del cumplimiento en la ejecución del cargo. Sin embargo, se podría entrenar en estos temas, tomando mayor tiempo de entrenamiento en el acople y desempeño eficiente del requerido cargo.”

“Como brechas para trabajar, está el ser más persuasivo, ya que puede tener cierta dificultad en convencer o negociar con el equipo de trabajo, competencia que se requiere para el cargo (...) su liderazgo es bajo, lo que no le permite interactuar con los equipos de trabajo de los cuales debe demandar información para ejecución efectiva del proceso, costándole en ciertas oportunidades enfocarse en el resultado y delegar tareas en el momento que se requiera. (...).”

(xi) Documento emitido y allegado por la Empresa Sr. Wok en el trámite de la contestación de la acción de tutela, denominado “Perfil del cargo” en el cual se anota la misión, competencias, funciones principales, relaciones internas y externas del trabajo y responsabilidades. Dentro de las competencias requeridas, entre otras cosas, está la de tener conocimiento en programación y ejecución de los pagos a proveedores, elaboración de comprobantes de egresos, conciliaciones bancarias y contables, elaboración de recibos de caja, manejo de archivos, manejo de cuadrantes de caja de punto de venta y Excel intermedio, conocer de portales bancarios y caja menor. (Folios 58 y 59)

(xii) Certificado médico de pre ingreso ocupacional realizado por la IPS Procure el 30 de septiembre de 2019, suscrito por el médico especialista en salud ocupacional y Juan, en el cual se anota que el accionante no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de asistente de tesorería del sector económico manufactura de alimentos. Adicionalmente se recomienda entre otras cosas, solicitar en su entidad de salud de manera prioritaria, evaluación y plan de manejo por alteración en resultado de examen de laboratorio (en observaciones finales se anotó: serología¹¹ reactiva 12) y continuar en la EPS el plan de tratamiento de su patología común por infectología. (Folios 53 y 54)

(xiii) Consentimiento firmado por el accionante en el cual declara que asistió de manera voluntaria a la IPS Procure para la realización de examen médico ocupacional y de pruebas complementarias diagnósticas para establecer su condición de salud y aptitud para el desempeño del cargo al cual aspira. En tal documento se le informó sobre las pruebas a

realizar con la anotación “sin limitarse a estas”. Adicionalmente se le garantizó que la información sensible sería reservada y que al empleador solo le sería entregado el certificado médico de aptitud. (Folios 61 y 62)

Actuación Procesal

Traslado

El 8 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Civil Municipal de Santiago de Cali admitió la acción de tutela y notificó a la entidad accionada para que ejerciera su derecho a la defensa. Dispuso la vinculación de la IPS Procare Salud Ocupacional, de la EPS Servicio Occidental de Salud y del Ministerio del Trabajo.

En primer lugar, ordenó a la Empresa Sr. Wok informar: (i) cuál fue el procedimiento de selección adelantado en el caso del señor Juan; (ii) cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la terminación del proceso de selección y (iii) en qué momento conoció el estado de salud y/o diagnóstico médico del actor.

En segundo lugar, ordenó a la EPS Servicio Occidental de Salud indicar si el actor tiene pendiente algún procedimiento médico.

En tercer lugar, ordenó al accionante indicar: (i) por quiénes está integrado su grupo familiar, (especificando parentesco, nombre, edad y ocupación); (ii) si la vivienda en la cual reside es alquilada, familiar o propia, y por último (iii) la cuantía y origen de sus ingresos.

Respuesta de la entidad accionada y las entidades vinculadas

Díaz Restrepo S.A.S. –Sr. Wok-

La empresa señaló que solo hasta el momento en que conoció el escrito de tutela, tuvo conocimiento de la enfermedad del accionante. Afirmó que la IPS Procure, encargada de realizar los exámenes de ingreso, no informó dicha particularidad y que la empresa es ajena a los protocolos de realización de dichos exámenes.

Señaló que varias personas venían cursando con éxito el proceso de selección y que a juicio de la compañía, una de ellas presentaba ventajas competitivas sobre el actor, al (i) ser mujer, “lo cual se ajusta de mejor manera al perfil buscado por la compañía, ya que tienen mayor facilidad en el relacionamiento interpersonal, fluidez verbal, persuasión, perseverancia, por el volumen de información que se maneja mayor afinidad para el control y organización de la documentación;”¹³ y (ii) señaló que a diferencia del señor Juan la otra aspirante si cuenta con capacidad de liderazgo, conocimientos en programación, manejo de portales bancarios, conciliaciones bancarias, manejo de caja menor, elaboración de informe y análisis de flujo de caja. Agregó lo siguiente: “esto último es un plus que si bien no se encuentra en el perfil postulado, es de gran aporte para la gestión del área de tesorería.”¹⁴

Cabe señalar que además sobre este mismo punto a folios 42 y 54 del Expediente la empresa aclaró que el señor Juan podía ser entrenado en estos temas, tomando un mayor tiempo de acople y desempeño eficiente del requerido cargo.

Reseñó los siguientes detalles sobre la aspirante que fue seleccionada: “persona organizada, adecuada fluidez verbal y comunicación asertiva, dispuesta y colaboradora, demuestra un

nivel de liderazgo que le permitirá el control y seguimiento de la información procedente de los puntos de venta para la entrega oportuna de los informes. La jefa consideró que el tiempo de entrenamiento se ajustaba a los establecidos en el cargo, dado a que la candidata cuenta con conocimiento en cada una de las funciones que desarrollará como asistente de tesorería.”¹⁵

Refirió que la enfermedad que padece el accionante no sería motivo para excluirlo del proceso de selección y sostuvo que la compañía es libre de elegir la persona que considere más idónea para contratar de acuerdo con las exigencias propias del cargo. En este sentido solicitó al juez no acceder a las pretensiones elevadas por el accionante, consideró que, de ordenar continuar con las pruebas del proceso de selección, impondría costos operativos “sabiendo de antemano que el accionante no será el candidato elegido,”¹⁶ y si ordena su vinculación, habría un menoscabo del derecho a la libertad contractual de la empresa.

IPS Procare Salud Ocupacional

Contestó que el señor Juan si informó sobre su condición médica,¹⁷ pero que en ningún caso le enviaron a la empresa que solicitó dicha valoración, su historia o antecedentes clínicos, pues solo anexó el certificado médico de salud ocupacional donde consta el concepto de aptitud, las conductas ocupacionales, recomendaciones y observaciones finales para los sistemas de vigilancia epidemiológica, como se hizo en el caso del señor Juan, cuyo concepto médico se emitió sin restricción para ocupar el cargo al que aspiraba.

Afirmó que en ningún momento vulneró los derechos fundamentales del accionante, toda vez que no reveló o informó sobre su antecedente médico a la empresa y por ello pidió su desvinculación de la presente acción constitucional.

EPS Servicio Occidental de Salud

Informó que el accionante se encuentra retirado, sin derecho a servicios y no presenta incapacidad continúa prolongada. Solicitó ser desvinculada de la presente acción de tutela ante la falta de legitimación en la causa por pasiva que recae sobre la entidad.

Ministerio del Trabajo

La entidad arguyó no ser el sujeto pasivo llamado a responder en el presente asunto. Solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela al considerar que el actor cuenta con la posibilidad de adelantar un proceso ordinario laboral. Agregó que las facultades de vigilancia que le han sido otorgadas al Ministerio del Trabajo no pueden invadir la competencia de la Jurisdicción Laboral.

El señor Juan no remitió respuesta sobre las preguntas formuladas por el juez.

Decisión judicial objeto de revisión

El 22 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali negó el amparo de los derechos invocados por el accionante. Señaló que la IPS no determinó restricción alguna para que el accionante ocupara el cargo al cual aspiraba y pese a que recomendó continuar con la EPS el tratamiento de su patología, también indicó que la misma no genera limitaciones. Concluyó que la suspensión del proceso de selección se ajustó a los lineamientos establecidos por la entidad accionada bajo el margen legal, luego de que el área de recursos humanos determinara la carencia de características necesarias para desempeñar el cargo al cual se postuló el señor Juan.

El anterior fallo no fue impugnado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo proferido dentro de la presente acción de tutela, de conformidad con los artículos 86, inciso 3 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 28 de febrero de 2020, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de esta Corporación.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

La Sala determinará si concurren los requisitos mínimos de procedencia de la acción de tutela (i) legitimación en la causa por activa, (ii) legitimación en la causa por pasiva, (iii) inmediatez y (iv) subsidiariedad.

Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución, esta Corporación en Sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales que determinan el requisito de legitimación por activa,

a saber: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.¹⁸

Acerca de la legitimidad e interés en la acción de tutela, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala: “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...).”

En este caso, el señor Juan instauró la acción de tutela en nombre propio, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. – Sr. Wok, al excluirlo del proceso de selección que venía cursando para acceder a la vacante de asistente de tesorería de la referida entidad; por tanto, la Sala verifica el cumplimiento del requisito de legitimación por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

En virtud de los artículos 119 y 520 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades públicas y excepcionalmente los particulares. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela frente a particulares, el artículo 42 del mismo decreto y el artículo 86 Superior, prevén tal posibilidad, cuando: a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en

estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En este orden de ideas, se destaca por un lado que la entidad frente a la cual se instauró la presente acción de tutela es la Sociedad por Acciones Simplificada –Díaz y Restrepo Sr. Wok. Adicionalmente, el juez de instancia vinculó al extremo pasivo de este trámite tutelar, a la IPS Procure Salud Ocupacional y a la EPS Servicio Occidental de Salud.

En primer lugar, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la procedencia de la acción de tutela contra entidades particulares o privadas cuando entre estas y el sujeto que reclama el amparo de sus derechos, existe una relación desigual, en la cual alguna de las partes se puede encontrar en un estado de indefensión, subordinación o vulnerabilidad. La Corte ha señalado que “estas circunstancias se pueden presentar en diferentes tipos de relaciones sociales, contractuales, familiares, de obligaciones, encontrándose la parte débil sometida al poder o la voluntad de quien ejerce autoridad o tiene ventaja sobre ella, sin que la persona en estado de indefensión o subordinación tenga la posibilidad de asumir una verdadera defensa de sus intereses.”²¹ Esto es constatable en el marco de una relación laboral, tanto en la etapa contractual, como en la precontractual, ante la existencia de una asimetría de poder entre las partes, mediada por el hecho de que el trabajo es un bien escaso, en el cual surge la necesidad de quien aspira a trabajar y quien puede verse sometido a la vulneración de sus derechos fundamentales.

En suma, se tiene que el señor Juan, se encuentra en una situación de indefensión y desigualdad frente a la empresa Sr. Wok, por un lado, debido a su especial condición de salud y por otro, a causa de la posición dominante en la cual se encuentra la entidad accionada y la facultad discrecional a la cual acude para elegir, descartar o suspender a una persona dentro del proceso de selección laboral que adelanta para proveer una de sus vacantes.

Dicho lo anterior, se tiene que el requisito de legitimación en la causa por pasiva se cumple a cabalidad.

Inmediatez

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que debe existir “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”²³. Lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.²⁴

En este caso, la Sala observa que el mismo día en que la Empresa Sr. Wok respondió al accionante que su candidatura al cargo de asistente de tesorería no había prosperado, el señor Juan instauró la acción de tutela. Esto es el 8 de octubre de 2019. Así las cosas, el requisito de inmediatez se encuentra acreditado.

