

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

(i) el diagnóstico del peticionario dificultó sustancialmente el desempeño de sus funciones; (ii) su condición médica fue conocida por el empleador antes de que finalizara el contrato; (iii) el despido se produjo sin contar con autorización previa del Ministerio del Trabajo; y (iv) la accionada no desvirtuó la presunción por despido discriminatorio que opera ante la falta de aval de la autoridad laboral.

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

(...) esta acción procede excepcionalmente para cuestionar la terminación del contrato de trabajo, cuando se trata de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y [solicitan la protección] del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada.

DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACION DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Fundamento constitucional, legal y jurisprudencial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-No se circunscribe a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda sino también quienes experimentan una afectación de salud

PRESUNCION DE DESPIDO DISCRIMINATORIO Y PROTECCION A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

(...) la estabilidad laboral reforzada se concreta en una prohibición de despido discriminatorio

hacia quienes se encuentran amparados por dicha prerrogativa. De manera que la pretermisión del trámite ante la autoridad laboral “acarrea la presunción de despido injusto”. Por consiguiente, se invierte la carga de la prueba y corresponde al empleador acreditar una causa objetiva para terminar el contrato de trabajo

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Protección cualificada a portadores de enfermedades crónicas y degenerativas (Esclerosis Lateral Amiotrofia-ELA)

Referencia: Expediente T-8.061.394.

Acción de tutela promovida por José Rivera Ibarra contra Esmeraldas Mining Services S.A.S.

Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá.

Asunto: Procedencia de la tutela para garantizar la estabilidad laboral reforzada.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo emitido el 7 de diciembre de 2020 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, que revocó la decisión de primera instancia, dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo para, en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela formulada por José Rivera Ibarra.

El asunto llegó a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la mencionada autoridad judicial. El

26 de febrero de 2021, la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de esta Corporación escogió el caso para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El 20 de octubre de 2020, el señor José Rivera Ibarra presentó acción de tutela en contra de Esmeraldas Mining Services S.A.S. El actor solicitó que, como medida de protección de los derechos a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, se ordene su reintegro laboral, la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social desde su desvinculación y sin solución de continuidad, y el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario.

A. Hechos y pretensiones¹

1. El accionante tiene 57 años². Trabajó como fontanero de una mina ubicada en Muzo, Boyacá, en la que la empresa Esmeraldas Mining Services S.A.S adelanta labores de extracción de diferentes materiales. Indicó que la relación laboral se extendió entre el 6 de julio de 2011 y el 1º de octubre de 2020, mediante contrato a término indefinido³, y que en el 2013, en vigencia del contrato, fue diagnosticado con Esclerosis Lateral Amiotrófica (en adelante ELA).

2. Manifestó que, después de dos años de labores en la empresa, “(...) [l]e apareció una enfermedad en las manos y los brazos”⁴ motivo por el cual “(...) la empresa [lo] envió a controles médicos y demás exámenes (...) con ortopedista, neurología fisiatría, determinando como diagnóstico Esclerosis Lateral Amiotrofia (ELA)”⁵. En consecuencia, desde 2018, se le prescribió tratamiento médico ininterrumpido con Riluzol de 50 mg cada 12 horas y control con neurología cada tres meses⁶.

3. En el año 2019, como consecuencia de sus antecedentes de ELA, tuvo diagnóstico de laringitis crónica y trastornos de la articulación “temporomaxilar”, y fue remitido a otorrinolaringología. Luego, en el año 2020, asistió a la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José- para control y seguimiento con el médico internista. En el marco de este seguimiento los especialistas conceptuaron que “(...) necesita ayuda para actividades motoras finas realizadas con las manos, fasciculaciones” ⁷.

4. Expresó que, con ocasión de la pandemia por el COVID-19, la EPS MEDIMAS no le ha otorgado citas para continuar con el tratamiento por neurología ni le ha entregado el medicamento Riluzol que ya tenía autorizado. Igualmente, expuso que está a la espera de la reactivación de su afiliación.

6. Afirmó que, a pesar de esas patologías, la empresa no lo reubicó en otras labores ni lo remitió a medicina laboral. Por lo tanto, continuó con el desarrollo de sus funciones ya que, tanto él como su hija, dependían totalmente de su salario y, difícilmente, podía reubicarse laboralmente debido a su delicado estado de salud⁹.

7. El actor explicó que a pesar de los padecimientos derivados de la enfermedad ELA, la sociedad accionada terminó el vínculo sin considerar que gozaba de estabilidad laboral reforzada. Además, indicó que la empresa no solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo, lo cual desconoce el artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹⁰.

8. Por lo anterior, el actor invocó la protección de los derechos a la vida digna, igualdad, trabajo, a la seguridad social, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, solicitó al juez de tutela ordenar a la demandada: (i) el reintegro al mismo puesto de trabajo que tenía antes del despido o a uno equivalente, en atención de las recomendaciones médicas; (ii) el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el 1º de octubre de 2020, sin solución de continuidad; (iii) alternativamente, en caso de no ordenarse el reintegro, asumir los aportes a seguridad social hasta cuando se defina su situación médico laboral; y, (iv) el reconocimiento de la indemnización equivalente a 180 días de salario¹¹.

B. Actuaciones en sede de tutela

El 21 de octubre de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo admitió la tutela y ofició al representante legal de Esmeraldas Mining Services S.A.S. para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

Intervención de Esmeraldas Mining Services S.A.S.

La sociedad accionada solicitó declarar improcedente la tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Considera que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente

para resolver la controversia planteada por tratarse de pretensiones de índole legal y económica. Resaltó que la terminación del contrato de trabajo acaeció por una causa objetiva consistente en la “disminución de las actividades de la mina y de su Área como Obrero de HSE, con ocasión de la pandemia del CORONAVIRUS (COVID- 19), declarada por la OMS”¹². Señaló que debido a la evidente disminución de operaciones de la compañía, “la cual en estos momentos se encuentra aproximadamente en un 60%”, el día que terminó el contrato con el accionante también fueron despedidos 53 trabajadores más¹³. Además, indicó que la actuación cuestionada se fundamentó en la normativa laboral aplicable y vigente que autoriza la terminación unilateral del contrato con el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa¹⁴. Este hecho, aseguró, desvirtúa la existencia de discriminación por la situación de salud del trabajador.

Por otra parte, explicó que en el caso no operó la garantía de estabilidad laboral reforzada porque durante la vigencia del contrato el accionante no reportó incapacidades, órdenes de reubicación o calificaciones de pérdida de capacidad laboral. Esta circunstancia demuestra que las enfermedades referidas por el actor no impidieron el desarrollo de sus labores. Adicionalmente, indicó que no probó que estuviera en algún tratamiento médico, tuviera una discapacidad o que su capacidad laboral se redujera, por causa de sus padecimientos. Además, no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues la pérdida del trabajo, por sí misma, no lo constituye, y no demostró la vulneración de sus derechos fundamentales ni su incapacidad económica. En consecuencia, el trabajador no se hallaba en circunstancia de debilidad manifiesta y no resultaba imperativa la autorización del Ministerio del Trabajo para desvincularlo.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El 3 de noviembre de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo negó el amparo invocado. Consideró que la tutela no satisfizo el requisito de subsidiariedad, ya que la jurisdicción ordinaria es el escenario idóneo para reclamar pretensiones económicas derivadas de la relación laboral. Por otro lado, no advirtió la afectación de los derechos del actor que habilite la intervención del juez constitucional porque el contrato a término indefinido finalizó con base en una causa objetiva, legalmente autorizada a los empleadores,

y previa liquidación y pago de los salarios, las prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto. Además, el peticionario no probó que la accionada conociera sus enfermedades ni que se encontraba en situación de debilidad manifiesta, careciera del mínimo vital o que se hubiese configurado un perjuicio irremediable con ocasión del despido. En virtud de lo anterior, concluyó que no había un nexo entre la terminación del vínculo y el estado de salud del trabajador.

Asimismo, aseguró que el accionante se rehusó a recibir la orden de examen médico de egreso y, de esta forma, limitó la oportunidad de que sus padecimientos quedaran reflejados en tal experticia y fueran conocidos por la empresa.

Impugnación

El actor impugnó la decisión de primera instancia. Resaltó que la demandada sí conocía su situación ya que anualmente realizaba exámenes médicos generales a los empleados, a través de salud ocupacional. Los resultados de esos procedimientos reposan en su historia clínica ocupacional. Además, explicó que el examen de egreso se realizó el 5 de octubre de 2020¹⁵. Indicó que solicitó copia de los resultados a la sociedad demandada¹⁶ y a la entidad Salud Ocupacional Los Andes¹⁷, las cuales no han sido resueltas. En este sentido, aseguró que el juzgado omitió considerar su solicitud de pruebas oficiosas para que la accionada aportara al proceso copias de “las evaluaciones médicas de ingreso, periódicas y de egreso (...) análisis de salud ocupacional realizadas al puesto de trabajo (...) planillas de pagos de salarios, aportes a seguridad social y liquidación”. Estos elementos resultaban indispensables para adoptar la decisión.

Igualmente, el juez de instancia ignoró que la historia clínica evidencia la gravedad de sus patologías. La tipología y la evolución de su enfermedad degenerativa exigen continuar con el tratamiento y el suministro de medicamentos de forma ininterrumpida para contener el deterioro de su salud. Incluso, no advirtió que, con ocasión de la pandemia por el COVID-19, no tuvo controles médicos, no le fueron entregadas las medicinas requeridas, y tampoco pudo iniciar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Explicó que, a pesar de sus graves limitaciones físicas, acudía diariamente a trabajar. Manifestó que ese era “(...) el único sustento económico para sobrevivir”¹⁸ y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios médicos que requería con urgencia. Además, le

resulta muy difícil obtener otro empleo por sus problemas de salud. Agregó que, para los compañeros de trabajo, administrativos y directivos de la empresa era evidente y notorio el deterioro de su estado de salud.