Subsidiariedad

La jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.²⁵

Al respecto, este Tribunal ha señalado que “no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz (...). No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados.”²⁶ (Negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud, edad, su condición económica, física o mental, la Corte ha señalado que el requisito de subsidiariedad debe analizarse de manera flexible.²⁷ Específicamente sobre las personas que hacen parte de grupos social e históricamente discriminados, la Corte ha señalado:

“el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, (...) el artículo 13 superior consagra la obligación en cabeza del Estado de promover las condiciones que procuren una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo cual supone la adopción de ‘medidas a favor de grupos discriminados o marginados. En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se haya en condiciones de acentuada indefensión.”²⁸

Esta Corporación ha considerado que las personas portadoras de VIH²⁹ o que padezcan SIDA,³⁰ son sujetos de especial protección constitucional, debido al deterioro progresivo que causa la enfermedad sobre su salud, el cual demanda un trato solidario, digno y una protección constitucional reforzada,³¹ ante las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran.³²

En el mismo sentido, en sentencia T-295 de 2008 este Tribunal resaltó:

“(…) resulta de trascendental importancia advertir y reconocer que la epidemia del virus de inmunodeficiencia humana tiene en la actualidad una importante connotación en el ámbito laboral.

(…) Al dolor físico derivado de la enfermedad, se le agrega el sufrimiento moral por la estigmatización social que apareja una discriminación en el ámbito laboral, y en algunas ocasiones inclusive, también una preocupación por las condiciones económicas derivadas de mayores gastos médicos y menos oportunidades para ser laboralmente productivo.”

Aunado a lo anterior, en Sentencia T-291 de 2016 la Corte señaló que aquellos eventos en los que se suscitan presuntos actos de discriminación que atentan de manera directa contra la dignidad humana, “la acción de tutela se instituye como el único mecanismo judicial idóneo y eficaz que tienen las personas para obtener la protección de los derechos fundamentales que estimen menoscabados por cualquier acto discriminatorio que constituya un hecho violatorio y/o amenazante de sus derechos.”³³

En el caso concreto debe advertirse que, si bien el accionante cuenta con la posibilidad de elevar una queja ante el Ministerio del Trabajo,³⁵ es importante señalar que a pesar de que en el trámite de instancia se vinculó y se puso en conocimiento de esta entidad, la situación del accionante, la referida se limitó a indicar que no puede invadir la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Razonamiento que además de errado, dado el escenario de desprotección³⁶ que implica la carencia de una relación laboral en dicha jurisdicción, omite señalar el deber para el cual sí se encuentra facultada. Así las cosas, puede concluirse que el señalado mecanismo carece de idoneidad.

A modo de conclusión la Sala encuentra que la acción de tutela es el mecanismo idóneo, eficaz y definitivo con el cual cuenta el señor Juan para resolver la controversia que se suscita, quien se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y demanda una especial protección constitucional, derivada de: (i) la gravedad de la enfermedad que lo aqueja (VIH) y que lo expone a un riesgo permanente para su vida, sumado al alto costo de los tratamientos requeridos para sobrellevarla y (ii) el presunto sometimiento a conductas discriminatorias por padecerla.

Verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, la Sala pasa a efectuar el análisis de fondo del caso.

Problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto en precedencia, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La Empresa Sr. Wok vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares del actor, al excluirlo del proceso de selección laboral que venía cursando para ocupar la vacante de asistente de tesorería, basada en un criterio sospechoso de discriminación?
2. ¿La IPS Procare Salud Ocupacional, vulneró el derecho fundamental a la intimidad de Juan, al: (i) practicar la prueba serológica, según la cual es viable identificar infecciones tales como el VIH; (ii) enviar a la Empresa Sr. Wok el certificado médico que contiene el resultado

reactivo de la prueba serológica y (iii) emitir recomendaciones que no se relacionan con la capacidad ocupacional para el ejercicio del cargo de asistente de tesorería, sino con el virus que padece?

Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados con antelación, se abordarán los siguientes ejes temáticos: (i) derecho a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo y prohibición de discriminación en contra de personas que padecen VIH o SIDA; (ii) presunción de discriminación. Prueba del hecho discriminatorio. (iii) Debido proceso en los procesos de selección laboral. Requisitos de ingreso y límites a los principios de la autonomía de la voluntad privada y libertad de empresa-; (iv) evaluaciones medicas pre ocupacionales o de pre ingreso laboral, realización de exámenes de serología y consentimiento libre, previo e informado;

Derecho a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo y prohibición de discriminación en contra de personas que padecen VIH o SIDA.

El derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado, ha sido constante objetivo de protección por parte de este Tribunal, de acuerdo al contenido del artículo 13 Superior, según el cual, todas las personas nacemos libres e iguales ante la Ley. La Corte ha señalado las condiciones que deben concurrir para que el derecho a la igualdad se promueva y se cumpla de manera real y efectiva, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". (Negrilla fuera del texto original).

Tales disposiciones además guardan estricta correspondencia con el artículo 47 Superior, según el cual, el Estado debe adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración para estos grupos poblacionales. Ahora bien, de conformidad con el principio de solidaridad social, no solo el Estado sino también los particulares tienen el deber de proteger y garantizar la igualdad material de aquellas personas que, por las razones mencionadas con anterioridad, se encuentran en una posición de desigualdad frente a las demás.³⁷

En cuanto al concepto de igualdad de oportunidades, es necesario precisar que, las personas demandan un comportamiento objetivo e imparcial por parte de las autoridades y entidades públicas y privadas,³⁸ en donde los requisitos y condiciones que se establezcan para acceder a alguna oportunidad laboral o académica por ejemplo, se otorguen con las mismas prerrogativas y posibilidades, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad,³⁹ a todos aquellos que tienen determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo, estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, iniciación o culminación de un programa académico, etc).⁴⁰

Por las razones expuestas y según se desprende del artículo 13 Superior, existe una prohibición de discriminación, según la cual, ninguna entidad, bien sea de naturaleza pública o privada, que administre el acceso a oportunidades en cualquier escenario, puede otorgar preferencias injustificadas o desplegar conductas discriminatorias en contra de los sujetos que aspiran a ellas, a causa de factores accidentales que no inciden en sus aptitudes.⁴¹

Tratándose de personas portadoras de VIH⁴² o que padezcan SIDA,⁴³ esta Corporación ha reiterado que, debido al deterioro progresivo que causa la enfermedad sobre su salud, y que además las subsume en la categoría de sujetos históricamente discriminados,⁴⁴ ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional y por tanto demandan un trato solidario y digno, ante las circunstancias en las que se encuentran.

La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que de acuerdo a los mandatos constitucionales⁴⁵ y del derecho internacional⁴⁶ estas personas deben ser protegidas de cualquier tipo de segregación o discriminación, por lo que el Estado adquiere un mayor compromiso de amparo de sus garantías constitucionales y una garantía reforzada de su derecho a la igualdad en todos los escenarios.⁴⁷ Cabe recalcar los siguientes parágrafos:

“La grave afección producida por las distintas formas de segregación se opone a la realización plena del Estado Social de Derecho y exige actuaciones positivas de parte del Estado encaminadas a garantizar las condiciones objetivas necesarias para el efectivo goce de sus libertades”⁴⁸

“Su enfermedad los hace particularmente indefensos a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población propensa a la vulneración de su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo.”⁴⁹

Como manifestación del deber de protección que tienen el Estado colombiano a favor de las personas que padecen VIH o SIDA entre otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), se reglamentó, mediante Decreto 1543 de 1997 el manejo de las referidas patologías, el cual contempla las definiciones de este tipo de enfermedades, la forma del diagnóstico y atención integral, la promoción, prevención, vigilancia epidemiológica, medidas de bioseguridad, los

derechos y deberes de los afectados, al igual que los mecanismos de organización, coordinación y sanción. Sobre la prohibición de discriminación el señalado Decreto establece lo siguiente:

“Artículo 39. La no discriminación: a las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo.” (Negrilla fuera del texto original)

A su vez, la Ley 361 de 1997⁵¹ dispone:

“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.”⁵²

A partir de lo expuesto, se entiende que el efectivo goce y materialización del derecho a la igualdad, específicamente a la igualdad de oportunidades, debe ser garantizado tanto por el Estado como por los particulares, quienes están en la obligación de brindar a todas las personas, especialmente a aquellas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y pertenecen a minorías históricamente discriminadas, -como es el caso de quienes padecen VIH o SIDA,- un trato digno, solidario y libre de discriminación a causa de factores accidentales que como este, no inciden en sus aptitudes, de modo que, está prohibido ejercer en su contra, cualquier acto arbitrario o excluyente por razón de su situación, que impida el acceso a oportunidades laborales, académicas o de cualquier índole.

Presunción de discriminación. Prueba del hecho discriminatorio

Dada la dificultad inherente a la prueba de actos discriminatorios, en la medida en que son conductas que tratan de ser escondidas al ser contrarias a la Constitución y la situación de indefensión de la parte segregada, (que por lo general hace parte de aquellos grupos tradicionalmente discriminados), esta Corporación ha creado la presunción de discriminación a favor de quien denuncia haberla sufrido, la misma debe ser desvirtuada por la parte acusada. Veamos:

“En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio (...) para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún acto discriminatorio, lo que significa que es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta.⁵³(Negrilla fuera del texto original)

Se tiene entonces que, tratándose de personas que señalan haber sido víctimas de un trato excluyente por tener VIH, se activa la presunción de discriminación a su favor, trasladando al acusado el deber de desvirtuar dicha afirmación, mediante razones objetivas, sin connotaciones contrarias a la vigencia del principio de igualdad.⁵⁴ En Sentencia T-033 de 2018 se precisó cuáles han sido los dos criterios establecidos por la jurisprudencia, para evitar la vulneración de sus derechos y definir cuando un determinado trato resulta discriminatorio:

“En particular, se han adoptado dos tipos de criterios: (i) la implementación de un test estricto de igualdad, por medio del cual se analizan medidas que afectan a los portadores de VIH como colectividad y que no se asocien a acciones afirmativas; y, (ii) cuando una persona

portadora de VIH afirma ser objeto de un trato discriminatorio como consecuencia de su diagnóstico, se una presunción a su favor, que supone la inversión de la carga de la prueba, por lo que será la autoridad o particular demandado quien deberá desvirtuar y probar que la distinción se derivó de razones objetivas, compatibles con el principio de igualdad.” 55 (Negrilla fuera del texto original)

En suma, para determinar si se han ejercido conductas excluyentes o discriminatorias, sobre personas que padecen VIH, esta Corporación ha establecido parámetros de valoración probatoria, acordes con el estado de indefensión en el cual se suelen encontrar y con el fin de procurar el goce real y efectivo de sus distintos derechos fundamentales. Estos son, la presunción de discriminación a favor del afectado y las pautas específicas de análisis mediante las cuales los operadores jurídicos pueden verificar si los argumentos expuestos por la parte acusada, para desvirtuar la presunta conducta discriminatoria, persiguen o no, fines constitucionales legítimos o si, por el contrario, desconocen los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad exigidos por este Tribunal.

Debido proceso en los procesos de selección laboral. Requisitos de ingreso y límites a los principios de la autonomía de la voluntad privada y libertad de empresa.