Finalmente, expuso que el proceso laboral no es idóneo ni eficaz para resolver su causa debido a la significativa afectación de su estado de salud, pues requiere atención inmediata e ininterrumpida. Además, están demostrados los requisitos para ordenar la protección de la estabilidad laboral reforzada. En este sentido, ante la posible configuración de un perjuicio irremediable, le correspondía al juez de tutela ordenar el reintegro.

Sentencia de segunda instancia

El 7 de diciembre de 2020, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá revocó la decisión de primera instancia. En su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela. Destacó que, por regla general, el recurso de amparo es improcedente para solicitar el reintegro y el pago de prestaciones derivadas del contrato de trabajo. En esa medida, el presente asunto debió plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral. Finalmente, adujo que el actor no probó que la demandada conociera su situación de salud, el nexo causal entre el despido y la enfermedad, la afectación del mínimo vital ni la configuración de un perjuicio irremediable.

D. Actuaciones en sede de revisión

Decreto oficioso de pruebas

El 15 de abril de 2021, la Magistrada Sustanciadora decretó la práctica de pruebas relacionadas con: (i) el estado de salud del peticionario; (ii) sus condiciones económicas; (iii) los motivos de la terminación del contrato laboral; y, (iv) la tipología y principales características de la enfermedad degenerativa que padece. En concreto, ofició al accionante, a la sociedad Esmeraldas Mining Services S.A.S., a MEDIMAS EPS S.A.S., a la empresa Salud Ocupacional Los Andes, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, al Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud para que remitieran información necesaria para adoptar la decisión de fondo. Igualmente, invitó a representantes de la academia y de la sociedad civil para que aportaran sus opiniones técnicas, científicas y especializadas en la enfermedad que padece el

accionante.

Respuesta del señor José Rivera Ibarra

El 20 de abril de 2021, el accionante informó que, por su delicado estado de salud, se encuentra en imposibilidad de trabajar como fontanero o de conseguir un empleo similar. Esto, debido al deterioro degenerativo causado por la Esclerosis Lateral Amiotrófica que ha conllevado la pérdida de la movilidad en sus extremidades superiores, y la afectación de los músculos de boca y garganta que le dificulta hablar. Resaltó que, desde el momento del despido, fue desafiliado del sistema de salud y no ha podido acceder al tratamiento médico ni obtener los medicamentos ordenados para contener la progresión de su patología. Aseguró que, en la actualidad, aún vive “en el cambuche de la mina”¹⁹ junto con su hija (desempleada) y su nieta (de 2 años de edad), ya que no cuenta con ninguna fuente de ingresos para pagar un arriendo, y subsisten con las donaciones esporádicas de sus vecinos mineros.

En relación con la notoriedad de su enfermedad en el trabajo, refirió los nombres de compañeros de labores y administrativos que conocían sus síntomas y el deterioro de su salud, al punto que algunos compañeros le ayudaban con el trabajo para que terminara exitosamente sus labores.

Afirmó que “nunca [se dejó] incapacitar”²⁰ pero sí pedía permisos para acudir a exámenes y consultas médicas relacionadas con su patología en Tunja, Chiquinquirá y Bogotá. Asimismo, indicó que no tuvo conocimiento sobre su afiliación a alguna ARL, “pues nunca [lo] remitieron ni la empresa accionada manifestó enviar[lo] a algún trámite a la ARL”²¹. En todo caso, se realizaron exámenes ocupacionales de ingreso, anuales y de egreso, razón por la que la empresa accionada debe contar, al menos, con diez de estos exámenes, pero se ha negado a exhibirlos.

Respuesta del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá

El 21 de abril de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá remitió apartes de la historia clínica aportada por el accionante, los conceptos periódicos de aptitud laboral (correspondientes a los años 2012, 2015, 2016 y 2017) y el examen médico de egreso (2020) allegados por la accionada, en segunda instancia, pero que no hacían parte del expediente

digital que tiene la Corte Constitucional.

Respuesta de MEDIMAS EPS S.A.S.

El 22 de abril de 2021, MEDIMAS EPS S.A.S. informó que las últimas autorizaciones de servicios expedidas al accionante se otorgaron para consulta por neurología, con fecha del 3 de mayo de 2019, y para entrega del medicamento Riluzol 50mg tableta recubierta, el 17 de septiembre de 2019, y que no cuenta con fórmulas vigentes de entrega. En consecuencia, asignó consulta por medicina general para que genere remisión a la especialidad de neurología y el petitionario reinicie tratamiento de su patología.

Igualmente, certificó que el demandante registra afiliaciones a dicha EPS desde el 1° de agosto de 2017 hasta el 30 de junio de 2018, como cotizante dependiente por relación laboral con el empleador MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A, y desde el 1° de julio de 2018 hasta el 1° de octubre de 2020, como cotizante dependiente por relación laboral con el empleador Colombian Shared Services S.A.S. En este último certificado figuran como beneficiarias su hija y su nieta²².

Afirmó que el estado de afiliación actual del demandante a dicha EPS es el de “Cotizante VIGENTE-Por emergencia”²³, y que el actor no registra incapacidades transcritas durante la afiliación como cotizante en MEDIMAS EPS S.A.S., ni radicaciones por canales virtuales para transcripción de incapacidades.

Por último, aclaró que “La Esclerosis Lateral Amiotrófica, por considerarse una patología degenerativa, no procede para la calificación de origen”²⁴. Asimismo, remitió concepto de rehabilitación desfavorable de fecha 21 de abril de 2021, el cual fue notificado al accionante, por correo electrónico, en la misma fecha, para que pueda adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la Administradora de Fondo de Pensiones -AFP-PORVENIR a la que, aseguró, se encuentra afiliado actualmente.

Respuesta de Esmeraldas Mining Services S.A.S.

El 22 de abril de 2021, la sociedad accionada manifestó que el petitionario desempeñó el cargo de obrero y adelantó labores paisajísticas y de jardinería. Sostuvo que la empresa no conoció una situación médica del accionante que le impidiera o dificultara

“sustancialmente”²⁵ desempeñar sus funciones en condiciones regulares. Igualmente, aportó dos conceptos periódicos de aptitud laboral (2018 y 2019), un examen de reingreso (2020) y el examen de egreso (2020), realizados al actor durante el vínculo laboral y cuando este terminó.

Informó que ni el accionante ni entidades de seguridad social le notificaron recomendaciones médicas u órdenes de reubicación laboral. Solamente conoció el concepto de julio de 2020²⁶ que contenía “unas restricciones médicas que, por su naturaleza, eran incompatibles con las funciones”²⁷. Anexó dos certificados de afiliación del actor a la ARL La Equidad, el primero desde el 1° de febrero de 2013 hasta el 30 de junio de 2018 y el segundo desde el 1° de julio de 2018 hasta el 1° de octubre de 2020, sin registros de siniestros por accidente o enfermedad laboral durante el periodo de cobertura²⁸. Igualmente, señaló que el actor no elevó peticiones relacionadas con la expedición de copias de los resultados del examen médico de egreso²⁹.

Finalmente, certificó la reducción de ingresos de la empresa en un 8.83%, entre el 2018 y el 2019, y en un 24.83%, entre el 2019 y el 2020³⁰. Igualmente, precisó que esta circunstancia y la grave afectación sufrida por las medidas implementadas para contrarrestar la pandemia del COVID-19, entre los meses de abril y octubre de 2020, motivaron la desvinculación de 285 trabajadores por la supresión de los cargos correspondientes³¹.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

El 27 de abril de 2021, la representante legal de Ministerio de Salud y Protección Social aportó concepto técnico sobre la etiología, el diagnóstico, la descripción clínica, la epidemiología, el manejo y el tratamiento de la Esclerosis Lateral Amiotrófica -ELA-.³²

Las respuestas de la academia y la sociedad civil invitados a conceptuar en el presente asunto

El Instituto Roosevelt y la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia dieron respuesta a los interrogantes sobre la tipología y principales características de la enfermedad ELA³³. Sus aportes serán incorporados en el análisis de fondo del presente asunto³⁴.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis

2. En esta oportunidad, la Sala estudia la acción de tutela promovida por un trabajador minero que padece una patología degenerativa que, según afirmó, le dificulta el normal desempeño de sus funciones. Por esa razón, invocó la protección de los derechos a la vida digna, la igualdad, trabajo, seguridad social, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, los cuales consideró vulnerados por la terminación de su contrato sin autorización del Ministerio del Trabajo. En esa medida, solicitó como medida de amparo el reintegro laboral, la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde su desvinculación y sin solución de continuidad, y el pago de la indemnización prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

3. Con fundamento en la situación fáctica descrita, inicialmente, la Corte debe determinar si se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela. En caso de que compruebe la concurrencia de estos presupuestos resolverá el problema jurídico de fondo, en el que establecerá si:

¿Esmeraldas Mining Services S.A.S vulneró los derechos a la estabilidad laboral reforzada, vida digna, igualdad, trabajo, seguridad social y mínimo vital de un fontanero al dar por terminado su contrato de forma unilateral y sin contar con autorización del Inspector de Trabajo, pese a que el accionante alega que se encontraba en circunstancia de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud? En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, la Sala también deberá precisar si, en el caso concreto, procede el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado que estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Con el propósito de resolver este interrogante, la Sala: (i) reiterará el fundamento constitucional y el alcance de la garantía de estabilidad laboral reforzada, en especial con respecto a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud;

(ii) expondrá las características de la enfermedad que padece el accionante para efectos de evaluar si debe predicarse estabilidad en el empleo y, finalmente, (iii) decidirá el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

4. En cuanto a la legitimación por activa, el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona, “(...) por sí misma o por quien actúe en su nombre”, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 define a los titulares de esta acción. En concreto, consagra que podrá ser interpuesta (i) en forma directa por el interesado; (ii) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad y las personas jurídicas); (iii) mediante apoderado judicial (esto es, a través de un abogado titulado con poder judicial); o (iv) por medio de un agente oficioso³⁵.