En distintas oportunidades⁵⁶ esta Corporación ha señalado que en un Estado Social de Derecho, el debido proceso es exigible tanto para las entidades estatales como para las privadas, independientemente de la relación jurídica que exista entre las partes e inclusive cuando ni siquiera se ha suscrito un vínculo contractual. Lo anterior con el fin de proteger a las personas de aquellos actos arbitrarios e injustificados que atentan contra sus derechos fundamentales. Sobre este punto la jurisprudencia de esta Corte ha destacado lo siguiente:

“La importancia de la aplicación del derecho al debido proceso a las actuaciones de los particulares cobra especial intensidad, sobre todo en aquellos en donde existe algún tipo de

subordinación o indefensión, en tanto el debido proceso constituye medio garantista para la efectividad de los derechos fundamentales, imponiéndose como “un medio para evitar su abuso.”⁵⁷

Así las cosas, quienes adelanten procesos de selección laboral están en la obligación de acatar las pautas legales y jurisprudenciales que regulan la materia, por ejemplo, la aplicación de los principios de buena fe, razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones que se tomen respecto a la selección o exclusión de una persona para un determinado cargo.

De conformidad con el artículo 333 superior, el cual establece que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”, la jurisprudencia Constitucional ha reconocido el principio de la autonomía de la voluntad privada en el ámbito de las relaciones particulares, según el cual los empresarios están facultados para tomar las decisiones que consideren pertinentes para el desempeño de su actividad, de acuerdo con el objeto que pretende su compañía.

No obstante, esta Corporación ha reiterado⁵⁸ que los principios de la autonomía de la voluntad privada y la libertad de empresa, encuentran sus límites en los principios y criterios constitucionales, en el respeto de los derechos fundamentales, como el del derecho al trabajo, que reconoce desde su origen que ambas partes no son iguales jurídicamente y no comparecen con plena libertad en la relación jurídica, de manera tal que se requiere un ámbito protector. Esto se traslada a los principios constitucionales previstos en el artículo 53 superior y adquiere connotación en el contexto laboral, tanto en los procesos de selección para acceder a un empleo como en las relaciones laborales ya constituidas. Es decir, el tratamiento aplicado por las empresas en tales ámbitos implica el cumplimiento de garantías como la igualdad y no discriminación para el acceso al empleo, la dignidad humana y las reglas del debido proceso que no pueden ser desconocidas.

“Los requisitos que se fijen deben ser razonables, no pueden implicar discriminaciones injustificadas entre las personas, y han de ser proporcionales a los fines para los cuales se establecen. La razonabilidad del requisito implica que ninguna autoridad pública o privada puede demandar de quienes aspiran a un cupo o puesto académico, o a un cargo, condiciones que resulten contrarias a la razón o a la naturaleza humana.”⁶⁰

“(…) De otro lado, no pueden ser establecidas exigencias que lleven implícita o explícita una discriminación o preferencia injustificada. Tampoco es aceptable el señalamiento de requisitos que no guardan proporción con la clase de asunto respecto del cual se convoca a los aspirantes. La naturaleza de cada actividad suministra por sí misma las exigencias correspondientes.”⁶¹

“Los candidatos deben ser previa y debidamente advertidos acerca de las exigencias, el proceso debe adelantarse en igualdad de condiciones y la decisión adoptada debe fundamentarse en criterios objetivos.” ⁶² (Negrilla fuera del texto original)

“El derecho fundamental al debido proceso en un proceso de selección para el acceso a un empleo, aún ante una empresa privada, debe observar principios de publicidad y transparencia, en el sentido en que los postulantes deben tener conocimiento de las condiciones a las cuales se someten al postularse a un cargo y conocer posteriormente las razones por las cuales no se cumplió con los requisitos exigidos, siendo estas razones proporcionales y objetivas.”⁶³

Es importante advertir que, dentro de aquellas pruebas exigidas en un proceso de selección

laboral, el uso del polígrafo solo se encuentra regulado expresamente para la DIAN⁶⁴ y para empresas que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Vigilancia Privada.⁶⁵ Bajo este panorama y ante la existencia de derechos fundamentales que pueden llegar a resultar vulnerados con el uso del polígrafo en aquellos casos en los que no existe una regulación de su uso al respecto, los empleadores no pueden acudir de manera discrecional e injustificada a la práctica de este tipo de pruebas. En esta dirección por ejemplo, el Repertorio de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores,⁶⁶ establece en el numeral 6.10 la prohibición del uso del polígrafo y procedimientos similares, como método de la comprobación de la veracidad.

En este sentido, el Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, en Sentencia del 25 de abril de 2019 señaló que “la realización de pruebas de confianza como la del polígrafo y la de análisis de estrés de voz, dado el carácter subjetivo de sus resultados, puede atentar contra los principios, valores y derechos (...) a menos que para su aplicación se implementen estrictos protocolos y condicionamientos.” ⁶⁷

A modo de conclusión, si bien la Carta Política y la jurisprudencia constitucional reconocen la facultad que tienen las empresas particulares, en virtud de los principios de la autonomía privada y la libertad de empresa, de establecer requisitos de ingreso en los procesos de selección para ocupar un determinado cargo, los mismos deben ser acordes con las reglas concernientes al debido proceso en las relaciones entre particulares y el respeto de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y a la no discriminación de los aspirantes.

Evaluaciones medicas pre ocupacionales o de pre ingreso laboral, realización de exámenes de serología y consentimiento libre, previo e informado. En cuanto a las evaluaciones médicas ocupacionales o de preingreso laboral, la Resolución 2346 de 2007⁶⁸ dispone lo siguiente:

“Artículo 4. Evaluaciones médicas pre ocupacionales o de pre ingreso. Son aquellas que se realizan para determinar las condiciones de salud física, mental y social del trabajador antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo.

(...)

El empleador tiene la obligación de informar al médico que realice las evaluaciones médicas pre ocupacionales, sobre los perfiles del cargo describiendo en forma breve las tareas y el medio en el que se desarrollará su labor.

(...)

Parágrafo. El médico debe respetar la reserva de la historia clínica ocupacional y sólo remitirá al empleador el certificado médico, indicando las restricciones existentes y las recomendaciones o condiciones que se requiere adaptar para que el trabajador pueda desempeñar la labor.”⁶⁹

Artículo 16. “la historia clínica ocupacional y, en general, los documentos, exámenes o valoraciones clínicas o paraclínicas que allí reposen son estrictamente confidenciales y hacen parte de la reserva profesional; por lo tanto, no podrán comunicarse o darse a conocer,” salvo orden de autoridad judicial o autorización del trabajador.

A partir de lo expuesto, debe señalarse que, de conformidad con las pautas establecidas por la Organización Internacional del Trabajo,⁷⁰ la jurisprudencia constitucional⁷¹ y las normas de rango legal,⁷² en las evaluaciones médicas de pre ingreso laboral está prohibida la realización de exámenes serológicos. Estas pruebas consisten en extraer una muestra de sangre con el fin de detectar la presencia de anticuerpos contra un microorganismo como producto de una infección,⁷³ y se utilizan para detectar entre otras, enfermedades de transmisión sexual como VIH, hepatitis viral, sífilis. También se describe como Serología

VDRL, por las siglas en inglés Venereal Disease Research Laboratory (Laboratorio de Investigación de Enfermedades Venéreas), particularmente para el diagnóstico de sífilis.⁷⁴

Al respecto, debe recalcar la Recomendación N° 200 sobre el VIH y el SIDA de la Organización Internacional del Trabajo, la cual exhorta a los gobiernos a promover la contratación y permanencia en el empleo⁷⁵ de personas que viven con VIH, a protegerlos de la estigmatización.⁷⁶ Tal recomendación establece que el estado serológico, real o supuesto de una persona, no debe exigirse, ni mucho menos debe ser un motivo de discriminación, que impida el acceso a oportunidades laborales. Sobre este punto, la Organización Internacional del Trabajo fijó los siguientes lineamientos:

“24. Las pruebas de detección deben ser verdaderamente voluntarias y realizarse sin coacción alguna, y los programas relativos a estas pruebas deben respetar las directrices internacionales sobre confidencialidad, orientación y consentimiento.

26. Los resultados de las pruebas de detección del VIH deberían ser confidenciales y no comprometer el acceso al empleo, la permanencia en el mismo, la seguridad en el empleo o las oportunidades de promoción.”⁷⁷

El Decreto 1543 de 1997, consagra la prohibición de realizar esta clase de pruebas, en los siguientes términos:

“Artículo 21. Prohibición para realizar pruebas: la exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) queda prohibida como requisito obligatorio para:

- a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma;
- c) Ingresar o residenciarse en el país;
- d) Acceder a servicios de salud;
- e) Ingresar, permanecer o realizar cualquier tipo de actividad cultural, social, política, económica o religiosa.”

Esto implica, como ya lo ha reconocido esta Corporación en Sentencia T-305 de 2020,⁷⁸ que “la garantía de no discriminación va más allá del VIH y resulta aplicable frente a cualquier estado serológico que se genere por alguna de las enfermedades de transmisión sexual.”

Ahora bien, estas evaluaciones de pre ingreso laboral deben realizarse de conformidad con las garantías fundamentales de los trabajadores y/o de quienes se encuentran en un proceso de selección. Para ello se torna fundamental el respeto por el derecho a la autonomía, el cual se expresa en la obtención de su consentimiento previo libre e informado. En cuanto a su carácter previo, esta Corporación ha señalado que la autonomía de cualquier usuario de los servicios de salud implica la búsqueda previa de su aceptación, por lo que “todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente.”⁷⁹ Este consentimiento es libre en la medida en que “la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños,”⁸⁰ y debe ser informado, puesto que implica la obligación de brindarle al aspirante o trabajador información suficiente, “oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa”⁸¹ sobre los exámenes médicos que debe practicarse y las razones que justifican su realización, de cara a las labores que se van a ejercer.

Bajo este entendido, la Corte ha precisado que “no podría hablarse de un consentimiento

libre y consciente desde el momento en que quien lo otorga no sabe en qué ni por qué.”⁸² Así las cosas, resulta incompatible con esta garantía que un trabajador no conozca en qué consisten los exámenes médicos que le van a realizar, y/o que no se le haya informado sobre los motivos que explican su necesidad.

En este sentido, la Ley 1751 de 2015, artículo 10 numeral (g), establece la garantía de que “la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma”. A su vez, el numeral (k) hace referencia a la protección del derecho a la intimidad en los siguientes términos: “se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine”.

Sumado a lo anterior, el artículo 10 la Ley 1751 de 2015, refuerza las garantías de autonomía e información explicadas con anterioridad, en tanto establece el derecho de los usuarios a: “obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos”⁸³.

Conviene destacar que, en virtud del artículo 15 de la Constitución, la Corte también se ha pronunciado sobre el derecho a la intimidad personal de las personas que padecen VIH, según el cual la información relacionada con su enfermedad debe ser manejada con estricta reserva. Sobre este punto en Sentencia T-426 de 2017 se reiteró que: “la condición de portador del VIH o de enfermo de SIDA pertenece a la esfera íntima o privada, pues al menos, en principio, a la sociedad no le asiste ningún interés legítimo para conocer esta información y su divulgación podría, además, activar las conductas discriminatorias que usualmente

sufren estas personas.” 84

Caso concreto

El ciudadano Juan solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares, los cuales considera vulnerados por la Empresa Sr. Wok, luego de que esta decidiera excluirlo del proceso de selección en el que venía participando para ocupar la vacante de asistente de tesorería, el mismo día en que le practicaron los exámenes médicos de ingreso, en donde le realizaron una prueba serológica e informó padecer VIH. El actor pretende que se ordene a la entidad accionada reanudar su proceso y adelantar la prueba faltante para culminarlo (prueba de polígrafo).