En este caso, el señor José Rivera Ibarra se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de tutela, dado que es el titular de los derechos fundamentales cuya protección pretende mediante esta acción de amparo³⁶.

5. Con respecto a la legitimación por pasiva, el artículo 86 de la Carta establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o por el actuar de los particulares. En este contexto, dicha legitimación exige acreditar dos requisitos. Por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo y, por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión³⁷.

La citada disposición³⁸ y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establecen que procede la tutela contra particulares cuando: (i) estos se encargan de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; y (iii) el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión³⁹. Según la jurisprudencia constitucional, en estos supuestos, un sujeto asume una posición de autoridad respecto de otro, lo cual “(...) conduce a la extinción del carácter horizontal de la igualdad que por presunción impera entre los particulares”⁴⁰.

6. Asimismo, la Corte ha precisado que en el marco de las relaciones de trabajo la subordinación es un elemento distintivo y definitorio del contrato que, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, faculta al empleador para exigirle al trabajador “el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos internos”, sin llegar a afectar el honor, la dignidad y los derechos del trabajador⁴¹.

7. Para la Sala, está comprobado el requisito de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el análisis de si hubo afectación de derechos fundamentales en el presente asunto surge de una relación de subordinación entre el accionante y Esmeraldas Mining Services S.A.S., en virtud del contrato laboral que celebraron las partes y que se mantuvo por más de nueve años. Según el contrato, el trabajador debía ejecutar personalmente las labores en Muzo, Boyacá, bajo las órdenes e instrucciones del empleador, cumplir una jornada de trabajo por turnos variables y acatar el reglamento interno de trabajo, entre otras obligaciones⁴².

La empresa en mención es una persona jurídica particular a la que se le acusa de vulnerar el derecho a la estabilidad laboral reforzada del peticionario, por terminar la relación laboral pese a que el accionante se encontraba en circunstancia de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud y sin contar con la autorización previa del Ministerio del Trabajo. Luego, se trata de un particular respecto del cual el accionado se encontraba subordinado.

Inmediatez

8. El requisito de inmediatez exige que la tutela se presente en un plazo razonable, contado desde el momento de la supuesta vulneración o amenaza. De esta manera, se garantiza que el mecanismo de amparo sea un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (artículo 86 de la Constitución)⁴³.

En el asunto bajo examen, la Sala observa que el peticionario promovió la acción de tutela en un tiempo razonable, el 20 de octubre de 2020, esto es, 19 días después de que la empresa accionada terminara el vínculo laboral (1º de octubre de 2020).

Subsidiariedad

9. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991, la procedencia de la acción de tutela está condicionada al principio de subsidiariedad. Este requisito se acredita en tres hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relativo a la afectación de un derecho fundamental; o (ii) el mecanismo existente no resulte eficaz e idóneo; o, (iii) la intervención transitoria del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable⁴⁴.

En cuanto al segundo supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario no es idóneo en el evento en que, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional, no ofrece una solución integral respecto del derecho comprometido o el tiempo que tarde la decisión no otorgue una respuesta oportuna para la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la jurisprudencia ha indicado que, al evaluar la idoneidad, “(...) el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal (...)”⁴⁵. Además, la aptitud del medio de defensa debe analizarse en cada caso, en atención a las circunstancias del peticionario, el derecho fundamental invocado y las características procesales del mecanismo en cuestión⁴⁶.

10. En lo que respecta a las controversias derivadas de la relación laboral, la Corte ha indicado que la jurisdicción ordinaria cuenta con acciones y recursos idóneos y eficaces que pueden ser activados por el trabajador para reclamar la protección de sus derechos⁴⁷. Lo anterior implica que, en principio, pretensiones como el reintegro deben ser tramitadas en el escenario natural. En efecto, según el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la citada jurisdicción conocer de los conflictos jurídicos “(...) que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”.

Asimismo, esta acción procede excepcionalmente para cuestionar la terminación del contrato de trabajo, “(...) cuando se trata de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y [solicitan la protección] del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada (...)”⁴⁸. La Sentencia SU-049 de 2017⁴⁹ explicó que dicha regla desarrolla el derecho fundamental a la igualdad. En tal sentido, el juez debe analizar la procedencia de manera menos estricta para otorgar un tratamiento diferencial positivo a estos sujetos. Ello, en atención a que experimentan una dificultad objetiva “(...) para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial”.

11. En este caso, la Sala considera que si bien el accionante cuenta con un mecanismo ordinario, definido por el ordenamiento para resolver las pretensiones que plantea en la acción de tutela, sus condiciones de salud, sociales y económicas tornan desproporcionada la exigencia de que acuda a la vía ordinaria como lo plantearon los jueces de instancia y, por esas circunstancias, el proceso ordinario laboral no es idóneo ni eficaz. Lo anterior, porque fue diagnosticado con Esclerosis Lateral Amiotrofia (ELA)⁵⁰, una enfermedad degenerativa que carece de pronóstico de recuperación y, desde hace dos años, no ha podido acceder al tratamiento médico ni obtener los medicamentos ordenados para contener la progresión de la patología⁵¹. Además, el accionante acreditó el deterioro de su estado de salud que ha conllevado la pérdida de la movilidad en sus extremidades superiores y la afectación de los músculos de boca y garganta, lo cual le dificulta hablar⁵². Asimismo, está afiliado a MEDIMAS EPS S.A.S en calidad de “Cotizante VIGENTE–Por emergencia”, sin garantía de permanencia y continuidad.

Por otra parte, está desempleado y se encuentra en una precaria situación económica, ya que no cuenta con ninguna fuente de ingresos, vive en el “cambuche de la mina”⁵³ junto a su hija y nieta (dependientes⁵⁴), pues no tiene cómo pagar un arriendo, y dependen de la solidaridad de sus vecinos mineros para cubrir sus necesidades básicas, lo que indica que su subsistencia depende enteramente de la voluntad de terceros. En esa medida, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para reclamar el reintegro.

Fundamento y alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud. Reiteración de jurisprudencia

12. Según el artículo 53 de la Constitución, todos los trabajadores son titulares de un derecho general a la estabilidad en el empleo. Aquella garantía se intensifica en el caso de sujetos que se encuentran en condición de vulnerabilidad, a saber: (i) las mujeres embarazadas; (ii) las personas en situación de discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) los aforados sindicales; y (iv) las madres y padres cabeza de familia⁵⁵.

Específicamente, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad o en estado de debilidad manifiesta por razones de salud, se deriva de otros postulados superiores, como el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación, y las obligaciones estatales de promover las condiciones para que la igualdad sea “real y efectiva”

y garantizar la protección especial a quienes “por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (arts. 13 y 93). También, se sustenta en los deberes que le asisten al Estado, como proteger el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” (art. 25), adelantar una política de “integración social” a favor de los “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (art. 47) y garantizar a las personas en situación de discapacidad “el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” (art. 54). Finalmente, los artículos 1º, 48 y 95 aluden al deber de “obrar conforme al principio de solidaridad social”⁵⁶.

Además, este derecho presenta análogo reconocimiento en tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano. Por ejemplo, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁷ establece que los Estados Parte “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. El artículo 1º, numeral 2º, del Convenio 159 de la OIT⁵⁸ señaló que “la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”. Y el artículo 27 de la Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁹ se refiere al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás⁶⁰.⁶¹

13. Ahora bien, la Sentencia SU-049 de 2017⁶² precisó que la estabilidad laboral reforzada no protege exclusivamente a aquellos sujetos que presentan una pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL) calificada. Por consiguiente, dicha garantía ampara a quienes tienen una afectación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares y que, por este hecho, pueden ser objeto de tratos discriminatorios. En consecuencia, este escenario sitúa a la persona “(...) en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas (...)”.

Al respecto, la Sentencia T-041 de 2019⁶⁵ señaló que “el empleador tiene el deber ineludible

de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral”; de lo contrario, se presume que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador, “evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción”.

La jurisprudencia de esta Corporación también ha expuesto la manera en que el empleador puede desvirtuar la presunción de despido injusto. Por ejemplo, la Sentencia C-200 de 201966, si bien analiza específicamente la justa causa de despido referente a la incapacidad del trabajador que dure más de 180 días, explica que el empleador debe “explorar, proponer y materializar diversas opciones previas a la terminación de la relación laboral para que pueda continuar el vínculo o configurarse objetivamente la justa causa”. También aclara que el empleador puede eximirse de la obligación de reubicación si demuestra que existe un principio de razón suficiente:

“Por ejemplo, si la reubicación desborda la capacidad de la empresa, o si le impide o dificulta de manera desproporcionada el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo. En estos casos el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador, que es a la vez el interés de la empresa y de los demás trabajadores. Con todo, el patrono tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del empleado para que exista la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación en un escenario dialógico en el que se entiende que se pretende la mejor solución para las partes”.