Con base en las pruebas obrantes en el expediente se dará cuenta a continuación de las particularidades que revistieron (a) las etapas correspondientes al proceso de selección en el que participó el accionante y (b) el proceso posterior a la exclusión del actor:

24 de septiembre de 2019, presentó pruebas de conocimiento y Excel

El accionante afirma que el 26 de septiembre la analista de talento humano le expresó que, debido a los buenos resultados arrojados en estas pruebas pasaría a la siguiente etapa.

PASÓ A LA SIGUIENTE ETAPA

27 de septiembre de 2019, se le realizó entrevista con las áreas de psicológica y tesorería.

Los resultados de dicha entrevista no fueron conocidos por el actor.

Se tuvo conocimiento de tales resultados durante el trámite de contestación de la acción de tutela, en donde la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S -Sr. Wok- adjuntó como prueba documental el concepto con fecha del 27 de septiembre de 2019, firmado por la psicóloga y la jefa de tesorería, respecto de la entrevista realizada al actor en donde se anota lo siguiente:

“Juan es una persona con una buena orientación al servicio, reflejado en el momento de su discurso en su experiencia en Coomeva, de igual forma se observa su aceptación por la norma y con buen seguimiento de sus actividades. Como oportunidades de mejora está el enfoque a resultados ya que debe tener un acompañamiento constante para brindar un resultado.”

“Juan es una persona con adecuados conocimientos técnicos enfocados en un adecuado manejo de Excel, manejo de cuadros de caja diarios y conciliación bancaria, en lo que se refiere al cargo. Se visualiza una persona metódica, organizada. Durante el proceso de evaluación técnica y de entrevista, no se evidencia conocimiento en programación y pago a proveedores, manejo de portales bancarios y elaboración de flujo de caja, lo cual se considera el 40% del cumplimiento en la ejecución del cargo. Sin embargo, se podría entrenar en estos temas, tomando mayor tiempo de entrenamiento en el acople y desempeño eficiente del requerido cargo.”⁸⁵

“Como brechas para trabajar, está el ser más persuasivo, ya que puede tener cierta dificultad en convencer o negociar con el equipo de trabajo, competencia que se requiere para el cargo (...) su liderazgo es bajo, lo que no le permite interactuar con los equipos de trabajo de los

cuales debe demandar información para ejecución efectiva del proceso, costándole en ciertas oportunidades enfocarse en el resultado y delegar tareas en el momento que se requiera. (...).”

PASÓ A LA SIGUIENTE ETAPA

30 de septiembre de 2019, en horas de la mañana se le practicaron los exámenes médicos de preingreso laboral en la IPS Procure Salud Ocupacional de Cali.

El accionante informó a la médica que lo atendió que padecía VIH, (hecho que fue aceptado por parte de la IPS Procure Salud Ocupacional).⁸⁶ En el certificado emitido por la referida IPS y enviado a la Empresa Sr. Wok, se anotó que el actor no presentaba restricciones de tipo ocupacional, (finalidad para la cual la Empresa Sr. Wok contrata sus servicios). No obstante, se le practicó un examen serológico, el cual consiste en extraer una muestra de sangre con el fin de detectar la presencia de anticuerpos contra un microorganismo como producto de una infección,⁸⁷ y se utilizan para detectar entre otras, enfermedades de transmisión sexual como el VIH, hepatitis viral, sífilis, entre otras.⁸⁸ A causa de la realización de este examen, se arrojó en el referido certificado, el resultado de serología reactiva, lo cual significa que se hallaron signos de afecciones por las cuales se practican esta clase de exámenes,⁸⁹ y adicionalmente se emitió la siguiente recomendación médica: “solicitar de manera prioritaria evaluación y plan de manejo por alteración en resultado de laboratorio y continuar con su EPS el plan de tratamiento de su patología común por infectología.” ⁹⁰

NO PASÓ A LA SIGUIENTE ETAPA

30 de septiembre de 2019, en horas de la tarde. Prueba de polígrafo

Ese mismo día, en horas de la tarde luego de que le fueron practicados los exámenes médicos de ingreso, el señor Juan recibió una llamada de la Empresa -Sr Wok- en la cual le indicaron que la prueba que le faltaba (prueba de polígrafo) quedaba suspendida por tiempo indefinido y hasta nueva orden.

A continuación, se da cuenta de las particularidades que revistieron el proceso posterior a la eliminatoria del actor:

Explicación requerida por el señor Juan a la Empresa Sr Wok.

Los días 1, 4 y 7 de octubre de 2019, el actor envió correos electrónicos a la analista de talento humano, con el fin de conocer las razones por las cuales su proceso había sido suspendido. Preguntó por qué justo el día en que le practicaron los exámenes médicos de pre ingreso e informó ser portador de VIH su proceso fue suspendido sin una explicación pertinente, respuesta a la cual tenía derecho ya que la vacante era de todo su interés, invirtió su tiempo y dedicación en dicho proceso y renunció a dos ofertas más, esperando un comunicado por parte de la empresa.⁹¹

La empresa no respondió al correo electrónico enviado el 1 de octubre.

La empresa no respondió al correo enviado el 4 de octubre.

El 8 de octubre, la Empresa Sr Wok le respondió al correo electrónico enviado por el actor el 7 de octubre. Agradecieron el interés que había manifestado en la oferta de trabajo y el tiempo dedicado en el proceso de selección pero le indicaron que su candidatura al puesto de trabajo no había prosperado,⁹² sin más explicaciones al respecto.

Bajo el panorama expuesto y con fundamento en las consideraciones que se desarrollaron para resolver los problemas jurídicos planteados en el presente asunto, la Sala procede a resolverlos:

Primer problema jurídico

¿La Empresa Sr. Wok vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares del actor, al excluirlo del proceso de selección laboral que venía cursando para ocupar la vacante de asistente de tesorería, basada en un criterio sospechoso de discriminación?

En las consideraciones de la presente sentencia se precisó que el efectivo goce y materialización del derecho a la igualdad, específicamente a la igualdad de oportunidades, debe ser garantizado tanto por el Estado como por los particulares, quienes están en la obligación de brindar a todas las personas, especialmente a aquellas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y pertenecen a minorías históricamente discriminadas, -como es el caso de quienes padecen VIH o SIDA,- un trato digno, solidario y libre de discriminación a causa de factores accidentales que como este, no inciden en sus aptitudes, de modo que, está prohibido ejercer en su contra, cualquier acto arbitrario o excluyente por razón de su situación, que impida el acceso a oportunidades laborales, académicas o de cualquier índole.⁹³

Se señaló además que, en los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación, o que se presente alguna situación de indefensión, como es el caso de las personas que padecen VIH o SIDA, se activa a favor de quien señala haber sido víctima de un trato excluyente por su enfermedad, la presunción de discriminación, trasladando al acusado el deber de desvirtuar dicha afirmación, mediante razones objetivas, sin connotaciones contrarias a la vigencia del principio de igualdad, para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún acto discriminatorio.⁹⁴

Se advirtió que si bien se reconoce la facultad que tienen las empresas particulares, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad privada y la libertad de empresa, de establecer requisitos de ingreso en los procesos de selección para ocupar un determinado cargo, esta Corte ha establecido al respecto que: (i) no pueden ser establecidas exigencias que impliquen una discriminación o preferencia injustificada; (ii) los requisitos que se fijen deben ser razonables y proporcionales a los fines del cargo a proveer; (iii) la decisión adoptada debe fundamentarse en criterios objetivos; (iv) se debe observar el principio de publicidad y transparencia, de modo que los postulantes sean debidamente advertidos acerca de las exigencias, tengan conocimiento de las condiciones a las cuales se someten y conozcan posteriormente las razones por las cuales no se cumplió con los requisitos exigidos.⁹⁵

Descendiendo al caso concreto, encontramos que la Empresa Sr. Wok expuso, (en el escrito de contestación de la acción de tutela) que la exclusión del actor dentro del proceso de selección se produjo tras determinar que otra aspirante presentó ventajas competitivas sobre el actor por las siguientes razones:

(i) Ser mujer, “lo cual se ajusta de mejor manera al perfil buscado por la compañía, ya que tienen mayor facilidad en el relacionamiento interpersonal, fluidez verbal, persuasión, perseverancia, por el volumen de información que se maneja mayor afinidad para el control y organización de la documentación.”

(ii) Señaló que a diferencia del señor Juan la otra aspirante si cuenta con capacidad de liderazgo, conocimientos en programación, manejo de portales bancarios, conciliaciones bancarias, manejo de caja menor, elaboración de informe y análisis de flujo de caja. Inmediatamente agregó lo siguiente: “esto último es un plus que si bien no se encuentra en el perfil postulado, es de gran aporte para la gestión del área de tesorería.”⁹⁶

Así las cosas, se hace necesario contrastar dicha respuesta con los hechos probados dentro del expediente y los parámetros jurisprudenciales citados con antelación, con el fin de verificar si en efecto los argumentos expuestos por la empresa Sr.Wok logran desvirtuar la presunción de discriminación que opera a favor del actor:

* Frente al primer argumento al que acude la empresa debe señalarse que, las razones por las cuales afirma preferir a una mujer en ese cargo no dejan de ser apreciaciones meramente subjetivas, pues se trata de destrezas que no solo pueden ser atribuibles al género femenino como lo afirma la entidad accionada. En esta dirección debe decirse que el primer argumento expuesto por la empresa para justificar la exclusión del señor Juan del proceso de selección, no se fundamentó en criterios objetivos, tal como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación.

Aunado a lo anterior, la Sala repara en que, si ya la empresa tenía claro que prefería a una mujer en ese cargo, se tornaba innecesario copar el tiempo y disponibilidad del actor. Cabe recalcar que, la Empresa Sr. Wok no acreditó que la mujer por la cual optó, estuviera en el proceso de selección inicial, sino que se trató de una vinculación posterior, hecho que no desdibuja la presunción de discriminación por VIH que opera a favor del actor. Si bien en los procesos de selección se puede puntuar de mayor manera a determinadas poblaciones que han sido víctimas de discriminación histórica, como el caso de las mujeres, es necesario que exista transparencia en dichas directrices y no como ocurrió en este caso.

* Frente al segundo argumento al que acude la empresa Sr. Wok, debe indicarse que algunos de los requisitos por los cuales afirma haber excluido al actor del proceso de selección no hicieron parte de aquellos inicialmente⁹⁷ requeridos y publicados (tener capacidad de liderazgo, conocimientos en programación, manejo de portales bancarios y elaboración de informe). Es decir, en dicha actuación se inobservó el principio de publicidad y transparencia, impidiéndole al señor Juan conocer debidamente las exigencias propias del cargo, tal como lo ha establecido esta Corte.

* Existen contradicciones entre en el concepto de psicología y tesorería del 27 de septiembre de 2019 y el escrito de la contestación de la acción de tutela, emitidos por Empresa Sr. Wok, que dan cuenta de la inobservancia de los principios de buena fe y transparencia respecto de las actuaciones de la entidad accionada. A folios 54 y 55 del expediente se indica que el actor si tiene conocimiento en conciliaciones bancarias y en manejos de cuadros de caja, pero a Folio 43 se afirma que no los tiene. Es decir, algunas de las que en principio cataloga la Empresa Sr. Wok, como aptitudes del accionante, las reseña a su vez, como falencias para el cargo a proveer.

* La empresa Sr. Wok nunca le informó al accionante cuales serían las expectativas reales que debía tener frente al cargo a proveer, nunca supo la equivalencia de cada prueba y tampoco que otra aspirante había sido preferida sobre él, no obstante, la empresa generó expectativas de que se concretaría la vinculación. Dicha circunstancia da cuenta de que es necesario que quienes se incorporen a los procesos de selección, conozcan de qué manera operará el proceso y de qué manera se optará por el trabajador, pues si bien las empresas tienen libertad en definir quiénes y de qué manera se incorporaran, lo cierto es que ello debe ajustarse a los límites constitucionales que impiden sesgos discriminatorios e infringir las reglas del debido proceso.

* Las razones por las cuales la empresa Sr. Wok decidió en principio suspender y luego excluir al accionante del proceso de selección, nunca fueron comunicadas al actor, a pesar de que solicitó en 3 oportunidades una explicación acerca de la suspensión abrupta de su proceso en la última etapa (prueba de polígrafo). En dicha actuación se inobservaron los principios de buena fe, publicidad y transparencia que debieron blindar el debido proceso dentro del proceso de selección que cursó el señor Juan, impidiéndole conocer las razones por las cuales no se cumplió con los requisitos exigidos para el cargo de asistente de tesorería, como lo establece la jurisprudencia de la Corte.

Contrario a ello se mantuvo a la expectativa al señor Juan, quien evidentemente invirtió su

tiempo y disponibilidad en el proceso, pues tenía claro que había logrado avanzar hasta ese punto y que debía esperar una respuesta sobre la reanudación del mismo.

* La decisión adoptada por parte de la empresa para suspender y en consecuencia excluir al accionante del proceso de selección se produjo el mismo día en que se practicaron los exámenes de pre ingreso laboral, en donde informó ser portador de VIH y se le realizó una prueba serológica con resultado reactivo. Lo anterior sin olvidar que el accionante fue llevado hasta la última fase del proceso de selección, pues ya se había programado la prueba de polígrafo para el día siguiente (prueba que en todo caso, como se advirtió en las consideraciones de la presente sentencia, no cuenta con regulación para su uso por parte de empresas que como Sr. Wok se dedican a la producción y venta de comidas⁹⁸).

Bajo ninguna óptica, las mencionadas conductas pueden llegar a ser avaladas por esta Corporación. Para esta Sala los argumentos expuestos por parte de la Empresa Sr. Wok con el fin de desvirtuar la presunción de discriminación que opera a favor del señor Juan al hacer parte de una categoría históricamente marginada, no demuestran que su proceder no constituyó una exclusión basada en un criterio sospechoso de discriminación, contrario a ello se da cuenta de una serie de conductas permeadas de irregularidades desafortunadas, que aparte de desconocer los límites que demarcan los principios de la autonomía de la voluntad privada y la libertad de empresa, derivaron perjuicios morales en contra del accionante, pues se afectaron sus derechos a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares, y con ello se le produjo el sufrimiento que tuvo que soportar al ser segregado del ámbito laboral.

A la luz de lo expuesto, la Sala concluye que la Empresa Sr. Wok vulneró los referidos derechos fundamentales del señor Juan, al excluirlo del proceso de selección laboral, basado en un criterio sospechoso de discriminación, razón por la cual se encuentra en la obligación de indemnizar al actor los perjuicios morales que le causó, corregir en nombre de los

postulados legales y constitucionales que la rigen, las conductas discriminatorias desplegadas en su contra y abstenerse de incurrir nuevamente en comportamientos que atenten contra los derechos fundamentales de los aspirantes que participan en los procesos de selección que convoca.

La indemnización en abstracto

La indemnización en abstracto se encuentra prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, como una de las facultades excepcionales del juez, en aquellos casos en los que se configure el cumplimiento de una serie de requisitos, Veamos:

“INDEMNIZACIONES Y COSTAS. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. (...)”

En relación con la aplicación de dicho artículo, esta Corte señaló en Sentencia C-543 de 1992 que “ese precepto se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución. Se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente⁹⁹ causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea

manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente.”

Tratándose de conductas discriminatorias que han sido ejercidas sobre los accionantes en diferentes ámbitos, esta Corporación ha aplicado la indemnización excepcional de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Por ejemplo, en Sentencia SU-256 de 1996, la Corte ordenó indemnizar en abstracto los perjuicios sufridos por el actor, tras verificarse que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, luego de ser despedido de la empresa a causa del VIH que lo aquejaba y quedar desafiliado del sistema de salud por la misma razón.

Asimismo, en Sentencia T-1090 de 2005, la Corte ordenó indemnizar en abstracto los perjuicios morales sufridos por la tutelante, derivados de la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, luego de que, en razón de su raza, dos discotecas de la ciudad de Cartagena, impidieran el ingreso de la accionante a sus instalaciones.

Dicho lo anterior, la Sala debe precisar que en el presente caso se acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 para imponer a la entidad accionada, la indemnización en abstracto de los perjuicios morales que sufrió el actor, con ocasión de la discriminación que soportó en el proceso de selección laboral que cursó en la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. -Sr.Wok- y la afectación a sus derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso entre particulares, toda vez que:

(i) El señor Juan no dispone de otro medio judicial a través del cual pueda perseguir el resarcimiento de los perjuicios mencionados con antelación;

(ii) Como logró evidenciarse, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares del actor, es una manifiesta consecuencia de las conductas irregulares y discriminatorias en las cuales incurrió la Empresa Sr. Wok en el marco del proceso de selección;

(iii) En el caso concreto la tutela será concedida

(iv) La condena en abstracto de la indemnización de los perjuicios se hace necesaria para asegurar el goce efectivo de los derechos del actor, en la medida en que constituye una medida reivindicatoria y reparadora de las garantías constitucionales infringidas. En este punto se hace necesario advertir que, dado que el proceso de selección en el que participó el accionante culminó y fue contratada otra persona, quien no puede verse afectada con la actuación de la empresa accionada, no es posible ordenar la vinculación laboral del señor Juan, por lo cual, la condena en abstracto resulta ser la medida adecuada de reparación.

En consecuencia, se dispondrá la condena en abstracto dispuesta en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en los términos específicos que más adelante se precisarán.

Segundo problema jurídico

¿La IPS Procare Salud Ocupacional, vulneró el derecho fundamental a la intimidad de Juan, al: (i) practicar la prueba serológica, según la cual es viable identificar infecciones tales como el VIH; (ii) enviar a la Empresa Sr. Wok el certificado médico que contiene el resultado reactivo de la prueba serológica y (iii) emitir recomendaciones que no se relacionan con la capacidad ocupacional para el ejercicio del cargo de asistente de tesorería, sino con el virus que

padece?

Como se expuso en las consideraciones de la presente sentencia, las evaluaciones medicas pre ocupacionales, deben desarrollarse con el respeto y cumplimiento de las siguientes garantías: (i) en ellas solamente se pueden determinar las condiciones de salud física y social del trabajador en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto y acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo que va a desempeñar; (ii) las pruebas serológicas o de detección del VIH están prohibidas en el marco de los exámenes pre ocupacionales, como requisito obligatorio para acceder a cualquier actividad laboral o permanecer en ella; (iii) su realización requiere el consentimiento libre, previo e informado del paciente, ello implica informarle de manera clara, completa y sin engaños sobre los exámenes específicos que deben realizarse y las razones que los justifican y (iv) se debe proteger el derecho a la intimidad del aspirante o trabajador, guardando reserva de los resultados de las pruebas serológicas y su historia clínica ocupacional, remitiendo solamente al empleador el certificado médico en el que se indiquen las restricciones, recomendaciones o condiciones que se requiere adaptar para que el trabajador pueda desempeñar su labor.

En este contexto, las instituciones y el personal de la salud desempeñan un papel fundamental, pues en cualquier circunstancia, el cabal cumplimiento de los deberes que rigen su profesión, evita la configuración de escenarios discriminatorios para las personas que, como en este caso, pretenden acceder a una oportunidad laboral, en función de sus méritos, sus capacidades cognitivas y ocupacionales, y no de factores accidentales que no inciden en el desempeño del cargo a proveer.

Dicho esto, y dando aplicación a las pautas establecidas en la Ley 361 de 1997, el Decreto 1543 de 1997 y la Resolución 2346 de 2007, la IPS Procure Salud Ocupacional, entidad a la cual únicamente le correspondía determinar las condiciones de salud, física, mental y social del actor, relacionadas con la aptitud ocupacional para ocupar el cargo de asistente de tesorería, incurrió en las siguientes malas prácticas:

(i) En el certificado de “consentimiento informado” el accionante declaró que asistió de manera voluntaria a la IPS Procare para la realización de examen médico ocupacional y de pruebas complementarias diagnósticas para establecer su condición de salud y aptitud para el desempeño del cargo al cual aspira. En tal documento se señalaron las pruebas a realizar con la anotación “sin limitarse a estas”. Sobre este punto la Corte ha señalado que “no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento en que quien lo otorga no sabe en qué ni por qué.”¹⁰⁰ Dicha regla cobra efectos justo en este punto, pues se evidencia la mala fe y la forma engañosa en que la IPS pretende validar el consentimiento de quienes se someten a estas pruebas de carácter ocupacional. En este sentido debe entenderse que el señor Juan jamás consintió la realización de la prueba serológica que se le practicó.

(ii) Aunque la IPS ya conocía el diagnóstico del accionante (ser portador de VIH), practicó una prueba serológica, según la cual es viable detectar infecciones como esa y arrojó el resultado de serología reactiva, lo cual significa que se hallaron signos de afecciones por las cuales se practican esta clase de exámenes,¹⁰¹ pese a que la realización de este tipo de pruebas está prohibida para acceder o permanecer en cualquier actividad laboral, de conformidad con los lineamientos proferidos por la Organización Internacional del Trabajo,¹⁰² la jurisprudencia constitucional¹⁰³ y las normas de rango legal que rigen la materia.¹⁰⁴

(iii) Emitió recomendaciones y observaciones relacionadas no con las condiciones que se requieren para el ejercicio del cargo de asistente de tesorería, sino con “la alteración en resultado de laboratorio a causa de su patología por infectología,”¹⁰⁵ a pesar de que eran conscientes de que dicha patología “no le genera limitaciones para el desempeño de su trabajo habitual.”¹⁰⁶ Se tornaba entonces innecesario evidenciar tal información en el certificado que envió a la Empresa Sr. Wok, si de antemano conocía la irrelevancia de dicho aspecto para el desempeño del cargo al que aspiraba el accionante, y finalmente

(iv) Incumplió la obligación constitucional y legal que la rige de guardar estricta reserva de

información confidencial, y a la cual se obligó en el consentimiento firmado por el accionante, donde garantizó que la información sensible sería reservada y que al empleador solo le entregaría el certificado médico de aptitud.¹⁰⁷

A partir de los hechos expuestos, la Corte concluye que la IPS Procure Salud Ocupacional, vulneró el derecho a la intimidad del señor Juan. Para la Sala queda en tela de juicio el cumplimiento de los deberes que enmarcan la conducta ética de la actividad médica y que deben regir las actuaciones de la entidad y de la profesional Leny Andrea Jojoa Pinchao, a quien correspondió efectuar la valoración médica de pre ingreso. Esta Sala les recuerda que la buena fe, la reserva de la información y el secreto profesional, especialmente del diagnóstico de pacientes portadores de VIH o SIDA constituye una pauta de obligatorio cumplimiento para su actividad.