Particularmente, sobre la posibilidad de desvirtuar la presunción por despido injusto, en la Sentencia T-020 de 202167 la Corte concluyó que la empresa accionada no vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada del actor por tres razones: i) cuando finalizó el contrato la condición de salud del trabajador no dificultaba el normal desempeño de sus funciones; ii) la empresa conoció los padecimientos del actor y acogió las recomendaciones laborales; y iii) su actuación se enmarcó inequívocamente en una causal objetiva y razonable derivada de la baja en las ventas, la consecuente reducción de personal y la imposibilidad de renovar el contrato debido a la difícil situación económica de la empresa que llevó a su disolución⁶⁸.

15. A partir de las reglas enunciadas, esta Corporación ha establecido los presupuestos para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada cuando el trabajador pierde o ve

disminuida sustancialmente su capacidad laboral. En concreto, el juez constitucional debe verificar que: (i) el trabajador presenta padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones; (ii) el empleador conoció tal condición en un momento previo al despido; (iii) no existe autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido; y (iv) el empleador no logró desvirtuar la presunción de despido injusto⁶⁹.

Acreditado lo anterior, el operador judicial deberá, prima facie, reconocer al sujeto protegido:

“(a) en primer lugar, la ineficacia de la terminación o del despido laboral (con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir); (b) en segundo lugar, el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones iguales o mejores que las del cargo desempeñado por él hasta su desvinculación, y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud sino que esté acorde con sus condiciones; (iii) en tercer lugar, el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso (art. 54, C.P.); y (iv) en cuarto lugar, el derecho a recibir ‘una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario’”⁷⁰.

De acuerdo con la Sentencia T-201 de 2018⁷¹, el reconocimiento de estas prestaciones está fundamentado en el hecho de que el vínculo jurídico no desaparece a pesar de la “interrupción de la labor y de la relación del empleado con la empresa”.

16. Por último, la indemnización mencionada, equivalente a 180 días de salario, se encuentra prevista en el artículo 2672 de la Ley 361 de 1997⁷². En la Sentencia C-531 de 2000⁷³ la Corte, al reconocer que existía una omisión legislativa relativa por la falta de una protección suficiente a la discapacidad que armonizara con los mandatos superiores, condicionó el entendimiento del inciso 2o. del artículo 26 de la citada ley “bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del

respectivo contrato”.

Posteriormente, en la Sentencia C-824 de 2011⁷⁵, la Sala Plena explicó que la referencia a las personas con limitaciones severas y profundas contenida en el artículo 1º⁷⁶ de la Ley 361 protege un universo amplio de sujetos. Sobre el particular, recordó que este Tribunal ha acogido una noción amplia del término limitación, “(...) en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar”. Según lo expuesto, también son beneficiarios de la referida norma quienes presentan una situación de salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Características de la Esclerosis Lateral Amiotrofia -ELA y su impacto para el desarrollo del trabajo⁷⁷

17. La Esclerosis Lateral Amiotrófica -ELA- es una enfermedad que daña progresivamente las neuronas motoras del cerebro y de la médula espinal encargadas del movimiento, lo que produce una parálisis de los músculos en cualquier parte del cuerpo⁷⁸. La característica central es la debilidad muscular progresiva y continua (degenerativa) que suele ser localizada y estar “acompañada de atrofia (disminución y adelgazamiento en el volumen muscular), fasciculaciones, calambres y lentitud de los movimientos con aumento del tono muscular”⁷⁹.

Se presenta típicamente en la forma espinal que inicia con la afectación en las extremidades superiores e inferiores hasta la espasticidad en las extremidades atrofiadas y debilitadas, situación que tiene impacto en la destreza manual y la marcha. La otra forma en la que se presenta la enfermedad es por medio de la afectación de los músculos bulbares⁸⁰, por lo general con “disartria”⁸¹ y “disfagia”⁸² para sólidos o líquidos. Los síntomas en las extremidades se manifiestan de forma casi simultánea con los bulbares, o pueden desarrollarse uno o dos años después ⁸³.

Las fases clínicas o estadios evolutivos de la enfermedad han sido definidos según el número de segmentos corporales⁸⁴ o dominios funcionales⁸⁵ afectados⁸⁶. La parálisis es progresiva y puede provocar la muerte debido al fallo respiratorio. El tipo de tratamiento médico es sintomático, paliativo y multidisciplinar⁸⁷. La ventilación no invasiva prolonga la

supervivencia y mejora la calidad de vida. Según los médicos consultados por la Sala, el Riluzol es el único medicamento que se ha demostrado que prolonga la vida de los pacientes⁸⁸.

La mayoría de los pacientes presentan una limitación funcional significativa (incapacitante) como consecuencia de la debilidad y atrofia asociadas, al punto de requerir apoyo para la mayoría de las actividades diarias. Esto impacta el desempeño laboral en la medida en que se afectan las capacidades de locomoción (por los síntomas en las extremidades) y de comunicación (por los síntomas bulbares) así como las destrezas manuales, lo que disminuye -hasta impedir- la realización de trabajos especialmente físicos. La exposición a accidentes laborales de una persona afectada por esta enfermedad es alta debido al riesgo de caídas⁸⁹.

Solución al caso concreto

Esmeraldas Mining Services S.A.S vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante

18. En esta ocasión, la Corte estudia la acción de tutela presentada por un ciudadano que trabajó como fontanero en una mina en Muzo, Boyacá, de extracción de la empresa Esmeraldas Mining Services S.A.S. El peticionario fue vinculado el 6 de julio de 2011 mediante contrato laboral a término indefinido. La relación laboral se mantuvo de forma ininterrumpida, hasta el 1º de octubre de 2020, momento en el que el empleador dio por terminado el contrato de forma unilateral y pagó la indemnización por despido sin justa causa. El accionante afirmó que el contrato terminó por razón de sus condiciones de salud. En concreto, por su diagnóstico de Esclerosis Lateral Amiotrófica -ELA-.

Por su parte, la sociedad empleadora adujo que la relación laboral con el actor finalizó por causa de la disminución del desarrollo del objeto social de la empresa y la grave afectación sufrida con motivo de las medidas implementadas para contrarrestar la pandemia del COVID-19. De hecho, entre los meses de abril y octubre de 2020 desvinculó 285 trabajadores y eliminó sus cargos.

19. En este caso, la Sala considera que se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el actor por el desconocimiento de la garantía de estabilidad laboral reforzada, la cual

cobijaba al accionante en tanto demostró una afectación sustancial de su estado de salud y capacidad laboral, que era conocida por su empleadora. A continuación, la Corte presenta las razones que soportan dicha conclusión con el análisis de los presupuestos que ha definido la jurisprudencia para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada cuando el trabajador pierde o ve disminuida sustancialmente su capacidad laboral:

i. Que el trabajador presente padecimientos de salud que involucren una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones

20. En primer lugar, quedó demostrado que tanto el diagnóstico (2013)⁹⁰ como los hallazgos médicos sobre la evolución de la enfermedad ocurrieron en vigencia de la relación laboral entre el señor Rivera Ibarra y la empresa Esmeraldas Mining Services S.A.S, y se mantenían al momento de su desvinculación. Esta situación está acreditada con los registros consignados en la historia clínica aportada al proceso:

Tabla 1. Evolución de la enfermedad según la historia clínica

Fecha

Consulta/

Servicio

Motivo de la consulta

Hallazgos médicos

13/02/19

Medicina general⁹¹

Paciente con antecedente de ELA en manejo con neurología, última valoración en junio de 2018. Perdió órdenes de consulta de control. Actualmente sin tratamiento para ELA

Ordena valoración prioritaria por neurología.

05/04/19

Neurología92

Paciente con diagnóstico de ELA. Desde hace 3 años presenta disminución de la fuerza. Actualmente en tratamiento con Riluzol y mayor compromiso bulbar. Refiere pérdida de peso.

“importante atrofia FM: 4/5 fasciculaciones RMT pectoral, bicipital, estrioidal, patelar, aquileo ++/+++” Plan de manejo: 1.Riluzol 50 mg cada 12 horas. 2. Cita por neurología en 3 meses. 3. Recomendaciones y signos de alarma.

30/10/19

Medicina general93

Enfermedad en la garganta que afecta cuerdas vocales

Ordena valoración por otorrinolaringología.

26/11/19

Otorrino-laringología94

Cuadro “aprox. 5 años” de evolución de odinofagia, no disfagia, si disfonía, resequedad, carraspeo, tos seca, “antc pirois”, refiere problema nivel de ATM dolor y limitación funcional

“Faringolaringitis crónica + disfunción de ATM, ordena Nasofibrolaringoscopia y valoración x maxilofacial”.

29/01/20

Nasofibro-laringoscopia AMB95

Faringolaringitis crónica

Medicina interna⁹⁶

Paciente remitido por antecedente de ELA. Necesita ayuda para actividades motoras finas realizadas por las manos, fasciculaciones.

“atrofia de interóseos, fasciculaciones musculares y disminución de la fuerza distal en miembros superiores”

21. En segundo lugar, es evidente que la patología que aqueja al accionante repercutía en su actividad laboral. Al respecto, resulta necesario exponer las labores que ejerció durante la vigencia del contrato de trabajo. Según el actor, su trabajo consistía en realizar “instalaciones de mangueras, cargar materiales de los tanques, destapar las pocetas en invierno o verano, sin importar las condiciones de acaloramiento y temperatura del agua, (...) carga de materiales de construcción de tanques, de concreto en el caño y planchas para tanques de plástico, lavar los tanques de almacenamiento y todas las instalaciones de plomería para los túneles de perforación de la mina” 97.

Por su parte, la empresa accionada certificó como funciones del demandante, entre otras, las siguientes: “[e]jecutar las actividades contempladas en el Plan de Manejo Ambiental tendientes a la recuperación de suelos, hidrosiembra, vivero forestal, reforestación y embellecimiento paisajístico con el fin de mitigar y compensar los impactos generados durante la actividad. (...) [m]antener en condiciones óptimas el vivero, la compostera y demás áreas de interés (...) [r]ealizar recorridos de inspección a lo largo de las áreas de recuperación y/o intervención (...) [a]poyar la ejecución de las labores propias del mantenimiento de las plantas como deslode, lavados, drenajes, cambios de consumibles y limpieza general para el adecuado funcionamiento de las mismas (...)” 98.

Aunque las funciones descritas no son del todo coincidentes, en cualquier caso, es claro que dadas las características de la Esclerosis Lateral Amiotrófica -ELA- descritas en esta sentencia, en especial la debilidad muscular progresiva y continua (degenerativa) en las extremidades, tal como lo refiere el accionante, resultaba cada vez más difícil el desarrollo de dichos trabajos en la medida en que exigen importantes esfuerzos físicos.

22. Así también lo demuestran las recomendaciones consignadas en los exámenes médicos ocupacionales realizados al actor, en vigencia de la relación laboral⁹⁹: (i) En el examen periódico del 26 de julio de 2016, se recomienda la “reasignación de tareas” así como “evitar manejo de cargas mayor a 3 kg en cada mano, ergonomía en puesto de trabajo, pausas activas c/2h por 5 minutos, ejercicios de estiramiento miembros superiores”¹⁰⁰. (ii) En el examen periódico del 24 de octubre de 2018, se recomienda realizar pausas activas, “contramanejo en EPS por patología de base, evitar sobreesfuerzo en miembros superiores, control [ilegible] en EPS, disminuir movimientos repetitivos en manos, toma de medicamento[ilegible]”¹⁰¹. (iii) En el examen periódico del 11 de octubre de 2019, se recomienda “[c]ontinuar manejo médico x especialista tratante [EPS], uso de gafas visión próxima, reposo auditivo para el trabajo, evitar levantamiento de cargas superiores a 10 kg de forma bimensual”¹⁰². (iv) En el examen de reingreso del 5 de agosto de 2020, se recomienda “[c]ontrol con neurología, evitar desplazamientos prolongados por superficies irregulares, evitar cargar cosas con peso mayor a 5 kg con ambas manos, evitar trabajos de precisión u operar maquinaria de ajuste fino, usar gafas para ver de cerca, reposo auditivo extra laboral y uso estricto de protección auditiva, valoración por oftalmología”¹⁰³.

23. En tercer lugar, de acuerdo con las afirmaciones del actor, a pesar de sus graves limitaciones físicas, acudía diariamente a trabajar ya que era “(...) el único sustento económico para sobrevivir”¹⁰⁴ y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios médicos que requería con urgencia. Por lo tanto, debido al notorio deterioro de su estado físico, algunos compañeros le ayudaban con el trabajo para que terminara exitosamente sus labores.

24. De manera que no hay duda de que el diagnóstico de la enfermedad degenerativa y sus padecimientos progresivos dificultaron sustancialmente el desempeño de las funciones del accionante como fontanero u obrero en la mina.

i. Que el empleador hubiese conocido la condición de salud del trabajador en un momento previo al despido.

25. También es posible determinar que la accionada conocía la condición médica del demandante con anterioridad al despido. En efecto, el actor manifestó que, después de dos

años de labores, “(...) [l]e apareció una enfermedad en las manos y los brazos” motivo por el cual “(...) la empresa [lo] envió a controles médicos y demás exámenes (...) con ortopedista, neurología fisiatría, determinando como diagnóstico Esclerosis Lateral Amiotrofia (ELA)”¹⁰⁵. Y a pesar de que “nunca [se dejó] incapacitar” sí le eran concedidos permisos para acudir a exámenes y consultas médicas relacionadas con su enfermedad en Tunja, Chiquinquirá y Bogotá. La veracidad de estas afirmaciones puede evidenciarse en la siguiente tabla que resume información contenida en la historia médica ocupacional del accionante, aportada al proceso por la demandada:

Tabla 2. Hallazgos historia médica ocupacional

Fecha

Tipo de examen

Exámenes practicados

Concepto

15/04/12

Periódico¹⁰⁶

No se especifican

Diagnóstico: presbicia. Apto para continuar en el cargo de fontanero sin restricciones. Recomendaciones: higiene postural, pausas activas, uso completo de elementos de protección personal.

27/07/15

Periódico¹⁰⁷

Examen médico, espirometría, optometría, audiometría, laboratorios, RX tórax

Apto para continuar en el cargo de fontanero. Remisión a EPS por Fisiatría. Incluir en SVE auditivo, psicolaboral, respiratorio, biológico, ergonómico, químico. Recomendaciones

específicas trabajador: "Pausas activas, EMG bilateral por EPS, uso corrección visual para visión cercana, dieta baja en harinas".

26/07/16

Periódico108

Recomendaciones: REASIGNACIÓN DE TAREAS. Control periódico PP y continuar manejo médico neurólogo por EPS: Recomendaciones específicas trabajador: "Cuidados auditivos, evitar manejo de cargas mayor a 3 kg en cada mano, ergonomía en puesto de trabajo, pausas activas c/2h por 5 minutos, ejercicios de estiramiento miembros superiores, dieta baja en [ilegible]".

02/08/17

Periódico109

Espirometría, optometría, audiometría, laboratorios, Rx tórax, alturas

Recomendaciones específicas trabajador: "Audiometría control anual, uso de doble protección auditiva, uso de gafas de visión próxima, dieta hipograsa, continuar manejo en EPS por patología de base".

Recomendaciones para la empresa: Incluir en programas de vigilancia de acuerdo a los riesgos laborales prioritarios para el cargo, definidos en la matriz de riesgos de la empresa.

Remite a EPS para valoración por medicina general.

24/10/18

Periódico110

Espirometría, optometría, audiometría, laboratorios

Concepto de acuerdo al énfasis osteomuscular realizado por antecedente osteomuscular y patología. Recomendaciones específicas trabajador: "Higiene postural, dieta balanceada,

valoración por oftalmología por hallazgo, uso de gafas visión próxima, pausas activas, pausa visual, contramanejo en EPS por patología de base, evitar sobreesfuerzo en miembros superiores, control [ilegible] en EPS, disminuir movimientos repetitivos en manos, toma de medicamento[ilegible]”.

Recomendaciones para la empresa: Incluir en programas de vigilancia de acuerdo a los riesgos laborales prioritarios para el cargo, definidos en la matriz de riesgos de la empresa, según recomendaciones dadas por médico tratante. Remite a EPS para valoración por oftalmología y medicina general.

11/10/19

Periódico111

Espirometría, optometría, audiometría, laboratorios

Concepto de acuerdo al énfasis osteomuscular realizado por patología osteomuscular. Recomendaciones específicas trabajador: “Continuar manejo médico x especialista tratante [EPS], uso de gafas visión próxima, reposo auditivo para el trabajo, evitar levantamiento de cargas superiores a 10 kg de forma bimensual”. Recomendaciones para la empresa: Incluir en programas de vigilancia de acuerdo a los riesgos laborales prioritarios para el cargo, definidos en la matriz de riesgos de la empresa.

05/08/20

Reingreso112

Signos vitales, cuadro hemático, optometría, audiometría, osteomusculares, nutricionales

Recomendaciones: “Control con neurología, evitar desplazamientos prolongados por superficies irregulares, evitar cargar cosas con peso mayor a 5 kg con ambas manos, evitar trabajos de precisión u operar maquinaria de ajuste fino, usar gafas para ver de cerca, reposo auditivo extra laboral y uso estricto de protección auditiva, valoración por oftalmología”. Remite a EPS para valoración prioritaria por medicina interna, otorrinolaringología y optometría.

05/10/20

Egreso113

Rx tórax, físico, optometría, audiometría, equilibrio, vértigo, osteomuscular, neurológico,

Recomendaciones: “Requiere estudios de extensión y valoración por especialista reumatólogo – medicina interna en su EPS”. Remite a EPS para valoración por reumatología y medicina interna.

Los informes descritos -dirigidos al empleador- hacen referencia expresa a las patologías del actor. En los mismos se evidencia la progresión de la enfermedad de base degenerativa, a través del aumento de cuidados señalados en las recomendaciones médicas. De manera que, contrario a lo afirmado por la accionada en su respuesta con respecto a que “nunca se conoció alguna situación médica que pudiese considerarse como situaciones que impidieran o

dificultaran sustancialmente desempeñar funciones en condiciones regulares”¹¹⁴, se evidencia que no solo existía una recomendación específica de reasignación de tareas desde el año 2016 sino que, además, en los exámenes periódicos ocupacionales se reportaban, año tras año, recomendaciones puntuales dirigidas a evitar que el trabajador manipulara cargas con peso, ejecutara trabajos de precisión o movimientos repetitivos con sus manos y realizara desplazamientos prolongados por superficies irregulares.

En ese sentido, no es admisible que la empresa desconozca el contenido de elementos probatorios que trajo al proceso, y argumente que las labores que realizaba el accionante nada tienen que ver con el tipo de actividades proscritas en los exámenes ocupacionales, las cuales requieren del esfuerzo de sus manos y de desplazamiento por la mina. No sobra mencionar que la falta de acatamiento de esas recomendaciones por parte del empleador pudo ocasionar accidentes de trabajo¹¹⁵, lo que representa la desatención de sus deberes y responsabilidades en materia de prevención y protección de sus trabajadores con respecto a riesgos ocupacionales, en virtud del Decreto Ley 1295 de 1994¹¹⁶ y la Ley 1562 de 2012¹¹⁷.