Soluciones judiciales: las órdenes a impartir en la presente sentencia

El caso que en esta oportunidad correspondió revisar y fallar a la Corte, específicamente a la Sala Novena de Revisión, pone en evidencia el escenario de desprotección ante el cual se enfrentan las personas que padecen VIH o SIDA en el marco de un proceso de selección laboral, en el cual, debido a la ausencia de una relación de trabajo constituida, son objeto de tratos excluyentes y discriminatorios, que además terminan siendo invisibilizados.

A ello se suma la negligencia e indiferencia de (i) aquellas entidades encargadas de administrar o prestar el servicio de salud cuando no aplican correctamente las pautas normativas y jurisprudenciales que los rigen, tratándose de las valoraciones de pre ingreso ocupacional que efectúan a los aspirantes a un cargo y (ii) aquellas entidades que de acuerdo a sus funciones de control y vigilancia pueden prevenir este tipo de marginación laboral.

Para tal fin la Sala considera pertinente adoptar una serie de medidas destinadas a indemnizar al actor por los perjuicios morales sufridos y a prevenir la configuración de obstáculos de tinte discriminatorio para quienes como él buscan el acceso a una oportunidad laboral, no solo con el fin de satisfacer su derecho al trabajo, sino todos los que de él se derivan.

En relación con el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, procederá a revocar la Sentencia proferida el 22 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, que negó el amparo invocado en la acción de tutela formulada por Juan contra la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. – Sr. Wok, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la intimidad y al debido proceso en las relaciones entre particulares del ciudadano Juan.

En consecuencia, se condenará en abstracto, conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. -Sr. Wok, el pago de los perjuicios morales causados al señor Juan, con ocasión de la exclusión del proceso de selección que venía cursando para ocupar la vacante de asistente de tesorería, la cual tuvo fundamento en un criterio sospechoso de discriminación.

Para tal efecto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, deberá remitir de manera inmediata copia de esta actuación al juez que por reparto corresponda, para que a través de tramite incidental realice la liquidación¹⁰⁸ de los perjuicios morales causados al accionante, quien deberá tener en cuenta la normatividad legal que al respecto establezca lineamientos, como por ejemplo las disposiciones contenidas en el artículo 64 del Código Sustantivo de

Trabajo sobre la tasación de perjuicios y las demás a que haya lugar.

El tramite incidental deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses posteriores.

En esta dirección, se ordenará al Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, como autoridad judicial de instancia en este asunto, que vigile el cumplimiento de lo establecido en este fallo.

Por último, se hace una recomendación de tipo procesal a la jueza Diana María López Aguirre. No confundir el estudio de fondo del caso, con el análisis de procedencia formal de la acción de tutela. Es necesario que distinga los mencionados planos de análisis, para evitar incurrir en yerros tales como: “negar por improcedente el amparo” fórmula que empleó en el primer ordinal de la parte resolutive de la sentencia que emitió el 22 de octubre de 2019.

En relación con la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. -Sr. Wok

Se condenará en abstracto, conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S. -Sr. Wok, el pago de los perjuicios morales causados al señor Juan, con ocasión de la exclusión del proceso de selección que venía cursando para ocupar el cargo de asistente de tesorería, la cual tuvo fundamento en un criterio sospechoso de discriminación.

Es importante recordarle a Sr. Wok, que sus actuaciones dentro de los procesos de selección laboral que convoca, deben tener estricto apego al respeto de los derechos fundamentales de los aspirantes y a las reglas que rigen el debido proceso en las relaciones entre particulares exigidas por esta Corporación y reiteradas en la presente providencia.

Adicionalmente se le recalca, que los requisitos de ingreso que establezca en los procesos de selección, deberán ajustarse a los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en relación con el cargo al cual aspira la persona, razón por la cual no puede emplear de manera discrecional e injustificada la práctica de la prueba de polígrafo cuando no existen protocolos y condicionamientos que avalen su uso por parte de empresas que como Díaz y Restrepo S.A.S. -Sr. Wok, se dedican a la producción y venta de alimentos. El uso del polígrafo solo se encuentra regulado expresamente para la DIAN109 y para empresas que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Vigilancia Privada.¹¹⁰

En consecuencia, la Sala advertirá a Díaz y Restrepo S.A.S. -Sr.Wok- que, en adelante, aplique los parámetros jurisprudenciales que rigen los procesos de selección laboral decantados en esta providencia y se abstenga de incurrir en conductas discriminatorias que atenten contra los derechos fundamentales de los aspirantes que participan en ellos.

En relación con la Superintendencia Nacional de Salud

Se compulsarán copias a la Superintendencia de Salud, para que, en virtud de sus competencias legales y constitucionales, y con fundamento en lo señalado en esta sentencia, adelante las investigaciones correspondientes en contra de la IPS Procare Salud Ocupacional, por las conductas desplegadas en el marco del examen médico de pre ingreso ocupacional efectuado al ciudadano Juan y de este modo establezca, de ser procedente, la sanción respectiva a que haya lugar.

En relación con la IPS Procare Salud Ocupacional

Se hace necesario instar a la referida entidad, para que en adelante aplique los parámetros normativos y jurisprudenciales desarrollados en la presente sentencia, relacionados con el manejo de la información confidencial del diagnóstico de VIH o SIDA, en el marco de la valoración de pre ingreso ocupacional, de aquellas personas que aspiran a un cargo laboral.

En relación con el Ministerio del Trabajo

Ante los argumentos expuestos por el Ministerio del Trabajo en la contestación de la acción de tutela, en calidad de entidad vinculada,¹¹¹ la Sala considera necesario señalar que las instituciones encargadas de promover el respeto por los derechos de los ciudadanos en el ámbito laboral, desempeñan un rol fundamental en la prevención de toda forma de discriminación que contra ellos se cometa.

Por ejemplo el Ministerio del Trabajo, establece dentro de sus funciones, visión, misión y objetivos,¹¹² promover acuerdos, proteger a los millones de colombianos que se encuentran en capacidad de trabajar, luchar por erradicar la desprotección social, garantizar un adecuado sistema de inspección y vigilancia para proteger los derechos fundamentales en el escenario laboral, de acuerdo a los compromisos adquiridos en función de las pautas normativas y jurisprudenciales de nuestro ordenamiento jurídico y los compromisos internacionales de cooperación que asume, por ejemplo, el convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación (empleo y ocupación).

En esta dirección, no puede el Ministerio del Trabajo, sumarse a la posición indiferente frente a aquellos casos en que se impide a una persona, el acceso a una oportunidad laboral por razones de contenido discriminatorio. No en vano, le han sido conferidas las facultades de inspección, control y vigilancia, mediante las cuales puede propender por la aplicación efectiva de los mandatos normativos y jurisprudenciales, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, en materia laboral.

Bajo las consideraciones expuestas, la Sala estima conveniente exhortar al Ministerio del Trabajo para que, de acuerdo a la metodología que usualmente emplea para cumplir con las competencias legales y constitucionales que le han sido conferidas: (i) fortalezca la capacidad de respuesta y operación del personal encargado de atender las quejas que se suscitan en el ámbito de los procesos de selección laboral por presuntas discriminaciones y (ii) establezca lineamientos para los empleadores tanto de carácter público como privado, en relación con los deberes y obligaciones que deben acatar en el marco de los procesos de selección laboral, de conformidad con las pautas legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

Síntesis

El caso que en esta oportunidad correspondió revisar y fallar a la Corte, específicamente a la Sala Novena de Revisión, deja en evidencia el escenario de desprotección ante el cual se enfrentan las personas que padecen VIH o SIDA en el marco de un proceso de selección laboral, en el cual, debido a la ausencia de una relación de trabajo constituida, son objeto de tratos excluyentes y discriminatorios que terminan siendo invisibilizados. A ello se suma la indiferencia y negligencia de aquellas instituciones y autoridades a las cuales les corresponde administrar el servicio de salud y prevenir este tipo de marginación en el campo laboral.

De cara a las pruebas que obran en el expediente,¹¹³ la Sala acreditó la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana y al debido proceso en las relaciones entre particulares del señor Juan, por parte de la Empresa Sr. Wok.

A pesar de que la empresa negó haber excluido al accionante del proceso de selección a causa del VIH que padece, no logró desvirtuar la presunción de discriminación¹¹⁴ que opera a favor del actor, por el mismo factor. Contrario a ello se evidenció que la entidad accionada desconoció los límites que demarcan los principios de la autonomía de la voluntad privada y la libertad de empresa, de conformidad con las reglas generales que rigen el debido proceso en las relaciones entre particulares, en el contexto de un proceso de selección laboral.¹¹⁵

Asimismo, se evidenció la vulneración del derecho a la intimidad del accionante, por parte de la IPS Procare, Salud Ocupacional. La IPS contratada por la Empresa Sr. Wok para practicar los exámenes de pre ingreso ocupacional al señor Juan se extralimitó en sus facultades y reveló en el certificado médico que posteriormente le envió a la entidad accionada, información confidencial relacionada con el estado serológico del accionante. Conducta que además de innecesaria, dada la irrelevancia de su condición serológica, para el ejercicio del cargo al cual aspiraba, desconoció los lineamientos internacionales,¹¹⁶ constitucionales¹¹⁷ y legales¹¹⁸ que proscriben este tipo de actuación.¹¹⁹

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia proferida el 22 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, que negó el amparo invocado en la acción de tutela formulada por

Juan contra la Empresa Díaz y Restrepo S.A.S.¹²⁰ – Sr. Wok,¹²¹ para en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en relación con el acceso al trabajo, a la no discriminación, a la dignidad humana, a la intimidad y al debido proceso en las relaciones entre particulares del ciudadano Juan.

SEGUNDO.- CONDENAR EN ABSTRACTO, conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la Empresa Sr. Wok, el pago de los perjuicios morales causados al ciudadano Juan, con ocasión de la exclusión del proceso de selección que venía cursando para ocupar el cargo de asistente de tesorería, la cual tuvo fundamento en un criterio sospechoso de discriminación. Como consecuencia ORDENAR al Juzgado Primero Civil Municipal de Cali que remita inmediatamente copia del Expediente T-7.806.744, incluida esta sentencia, al Juez que por reparto corresponda, para que a través de tramite incidental, realice la liquidación de los perjuicios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tramite incidental deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses posteriores.

TERCERO.- ADVERTIR a Díaz y Restrepo S.A.S. -SR.WOK- que, en adelante se abstenga de incurrir en conductas discriminatorias que atenten contra los derechos fundamentales de los aspirantes que participan en los procesos de selección que convoca. Cabe recordarle que, sus actuaciones deben guardar estricto apego al respeto por las garantías constitucionales y el cumplimiento de las reglas del debido proceso en las relaciones entre particulares exigidas por esta Corporación y reiteradas en la presente providencia.