26. Asimismo, el demandante aseguró que tanto sus compañeros de trabajo en la mina como los funcionarios administrativos de la empresa tenían conocimiento de la evolución degenerativa de su enfermedad, ya que era notorio el deterioro de su estado de salud¹¹⁸. Incluso, refirió los nombres de compañeros de labores y funcionarios que conocían de los síntomas y efectos de su patología, y afirmó que algunos compañeros le ayudaban con el trabajo para que terminara exitosamente sus labores.

i. Que no exista autorización previa del Ministerio del Trabajo para efectuar el despido.

28. En el presente asunto no se acreditó que el empleador contara con la autorización de la autoridad de trabajo previa al despido, de conformidad con el señalado artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Esta situación la confirmó la empresa accionada, quién indicó que no conocía la situación de salud del accionante -circunstancia desvirtuada previamente-, y que existía una causa objetiva para el despido, razón por la que no se requería esa autorización.

Al respecto, se debe enfatizar que independientemente de la causal invocada para terminar el contrato de una persona en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud, resulta imperativo que antes de la desvinculación el empleador cuente con la respectiva autorización emitida por el inspector del trabajo, autoridad que tiene la obligación de verificar si existe o no justa causa. En ese sentido, se reitera que esta garantía permite evaluar que en el caso concreto la terminación del vínculo laboral no obedezca a un motivo discriminatorio, incompatible con los principios de dignidad humana e igualdad y no discriminación.

29. En consecuencia, dado que no se cuenta con la respectiva autorización, se presume que la desvinculación obedeció a la limitación física generada por la patología de base del accionante, es decir, a una circunstancia de discriminación por la condición de salud del peticionario. En esa medida, corresponde a la entidad accionada demostrar que el despido se produjo como consecuencia de una justa causa.

i. Que el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio.

30. Finalmente, la Sala advierte que si bien la accionada invocó una causal objetiva para fundamentar la terminación del contrato, no logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio. Como se indicó, la pretermisión del trámite previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (aval de la autoridad laboral) activa la presunción de discriminación. Así, la carga de la prueba se traslada al empleador, quien debe utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

La parte accionada argumentó que la terminación del contrato laboral obedeció a la baja en el desarrollo del objeto social de la empresa y la afectación sufrida con motivo de las medidas implementadas para contrarrestar la pandemia del COVID-19. Por estas razones, entre los meses de abril y octubre de 2020, desvinculó 285 trabajadores, incluido el accionante, y eliminó sus cargos¹¹⁹. Además, certificó que la variación de ingresos de la empresa disminuyó en un 8.83%, entre el 2018 y el 2019, y en un 24.83%, entre el 2019 y el 2020¹²⁰.

31. La Corte no desconoce el impacto económico que la pandemia por el Covid-19 generó para la economía en general y, en particular, a las empresas, y entiende que su recuperación comporta desafíos para los empresarios, los empleados y la comunidad. Si bien estas circunstancias podrían enmarcarse en una causal objetiva y razonable para sustentar el despido de trabajadores, en el caso concreto, por sí solas, no logran desvirtuar la presunción de despido discriminatorio del accionante, toda vez que la empresa accionada pudo adoptar medidas alternativas a la terminación del contrato teniendo en cuenta que, a pesar de la disminución de los ingresos de la sociedad durante los meses de confinamiento por la pandemia del Covid-19, que disminuyó sustancialmente con respecto a la variación negativa reportada en el periodo inmediatamente anterior, hubo continuidad en el desarrollo de la actividad económica y una reactivación del sector desde octubre de 2020¹²¹.

Además, la empresa accionada fue indiferente a la situación de salud del accionante, no solo porque no lo reubicó como lo pidieron los médicos ocupacionales sino también porque desatendió las recomendaciones consignadas en los conceptos periódicos de aptitud laboral. De igual forma, si bien la empresa tuvo que desvincular 285 trabajadores y eliminar sus cargos, no indicó si, previamente, estudió la posibilidad de que el actor pudiera desempeñarse en otro cargo, o si definitivamente no era necesario un fontanero o paisajista/jardinero en la mina. Tampoco señaló que fuera imposible realizar dicha

reubicación, ya sea porque se le dificultaba de manera desproporcionada o porque el tutelante no pudiera prestar los servicios. Ni demostró que las labores que realizaba el accionante o no se requerían o estaban desempeñándose por otras personas y, por lo tanto, ya no se necesitaba quien desarrolle ese oficio. Al contrario, la empresa restó valor a la gravedad de los padecimientos de salud del actor pues, a diferencia del criterio profesional de los médicos examinantes, insistió en que su patología de base no incidía en el desempeño de sus funciones. Así las cosas, en principio, parecería que las tareas que realizaba el actor deben seguirse desempeñando mientras la empresa cumpla su objeto social, pues ninguna de las afirmaciones y elementos aportados al proceso por la accionada lograron desvirtuar la presunción por despido injusto que operó en su contra.

32. En este orden de ideas, resulta clara la vulneración de los derechos fundamentales invocados como consecuencia de la decisión de terminar el vínculo laboral sin contar con la autorización exigida en la ley, por cuanto el empleador desconoció la prohibición de discriminación y la garantía de protección especial del trabajador derivada de su situación de debilidad manifiesta por motivos de salud. Esto en la medida en que privó al actor de la única fuente de ingresos que tenía para subsistir junto con su familia ya que, debido a la gravedad de la patología que lo aqueja -ELA- y las limitaciones físicas y funcionales que esta ha traído a su vida, le resulta muy difícil lograr una nueva vinculación laboral en otra empresa.

33. Conforme a lo expuesto, esta Sala de Revisión concluye que el empleador vulneró los derechos a la vida digna, igualdad, trabajo, seguridad social, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del actor, al terminar la relación laboral sin contar con la autorización del Inspector del Trabajo. Con base en las reglas descritas, se presume que la actuación se sustentó en motivos discriminatorios basados en la condición médica del accionante.

Síntesis de la decisión y conclusiones

34. En esta oportunidad, la Sala estudió la acción de tutela promovida por una persona que invocó la protección de sus derechos a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, con ocasión de la terminación de su contrato laboral sin autorización del Ministerio del Trabajo a pesar de su evidente deterioro de salud, el cual era conocido por la empresa empleadora.

La Sala reiteró las reglas jurisprudenciales para evaluar el despido sin justa causa y la

afectación de la garantía de la estabilidad laboral reforzada a quienes tienen una afectación en su salud que les impide o dificulta “sustancialmente” el desempeño de sus labores, en condiciones regulares y que, por este hecho, pueden ser objeto de tratos discriminatorios. Recordó que si un empleador pretende desvincular a una persona que se halla en esta situación, debe contar con autorización ante la autoridad laboral, toda vez que la pretermisión de dicho trámite “acarrea la presunción de despido injusto”, por lo que se invierte la carga de la prueba y le corresponde acreditar una causa objetiva para terminar el contrato de trabajo.

35. A partir de la información recaudada en el trámite de esta actuación, la Sala encontró que Esmeraldas Mining Services S.A.S vulneró los derechos del demandante. En efecto, constató que: (i) el diagnóstico del peticionario dificultó sustancialmente el desempeño de sus funciones; (ii) su condición médica fue conocida por el empleador antes de que finalizara el contrato; (iii) el despido se produjo sin contar con autorización previa del Ministerio del Trabajo; y (iv) la accionada no desvirtuó la presunción por despido discriminatorio que opera ante la falta de aval de la autoridad laboral.

Órdenes a proferir

36. De acuerdo con lo expuesto, la Sala adoptará las siguientes medidas:

36.1. En primer lugar, revocará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por José Rivera Ibarra y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, declarará la ineficacia de la terminación del vínculo con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir. De igual manera, le ordenará a Esmeraldas Mining Services S.A.S: (i) reintegrarlo a un cargo que ofrezca condiciones similares o mejores que las del cargo desempeñado por él hasta su desvinculación, y acorde con sus condiciones de salud y recomendaciones ocupacionales; (ii) brindarle capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso (art. 54, C.P.); y, (iii) reconocerle la indemnización prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En relación con el reintegro será necesario ordenar la reubicación del trabajador, dadas las

graves condiciones de salud comprobadas en este proceso y que, en la actualidad, impiden que el actor desempeñe actividades físicas como las que correspondería realizar en el cargo de fontanero, jardinero u obrero de mina¹²². Adicionalmente, porque el empleador, a pesar de conocer el estado de salud del trabajador y contar con múltiples recomendaciones específicas de tipo ocupacional, no lo reubicó en un cargo en el que no sufriera el riesgo de empeorar su estado de salud y que se ajustara a sus condiciones físicas.

Por otra parte, se precisa que, a pesar del pago de la indemnización por la terminación del contrato -sin justa causa- que efectuó el empleador al momento del despido, en esta oportunidad procede ordenar el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario ya que esta opera como una sanción por despido discriminatorio. “sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”¹²³ .

En ese sentido, la Sala aclara que estas indemnizaciones no son equivalentes, pues el sustrato que las justifica es disímil. Lo anterior, porque la indemnización prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 responde al despido discriminatorio, comprobado en esta sede; mientras que la indemnización por despido sin justa causa se fundamenta en que “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable” que comprende el lucro cesante y el daño emergente, de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo¹²⁴.

36.2. En segundo lugar, se advertirá a la empresa accionada que, inmediatamente se reintegre al accionante, debe afiliarse al sistema de seguridad social en pensiones, riesgos profesionales y en salud, para efectos de que puedan adelantarse las vías jurídicas necesarias para proteger la vida en condiciones dignas del accionante y su núcleo familiar.