CUARTO.- EXHORTAR al MINISTERIO DEL TRABAJO para que, de acuerdo a la metodología que usualmente emplea para cumplir sus funciones: (i) fortalezca la capacidad de respuesta y operación del personal encargado de atender las quejas que se suscitan en el ámbito de los

procesos de selección laboral por presuntas conductas discriminatorias y (ii) establezca lineamientos para los empleadores tanto a nivel público como privado, en relación con los deberes y obligaciones que deben acatar en el marco de los procesos de selección laboral, según las pautas constitucionales, legales y jurisprudenciales que regulan la materia y que fueron reiteradas en la presente sentencia.

QUINTO.- COMPULSAR COPIAS del Expediente T-7.806.744, incluida esta sentencia, a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que, en virtud de sus facultades constitucionales y legales, y con fundamento en lo señalado en esta sentencia, adelante las investigaciones correspondientes en contra de la IPS Procure Salud Ocupacional, por las conductas desplegadas en el marco del examen médico de pre ingreso ocupacional efectuado al ciudadano Juan, y de este modo establezca, de ser procedente, la sanción respectiva a que haya lugar.

SEXTO.- INSTAR a la IPS Procure Salud Ocupacional,¹²² a que en adelante aplique los parámetros normativos y jurisprudenciales decantados en la presente sentencia, relacionados con la protección del derecho a la intimidad de sus pacientes y la reserva de información de aquellos elementos que resulten irrelevantes para los fines del ejercicio del cargo laboral al que aspira la persona, en el marco de la valoración médica de pre ingreso ocupacional, especialmente, tratándose del diagnóstico estrictamente reservado de quienes padecen VIH o SIDA.

SÉPTIMO.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional, así como al Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, que adopten las medidas necesarias para reservar la identidad del accionante, dentro de las actuaciones que se surtan en el marco de este proceso, esto con el fin de salvaguardar la intimidad del actor.

OCTAVO.- ORDENAR al Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, que fungió como autoridad

judicial de instancia en el presente asunto, que vigile el cumplimiento de lo establecido en este fallo.

NOVENO.- Por Secretaría General de esta Corporación LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

PAOLA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

A LA SENTENCIA T-031/21

Referencia: Expediente T-7.806.744

Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos

1. Con el debido respeto por las decisiones de la Sala de Revisión, suscribo este salvamento parcial de voto en relación con la sentencia de la referencia. En mi concepto, la Corte ha debido confirmar parcialmente la decisión proferida por el juez de primera instancia, porque a pesar de que la IPS Procare Salud Ocupacional vulneró el derecho fundamental a la

intimidad del accionante, la empresa Díaz y Restrepo S.A.S. (en adelante, la “accionada”) no vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, dignidad humana y debido proceso. Esto, por cuanto la accionada acreditó que: (i) al momento de concluir el proceso de selección no conocía la patología del accionante, (ii) la selección de la persona para ocupar el cargo de “asistente de tesorería” se fundó en factores objetivos, que no en criterios subjetivos o sospechosos de discriminación, y, por último, (iii) en desarrollo de su objeto social ya ha vinculado, entre otras, a personas portadoras de VIH; lo cual, constituye un indicio de no discriminación. Además, por estas razones, en el asunto sub examine es improcedente el reconocimiento y el pago de la indemnización en abstracto prevista por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

1. La accionada acreditó que al momento de concluir el proceso de selección no conocía la patología del accionante. Primero, porque el resultado “reactivo” de una prueba de serología no implica de manera necesaria que una persona es positiva para VIH. Segundo, porque, en todo caso, de la observación “resultado reactivo” que se refiere en el certificado de salud ocupacional remitido por la IPS Procure Salud Ocupacional a la accionada, no se sigue, de forma necesaria, un diagnóstico positivo de VIH. Esto, por cuanto no especifica el tipo de infección o microorganismo particular que fue detectado¹²³.

1. La accionada demostró que la selección de la persona para ocupar el cargo de “asistente de tesorería” se fundó en factores objetivos, que no en criterios subjetivos o sospechosos de discriminación. En particular, la selección de otra persona para ocupar el cargo de “asistente de tesorería” se fundamentó en las aptitudes necesarias para desempeñar dicho cargo, a saber: (i) contar con conocimientos en programación, (ii) pago de proveedores, (iii) manejo de portales bancarios, (iv) conciliaciones bancarias, (v) manejo de caja menor, (vi) elaboración de informes y (vii) análisis de flujo de caja. Además, contrario a lo expuesto por la sentencia, no existe contradicción entre los informes de selección laboral allegados por la accionada y la respuesta en sede de tutela –folios 42 a 44 y 54 a 55–. De acuerdo con las pruebas allegadas a este proceso, tanto el informe del proceso de selección laboral –aportado por la accionada– como la respuesta de la accionada en sede de tutela indican que

el accionante no contaba con tales aptitudes, mientras que la persona seleccionada sí.

1. En desarrollo de su objeto social la accionada ha vinculado, entre otras, a personas portadoras de VIH. Esto constituye un indicio de no discriminación en su favor, que la Sala ha debido valorar en el asunto sub examine. En efecto, según las pruebas allegadas por la accionada al proceso de tutela, (i) de 690 empleados actualmente vinculados 346 son mujeres, (ii) en la actualidad cuentan con 34 empleados reubicados o con recomendaciones médico-laborales, (iii) tiene un proyecto para la vinculación de personas que hubieran cumplido con condena judicial y, en concreto, (iv) ya contó dentro de sus empleados con una persona portadora de VIH, que estuvo vinculada laboralmente hasta que le fue reconocida pensión de invalidez¹²⁴.

1. Por último, considero que la IPS Procure Salud Ocupacional vulneró el derecho fundamental a la intimidad del accionante, por cuanto no existió un consentimiento libre, previo e informado del paciente -accionante- respecto de las pruebas de serología practicadas. En mi criterio, en casos como el presente, la realización de pruebas serológicas requiere el consentimiento libre, previo e informado del paciente. Esto implica informar, de manera clara y completa, sobre los exámenes que se deben realizar, así como las razones que los justifican. En cualquier caso, se debe proteger el derecho a la intimidad del aspirante o trabajador, guardando reserva de los resultados de las pruebas serológicas y su historia clínica. Por tanto, solo se puede remitir al empleador el certificado médico en el que se indiquen las restricciones, recomendaciones o condiciones que se requiere adaptar para el ejercicio del cargo a desempeñar.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

1 Conformada por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

3 En la carrera 37 N° 10-303, Parque la Esperanza en el Municipio de Yumbo- Cali.

4 Folio 14 del Expediente.

5 En el escrito de contestación de la acción de tutela, la IPS Procure Salud Ocupacional confirmó que el señor Juan si informó sobre su condición médica.

6 Fue citado a las 10:00 am en la calle 6 N° 2-36, Edificio Campanario en Santiago de Cali.

7 Folio 9 del Expediente.

8 Folio 12 del Expediente.

9 Afirma que recibió un correo electrónico de empleos@colombiaempleos.com, página de internet donde había inscrito su hoja de vida. Folio 15 del Expediente.

10 Folio 16 del Expediente.

11 “Análisis de sangre para detectar la presencia de anticuerpos contra un microorganismo. Permite determinar si una persona ha estado expuesta a un microorganismo particular”. Información extraída de <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4058/prueba-serologica>. “La serología es una prueba analítica en la que se busca la presencia de anticuerpos frente a un virus, bacteria u otra molécula en la sangre o en una secreción corporal. Por lo tanto, tener anticuerpos frente al VIH significa que la serología frente al VIH es positiva. Información extraída de <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud.html>.

12 “Un resultado de la prueba reactivo indica que los signos de la afección por la cual se hace la prueba están presentes”. <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4058/prueba-serologica>.

13 Folio 43 del Expediente.

14 Folio 43 del Expediente.

15 Folio 43 del Expediente.

16 Folio 46 del Expediente.

17 Folio 59 del Expediente.

18 Estas reglas fueron reiteradas en las providencias T-083 de 2016 y T-291 de 2016.

19 “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.”.

20 “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto.” Debe señalarse que en el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, el cual conforma el enunciado capítulo III, establece aquellos casos frente a los cuales procede la acción de tutela contra particulares.

21 Sentencias T-461 de 2015, T- 690 de 2015, entre otras.

22 Artículo 42. “Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud (...).”

23 Sentencia SU-241 de 2015.

24 Sentencia T-038 de 2017.

25 “la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se

sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario²⁵; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia²⁵. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros. El examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. Sentencias T-789 de 2003, T-456 de 2004, T-328 de 2011, T-079 de 2016, entre otras.

26 Sentencias T-468 de 1999 y T-582 de 2010.

27 Sentencias T-196 de 2018 y T-557 de 2017.

28 Sentencia T-154 de 2008.

29 Virus de Inmunodeficiencia Humana.

30 Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

31 Sentencia T-033 de 2018: “Debido a las características específicas de esta enfermedad y a sus nefastas consecuencias, la Corte Constitucional ha manifestado (i) que el portador de VIH requiere una atención reforzada por parte del Estado, (ii) que no solo tiene los mismos derechos de las demás personas, sino que las autoridades están en la obligación de ofrecerle una protección especial con el propósito de defender su dignidad y evitar que sean objeto de discriminación, y (iii) que su situación particular representa unas condiciones de debilidad manifiesta que lo hacen merecedor de una protección constitucional reforzada.”

32 Sentencias T-948 de 2008, T-513 de 2015 y T-033 de 2018.

33 Sentencia T-291 de 2016.

34 Ver por ejemplo Sentencias T-948 de 2008, T-878 de 2012 y T-033 de 2018.

35 Entidad que en razón de sus funciones está en la obligación de investigar y sancionar conductas de naturaleza discriminatoria en el ámbito laboral.

36 Es claro que, en la etapa precontractual, en la que está de por medio la del empleo, no existe un mecanismo eficiente e idóneo que permita la reclamación, ni que sea efectiva ante la afectación de los derechos fundamentales que puedan verse concernidos.

37 Ello, dada la naturaleza no solo descriptiva sino prescriptiva (de aplicación inmediata), de las normas constitucionales. Sobre este aspecto la Corte ha precisado que: “(...) en virtud del principio de solidaridad social es obligación del Estado y de los mismos particulares proteger a quienes están en una condición de debilidad manifiesta y en caso de incumplirse con esa carga, la autoridad competente tiene la facultad de intervenir y disuadir el incumplimiento”. Sentencias T- 490 de 2010 y T-033 de 2018.

38 En cuanto a los derechos fundamentales como parámetro y límite de las relaciones entre particulares, este Tribunal en Sentencia T-247 de 2010 señaló: “pensar en desarrollar parámetros de igualdad real excluyendo la vinculación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares resultaría un contrasentido a los principios esenciales de un Estado cuyo valor más destacado es la búsqueda de una verdadera igualdad, una igualdad real. Esta razón sirve para afirmar que, al ser uno de los elementos fundamentales del Estado, es contradictorio entender que las relaciones entre particulares se realizan en una especie de burbujas inmunes a la eficacia iusfundamental de postulados constitucionales, de manera que lo que allí ocurra no estará sometido a desarrollar, ni respetar los límites y mínimos de corrección derivados de la dignidad humana.” (Negrilla fuera del texto original)

39 la Corte ha definido como criterios orientadores de la igualdad, la proporcionalidad, por un lado, en la medida en que la misma procura la adecuación entre la necesidad y la forma protectora, y la razonabilidad por otro, que busca conservar el equilibrio, evitar conductas arbitrarias, la discrecionalidad infundida y la discriminación Sentencia T-635 de 2003.