36.3. En tercer lugar, como quiera que la capacidad del actor para ejercer la labor para la que fue contratado se encuentra sustancialmente disminuida y que MEDIMAS EPS S.A.S remitió concepto de rehabilitación desfavorable de fecha 21 de abril de 2021 que fue notificado al accionante, por correo electrónico, en la misma fecha, se ordenará a Esmeraldas Mining Services S.A.S brindar al accionante acompañamiento para que pueda adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral -PCL- ante la Administradora de Fondo

de Pensiones a la que se encuentre afiliado.

36.4 Finalmente, en atención a que MEDIMAS EPS S.A.S reconoció que el accionante, desde hace dos años, se encuentra sin tratamiento médico y suministro del medicamento Riluzol para contener la progresión de su enfermedad de base, y la grave afectación que esta situación representa para la calidad de vida del paciente, advertirá a la EPS que, en adelante, evite la imposición de barreras administrativas que dificulten el acceso al tratamiento médico sintomático, paliativo y multidisciplinar así como el suministro de medicamentos que le sean ordenados al señor José Rivera Ibarra, para la atención completa e integral de la patología Esclerosis Lateral Amiotrofia -ELA- que lo aqueja.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 7 de diciembre de 2020 proferida, en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, que declaró improcedente la acción de tutela formulada por José Rivera Ibarra. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia de la terminación del vínculo y ORDENAR a Esmeraldas Mining Services S.A.S que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia: (i) reintegre al accionante a la empresa y lo reubique en un cargo que ofrezca condiciones similares o mejores que las del cargo desempeñado por él hasta su desvinculación, acorde con sus condiciones de salud actuales; (ii) lo afilie a la seguridad social en pensiones, riesgos profesionales y en salud; (iii) le brinde capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso, y (iv) le reconozca y pague la indemnización prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las prestaciones, los salarios y los aportes causados y dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato.

TERCERO.- ORDENAR a Esmeraldas Mining Services S.A.S que, en un plazo máximo a treinta

(30) días calendario, siguientes a la notificación de esta sentencia, brinde acompañamiento al accionante para que inicie el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral -PCL- ante la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentre afiliado.

CUARTO.- ADVERTIR a MEDIMAS EPS S.A.S que, en adelante, se abstenga de imponer barreras administrativas que dificulten el acceso al tratamiento médico y el suministro de medicamentos que le sean ordenados al señor José Rivera Ibarra, para la atención completa e integral de la patología Esclerosis Lateral Amiotrofia -ELA- que lo aqueja.

QUINTO.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La redacción de este acápite se basa en la información expuesta en el escrito de tutela y es complementada con los elementos de juicio que obran en el expediente.

2 El señor José Rivera Ibarra nació el 28 de noviembre de 1963. Folio 15, historia clínica, anexo acción de tutela.

3 Contrato de trabajo a término indefinido para personal minero celebrado entre Minera Texas Colombia S.A. y José Rivera Ibarra, aportado con la tutela. De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, la sociedad tuvo un cambio de nombre en junio de 2018 a Esmeraldas Mining Services S.A.S. En todo caso, la contestación de la tutela fue suscrita por apoderada que actuó en nombre y representación de la sociedad accionada.

4 Folio 2, acción de tutela.

5 Ibídem.

7 Ibídem.

8 Declaración juramentada extraproceso rendida por el accionante, en la Notaría Única del Círculo de Muzo, Boyacá, el 5 de noviembre de 2020.

9 Folio 3, acción de tutela.

10 Folio 2, acción de tutela.

11 Folios 2 y 3, acción de tutela. La demanda es coadyuvada por la abogada Ana Milena Núñez Peralta a quien el accionante otorgó poder especial, que obra dentro del proceso, para presentar la tutela, actuar en el proceso y realizar los trámites a los que haya lugar en los despachos judiciales.

12 Folio 4, contestación de la tutela.

13 Certificado de la Dirección de Talento Humano de Esmeraldas Mining Services S.A.S. Folio 15, contestación a la tutela.

14 De conformidad con el artículo 28 de la Ley 789 de 2002 que subrogó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

15 Es importante señalar que la comunicación por medio de la cual se remite al señor Rivera Ibarra al examen médico de egreso es dirigida a PGI Salud Ocupacional, en membrete de la compañía Colombian Shared Services -CSS- que, además, tiene un logo con la sigla MTC.

16 Copia del escrito de solicitud de examen de egreso firmado por el accionante y dirigido a MTC, con fecha 14 de octubre de 2020. No tiene sello ni marca de radicación presencial. Se aporta también copia del pantallazo de envío de la petición desde el correo electrónico legaladvisorsgroup@gmail.com al correo electrónico talentomina@mtcol.com, el 16 de octubre de 2020. Anexos impugnación, prueba documental.

17 Formato de la empresa Salud Ocupacional Los Andes diligenciado con solicitud de copia completa del examen médico de retiro, con fecha 3 de noviembre de 2020. Anexos impugnación, prueba documental.

18 Folio 3, Impugnación.

19 Folio 3, respuesta accionante.

20 Folio 5, respuesta accionante.

21 Ibídem.

22 Según el reporte, el actor se encuentra afiliado al programa especial autoinmunes, huérfanas MinSalud. Y hace parte del grupo de población del SISBEN, nivel 2, puntaje 35,12. Folio 5, respuesta MEDIMAS.

23 Folio 4, respuesta MEDIMAS.

24 Folio 6, respuesta MEDIMAS.

25 Folio 3, respuesta accionada.

26 Se refiere a las recomendaciones mencionadas en el cuadro anterior consignadas en el examen de reingreso de fecha 5 de agosto de 2020.

27 Folio 2, respuesta accionada.

28 De acuerdo con el certificado, el accionante era trabajador dependiente de la empresa MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A.

29 Folios 7 y 8, respuesta accionada.

30 Respuesta de la accionada. Anexo Prueba 5. Certificado variación de ingresos.

31 Respuesta de la accionada. Anexo Prueba 6. Terminaciones.

32 En escrito remitido el 22 de abril de 2021, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Salud -INS- respondió que, en razón a la naturaleza, competencias y funciones del instituto, no era posible emitir concepto técnico especializado frente al presente asunto. Por otra parte, ni la empresa Salud Ocupacional Los Andes ni el Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo dieron respuesta a los requerimientos efectuados por esta Corporación.

33 La Corte solicitó a las entidades invitadas información especializada con respecto a: ¿qué es la Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA)?, ¿cómo se diagnostica la ELA?, ¿qué causa la enfermedad?, ¿cuáles son sus signos, síntomas y efectos?, ¿estos síntomas son notorios?, ¿cuáles son los estadios de la evolución de la ELA?, ¿es siempre una enfermedad incapacitante, degenerativa, catastrófica y fatal?, ¿qué tipo de tratamiento médico requiere un paciente diagnosticado con ELA?, ¿las EPS suministran dicho tratamiento?, ¿cuáles apoyos interdisciplinarios son necesarios para garantizar su calidad de vida?, ¿qué dificultades u obstáculos pueden tener los pacientes para acceder a los servicios de salud para el manejo de la enfermedad?, ¿cuál es el impacto de esta enfermedad en la vida laboral de los pacientes, en especial, para el desempeño de trabajos físicos?

34 En escrito remitido el 20 de abril de 2021, la Universidad de los Andes señaló que no le era dable rendir el concepto técnico solicitado, por considerar que se configura un conflicto de intereses frente a un proceso en curso, de similar naturaleza, en donde la universidad es parte accionada. Se refiere al expediente T-6.083.432, acción de tutela instaurada por Carolina Sanín Paz contra la Universidad de los Andes. Por otra parte, en escrito remitido el 27 de abril de 2021, la Academia Nacional de Medicina dio respuesta al requerimiento de esta Corte señalando que no cuenta con expertos en el tema de consulta.

35 Acápites redactados con base en las Sentencias T-667 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1075 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-922A de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-403 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

36 La Sala observa que dentro del expediente obra poder especial del accionante a la

abogada Ana Milena Núñez Peralta, quien ha brindado asesoría y ha colaborado al actor en el presente trámite de tutela. Esta participación, sin embargo, no supone que la abogada tenga la calidad de apoderada o agente oficioso del accionante. Por el contrario, tal y como consta en el escrito de tutela, la solicitud de amparo fue presentada por el señor Rivera Ibarra a nombre propio y coadyuvada por la abogada Núñez Peralta.

37 Acápito redactado con base en las Sentencias T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-403 de 2019 y T-167 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

38 El inciso final del artículo 86 de la Constitución dispone: “(...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

39 En la Sentencia T-290 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte diferenció los conceptos de subordinación e indefensión de la siguiente manera: “la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”.