40 Sentencia T-624 de 1995.

41 Sentencia T-463 de 1996.

42 Virus de Inmunodeficiencia Humana.

43 Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida.

44 “El descubrimiento del VIH a comienzos de la década de los ochenta y de las graves consecuencias que la correspondiente enfermedad del SIDA tiene sobre la salud humana dio lugar a una situación de miedo global que rápidamente se tradujo en la estigmatización y discriminación de quienes lo padecían. Como se mencionó en el numeral 1.3 supra, el SIDA se asoció con grupos históricamente discriminados como, entre otros, los compuestos por la población masculina homosexual y (...)”. Sentencia C-248 de 2019. En el mismo sentido esta Corte ha reiterado la especial protección constitucional que ostentan las personas con VIH, al tratarse de un grupo históricamente discriminado. Ver, por ejemplo, Sentencias T-033 de 2018, T-099 de 2015, T-376 de 2013, T-948 de 2008, entre otras.

45 Artículos 1, 13, 47 y 48 de la Carta Política.

46 Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo; la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la Declaración Política sobre VIH/SIDA (2006); el Plan Subregional Andino de VIH (2007-2010), el Convenio N° 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) y la Recomendación N° 200 sobre el VIH y el SIDA de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

47 Sentencia T-033 de 2018.

48 Sentencia T-769 de 2007.

49 Sentencia T-1218 de 2005.

51 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.”

52 Ley 361 de 1997.

53 Sentencias T-371 de 2015, T-291 de 2016 y T-376 de 2019.

54 Sentencias T-878 de 2012, T-628 de 2012, T-376 de 2013, T-375 de 2016, T-033 de 2018, entre otras.

55 Sentencia T-033 de 2018.

56 Sentencias T-247 de 2010, T-083 de 2010, T-694 de 2013, T-054 de 2018, entre otras.

57 Sentencias T-738 de 2011, T-694 de 2013, entre otras.

58 Sentencias T-463 de 1996, T-247 de 2010, T-694 de 2013, T-407 de 2018, entre otras.

59 Sentencias T-463 de 1996, T-694 de 2013 y T-247 de 2010.

60 Sentencia T-463 de 1996.

61 Sentencia T-463 de 1996.

62 Sentencia T-463 de 1996.

63 Sentencia T-694 de 2013.

64 El uso del polígrafo ha sido reglamentado por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo a lo establecido en la Resolución 000050 de 2019.

65 Tal como se establece en las Resoluciones 2593 de 2003, 2852 de 2006 y 2417 de 2008.

66 https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf

67 Sentencia 01053 de 2019.

68 “Por medio de la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales.” Resolución del Ministerio de la Protección Social.

69 Resolución 2346 de 2007.

70 Recomendación N° 200 sobre el VIH y el SIDA

71 Sentencia T-305 de 2020.

72 Decreto 1543 de 1997.

73 Prueba serológica. Glosario del VIH/SIDA. Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. Consultado en:

<https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4058/prueba-serologica>

74 Serología. Enciclopedia Médica. MedilinePlus. Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. Consultado en: <http://www.funsepa.net/medlineplus/spanish/ency/article/003511.htm>

Prueba serológica para la sífilis (VDRL). MedilinePlus. Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. Consultado en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003515.htm>

75 Dicha disposición no solo cubre a quienes ya han establecido una relación laboral sino a aquellos que hasta ahora están en la fase de reclutamiento o selección, previa a la contratación. Parágrafo 2, Recomendación N° 200 sobre VIH y SIDA de la Organización Internacional del Trabajo.

76 definida como: “la marca social que, cuando se asocia a una persona, suele causar marginación o constituir un obstáculo para el pleno disfrute de la vida social de la persona infectada o afectada por el VIH.” Parágrafo 1, apartado D, Recomendación N° 200 sobre VIH y SIDA de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-.

77 Recomendación N° 200 de la OIT.

78 En esta Sentencia se resolvió el caso de una mujer que fue despedida de su lugar de trabajo por encontrarse en estado de embarazo. La Corte reprochó la práctica del examen serológico y la prueba de embarazo realizados a la accionante, y las irregularidades que permearon el proceso, sobre todo en lo atinente al consentimiento libre previo e informado que debió emitir la tutelante, la Corte reiteró que los exámenes de esta naturaleza están prohibidos a la luz de las pautas internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano que regula el tema, debido a que “generalmente se trata de prácticas encaminadas a discriminar a las mujeres gestantes y/o a las personas que tienen alguna enfermedad de transmisión sexual.” Bajo este panorama, la Corte amparó los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, a la autonomía, a la intimidad y a la información de la accionante, por lo que además de ordenar su reintegro, condenó a la entidad, a pagar las

prestaciones sociales dejadas de cancelar desde la fecha en que se produjo el despido, así como la indemnización prevista en el inciso 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

79 Sentencias T-401 de 1994, T-452 de 2010, T-305 de 2020, entre otras.

80 Sentencias SU-337 de 1999, T-305 de 2020, entre otras.

81 Sentencias T-059 de 2018, T-305 de 2020, entre otras.

82 Sentencias T-452 de 2010, T-305 de 2020, entre otras.

83 Literal d).

84 Sentencia T-426 de 2017. El artículo 35 del Decreto 1543 de 1997, expresamente excluye la obligación del empleado de informar la condición de portador del VIH a su empleador. Así las cosas, esta información no puede ser divulgada o publicada a menos que opere el consentimiento del titular del derecho a la intimidad.

85 Folios 54 y 55 del Expediente.

86 Folio 59 del Expediente.

87 Prueba serológica. Glosario del VIH/SIDA. Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. Consultado en: <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4058/prueba-serologica>

88 Serología. Enciclopedia Médica. MedilinePlus. Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. Consultado en: <http://www.funsepa.net/medlineplus/spanish/ency/article/003511.htm>

Prueba serológica para la sífilis (VDRL). MedilinePlus. Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. Consultado en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003515.htm>

Serología VDRL. Exámenes médicos. Comfandi. Consultado en: <https://www.comfandi.com.co/persona/cali/salud/examenes/serologia-vdrl>

89 “Un resultado de la prueba reactivo indica que los signos de la afección por la cual se

hace la prueba están presentes”. Información extraída de la página señalada en <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4058/prueba-serologica>.

90 Folios 53 y 54 del Expediente.

91 Folio 9 del Expediente.

92 Folio 12 del Expediente.

93 Sentencias T624 de 1995, T-635 de 2003, entre otras.

94 Sentencias T-878 de 2012, T-628 de 2012, T-376 de 2013, T-375 de 2016, y T-033 de 2018, entre otras.

95 Sentencias T-463 de 1996 y T-694 de 2013.

96 Folio 43 del Expediente.

97 “Grupo Empresarial de Cadenas de restaurantes solicita analista de tesorería, tecnólogo o estudiante universitario de carreras contables, administrativas o financieras, con experiencia mínima de dos (2) años en el área de tesorería, con conocimiento en recaudos, cuentas por pagar, cuadre de caja menor y preferiblemente de punto de venta, análisis de información. Importante manejo de Excel intermedio (tablas dinámicas (...)) disponibilidad de viajar: no, disponibilidad de cambio de residencia: no, área de trabajo: contabilidad / finanzas, contrato: tiempo completo, Jornada: contrato a término indefinido, salario: \$1.080.000,00 (mensual)”. Folio 11 del Expediente

98 Así se señala en el objeto social del certificado de existencia y representación legal de la empresa. Folio 47 del Expediente.

99 En Sentencia T-375 de 1993, esta corporación estableció que, tratándose del perjuicio debe existir una prueba mínima sobre su ocurrencia la cual se define conforme al concepto de daño emergente previsto en el artículo 1614 del Código Civil. A partir de estos elementos se colige que la indemnización en abstracto se limita al perjuicio o pérdida que proviene de la vulneración del derecho fundamental.

100 Sentencias T-452 de 2010, T-305 de 2020, entre otras.

101 “Un resultado de la prueba reactivo indica que los signos de la afección por la cual se hace la prueba están presentes”. Información extraída de la página señalada en <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4058/prueba-serologica>.

102 Recomendación N° 200 sobre el VIH y el SIDA.

103 Sentencia T-305 de 2020.

104 Decreto 1543 de 1997.

105 Folio 53 del Expediente.

106 Folio 53 del Expediente.

107 Folios 61 y 62 del Expediente.

108 En cuanto a la liquidación, esta Corporación ha señalado que “no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales”. Sentencias C- 543 de 1992, T-362 de 2006, entre otras.

109 El uso del polígrafo ha sido reglamentado por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo a lo establecido en la Resolución 000050 de 2019.

110 Tal como se establece en las Resoluciones 2593 de 2003, 2852 de 2006 y 2417 de 2008.

111 La entidad solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela al considerar que el actor cuenta con la posibilidad de adelantar un proceso ordinario laboral. Agregó que las facultades de vigilancia que le han sido otorgadas al Ministerio del Trabajo no pueden invadir la competencia de la Jurisdicción Laboral. Folios

112 Función, misión, visión y objetivos que reconoce y publica en su página Web <https://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/el-ministerio/nuestra-funcion/presentacion-del-ministerio>.

113 Páginas 3 a 5 de la Sentencia.

114 Sentencias T-878 de 2012, T-628 de 2012, T-376 de 2013, T-033 de 2018, entre otras.

115 Reglas contempladas en Sentencias T-463 de 1996, T-694 de 2013, entre otras.

116 Recomendación N° 200 sobre el VIH y el SIDA de la Organización Internacional del Trabajo.

118 Decreto 1543 de 1997.

119 Pautas establecidas en la Ley 361 de 1997, el Decreto 1543 de 1997 y la Resolución 2346 de 2007. También han sido reiteradas en Sentencias T-469 de 2007, T-426 de 2017 y T-033 de 2018.

120 Carrera 37 N°10-303 Bodega 20 Acopi – Yumbo, Valle, Tel: 3216487379.

121 Carrera 37 N° 10-303 -Parque la Esperanza Acopi- Valle del Cauca, Teléfono: 3104682862, correo electrónico: Recursoshumanos3@srwok.com.

122 Calle 26n N° 6n 55, Cali – Valle, Teléfono: (2) 4862971, celular: 316 3273739, correo electrónico: rednacional@procaresalud.com.

123 La prueba de serología consiste en un análisis de sangre para detectar la presencia de anticuerpos contra un microorganismo particular. Por tanto, para concluir que dicha observación indicaba que el accionante era positivo para VIH, debía especificar el tipo de infección o microorganismo. Cfr. Guía de práctica clínica (GPC) basada en la evidencia científica para la atención de la infección por VIH/Sida en adolescentes (con 13 años de edad o más) y adultos. GPC-2014-39. Disponible en: http://gpc.minsalud.gov.co/gpc_sites/Repositorio/Otros_conv/GPC_VIH_adolescentes/GPC_Comple_VIHADULTOS_web.pdf

124 Folios 43 a 44.