40 Sentencias T-1000 y T-1086 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

41 Sentencia C-934 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

42 Folio 13 a 18, contrato-documentos, anexo acción de tutela.

43 Acápito redactado con base en las Sentencias T-1140 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-138 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

44 Sentencias T-785 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; T-799 de 2009, M.P. Luis

Ernesto Vargas Silva; y T-165 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

45 Sentencias T-106 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell; y T-100 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

46 Sentencias T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-391 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

47 Sentencias T-406 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-092 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-418 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; T-550 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-271 de 2018, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

48 Sentencias T-663 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-703 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

49 M.P. María Victoria Calle Correa.

50 Folio 2, acción de tutela; también, historia clínica aportada al proceso.

52 En el reporte de consulta externa por neurología, realizada el 14 de diciembre de 2020, se indica lo siguiente: “Motivo de consulta y enfermedad actual. Paciente con cuadro clínico que inicia hace 7 años, en el 2013, caracterizado por atrofia de músculos interóseos, debilidad distal a proximal, deformidad de manos por atrofia muscular severa, voz disfónica, dificultad para la deglución de líquidos, reflujo gastroesofágico, tos ocasional, fasciculaciones en dorso y extremidades, espasmos musculares y contractura. (...) Análisis. Paciente con cuadro clínico de Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) definida, que cumple criterios de escorial, compromiso espinal #2 segmentos y bulbar en curso, disartria y compromiso deglutorio para líquidos. Requiere continuidad en medicación Riluzol Tab 50 mg Vo cada 12 horas, el cual recibió hasta el 2018, pero por trámite administrativo la EPS no lo volvió a formular. Desde hace 2 años está sin medicación. Requiere continuidad en terapia física de mantenimiento y medicación. Diagnóstico. Enfermedad de motoneurona superior e inferior -ELA definida. Plan de Manejo. Terapia física, fonoaudiología, valoración por neumología para estudio de función ventilatoria, control por neurología, Riluzol Tab 50 mg Vo cada 12 horas”. Folios 1 y 2, examen médico privado 2021.

53 Folio 3, respuesta accionante.

54 La situación de dependencia fue referida por el accionante en escrito remitido el 20 de abril de 2021 y se confirma con el certificado de afiliación a la EPS MEDIMAS remitido por esta el 22 de abril de 2021, Igualmente, no fue desvirtuada en el trámite de tutela.

55 Sentencias SU-049 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa, T-118 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, y T-386 de 2020, M.P. Diana Fajardo Rivera.

56 *Ibídem*.

57 Aprobado por la Ley 74 de 1968.

58 Aprobado por la Ley 82 de 1988.

59 Aprobado por la Ley 1346 de 2009.

60 “Artículo 27. Trabajo y Empleo. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:
// a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables (...) k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. (...)”.

61 El fundamento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por condiciones de salud derivado de los instrumentos en mención se identificó, entre otras, en las sentencias C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-273 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

62 M.P. María Victoria Calle Correa.

63 Sentencia T-201 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

64 Sentencia SU-049 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

65 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

66 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

67 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

68 Expediente T-7.899.839.

69 Reglas recopiladas en la Sentencia T-041 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

70 Sentencias T-372 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo, y T-201 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

71 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

72 “Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. // No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

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

74 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

75 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

76 “Artículo 1o. Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas en situación de discapacidad en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas en situación de discapacidad severas y profundas, la asistencia y protección necesarias”.

77 Este capítulo se construye con base en los conceptos remitidos por el Instituto Roosevelt, la Universidad de Antioquia y el Ministerio de Salud y Protección Social. Pretende dar cuenta de las características de la enfermedad como elemento relevante en el examen del conocimiento de la condición de salud del trabajador por parte del empleador.

78 Respuesta al requerimiento de información especializada remitida por la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, recibida el 26 de abril de 2021. Concepto técnico emitido por el médico neurólogo Omar Fredy Buriticá Henao.

79 Respuesta al requerimiento de información especializada remitida por el Instituto Roosevelt, recibida el 26 de abril de 2021.

80 Son los músculos que controlan el habla, la deglución y la masticación.

81 Alteración en la articulación de las palabras.

82 Dificultad para la deglución de los alimentos.

84 Por un lado, Roche y colaboradores han planteado 5 fases clínicas que dependen del número de segmentos corporales afectados así como el requerimiento de ayudas vitales como la gastrostomía o la traqueostomía, así: Fase 1. Una región funcionalmente comprometida (inicio de los síntomas). Fase 2. Dos regiones funcionalmente comprometidas. Fase 3. Tres regiones funcionalmente comprometidas. Fase 4. . Dos regiones funcionalmente comprometidas + necesidad de gastrostomía (4A) o ventilación no invasiva (4B). Fase 5. Muerte.

85 Por otro lado, existe otra escala conocida como ASL-MITOS en la que se definen 5 estadios según el número de dominios funcionales afectados (movilidad, deglución, comunicación y respiratorio) y el puntaje en los distintos ítems de la escala funcional de esclerosis lateral

amiotrófica (0, 1, 2, 3 y 4).

86 Respuesta al requerimiento de información especializada remitida por el Instituto Roosevelt, recibida el 26 de abril de 2021.

87 Incluye, entre otras especialidades, neurología, neumología, fisiatría, fisioterapia, fonoaudiología, terapia respiratoria, nutrición. De igual manera, se requiere acceso rápido y oportuno a psicología, gastroenterología, otorrinolaringología y a los servicios de ventilación respiratoria, ortesis, silla de ruedas y Sistemas de Comunicación Alternativa y Aumentativa (SCAA).

88 Respuesta al requerimiento de información especializada remitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, recibida el 27 de abril de 2021. Concepto técnico emitido por la Subdirección de Enfermedades no Transmisibles.

89 Respuesta al requerimiento de información especializada remitida por el Instituto Roosevelt, recibida el 26 de abril de 2021.

90 En el reporte de consulta ambulatoria por medicina general del 13 de febrero de 2019, realizada en el Hospital Santa Ana de Muzo E.S.E, se lee: “Paciente con antecedente de Esclerosis Lateral Amiotrófica diagnosticada hace 5 años aproximadamente. Trae resumen de historia clínica de junio de 2018 Dra. Natalia Vega Neuróloga (...)”. Folio 15, historia clínica. Igualmente, en consulta externa del 14 de diciembre de 2020, realizada por la neuróloga Natalia Vega, se lee: “Paciente con cuadro clínico que inicia hace 7 años, en el 2013, caracterizado por atrofia de músculos interóseos (...)”. Folio 1, examen médico privado 2021.

91 Consulta ambulatoria realizada en la E.S.E Hospital Santa Ana de Muzo. Folio 15, historia clínica.

92 Consulta realizada en el Centro médico quirúrgico especializado de Boyacá -CEMEB-. Folio 14, historia clínica.

93 Consulta ambulatoria realizada en la E.S.E Hospital Santa Ana de Muzo. Folio 3, historia clínica.

94 Consulta realizada en el Hospital Regional de Chiquinquirá E.S.E. Folios 1 y 2, historia clínica.

95 Consulta realizada en la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José. Folio 5, historia clínica.

96 Consulta realizada en el Hospital Regional de Chiquinquirá E.S.E. Folio 11, historia clínica.

97 Folio 2, acción de tutela. También, folios 3 y 4, respuesta del accionante al auto de pruebas del 15 de abril de 2021.

98 Prueba 1. Funciones. Adjunta a la respuesta de la accionada al auto de pruebas del 15 de abril de 2021.

99 Tabla 2, fundamento 20 infra.

100 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Minería Texas Colombia -MTC-.

101 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Colombian Shared Services -CSS-.

102 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Colombian Shared Services -CSS-.

103 Concepto médico de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Colombian Shared Services -CSS-.

104 Folio 3, Impugnación.

105 Folio 2, acción de tutela.

106 Historia médico ocupacional de examen periódico de Soluciones Integrales en Salud Ocupacional -SISO- Colombia S.A.S.

107 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante

Minería Texas Colombia -MTC-.

108 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Minería Texas Colombia -MTC-.

109 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Minería Texas Colombia -MTC-.

111 Concepto de aptitud laboral de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Colombian Shared Services -CSS-.

112 Concepto médico de Salud Ocupacional Los Andes. Empresa contratante Colombian Shared Services -CSS. El examen refiere los siguientes resultados en: optometría “presbicia-peterigion bilateral”, audiometría “disminución leve bilateral” y osteomusculares “flexión permanente falange distal 5 dedo mano derecha, pinza limitada en 4 y 5 dedos manos bilateral”.

113 Certificado de aptitud laboral de Salud Ocupacional PGI. Empresa contratante Esmeraldas Mining Services S.A.S.

114 Folio 3, respuesta accionada.

115 Ley 1562 de 2012. Artículo 3°. Accidente de trabajo. “Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. (...)”

116 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”.

117 “POR LA CUAL SE MODIFICA EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE SALUD OCUPACIONAL”.

118 Declaración juramentada extraproceso rendida por el accionante, en la Notaría Única del Círculo de Muzo, Boyacá, el 5 de noviembre de 2020.

119 Respuesta de la accionada al auto de pruebas del 15 de abril de 2021. Anexo Prueba 6.

Terminaciones.

120 Respuesta de la accionada al auto de pruebas del 15 de abril de 2021. Anexo Prueba 5. Certificado variación de ingresos.

121 A partir de octubre de 2020, con la reapertura del espacio aéreo del país, se reactivó el comercio de gemas nacionales en el exterior. López Suárez, A. (01 de marzo de 2021). El 80% de esmeraldas colombianas van al mercado de China. Portafolio. Recuperado de <https://www.portafolio.co/economia/esmeraldas-colombianas-el-80-por-ciento-van-al-mercado-de-china-549626>

122 En el reporte de consulta externa por neurología, realizada el 14 de diciembre de 2020, se indica lo siguiente: “Motivo de consulta y enfermedad actual. Paciente con cuadro clínico que inicia hace 7 años, en el 2013, caracterizado por atrofia de músculos interóseos, debilidad distal a proximal, deformidad de manos por atrofia muscular severa, voz disfónica, dificultad para la deglución de líquidos, reflujo gastroesofágico, tos ocasional, fasciculaciones en dorso y extremidades, espasmos musculares y contractura. (...) Análisis. Paciente con cuadro clínico de Esclerosos Lateral Amiotrófica (ELA) definida, que cumple criterios de escorial, compromiso espinal #2 segmentos y bulbar en curso, disartria y compromiso deglutorio para líquidos. Requiere continuidad en medicación Riluzol Tab 50 mg Vo cada 12 horas, el cual recibió hasta el 2018, pero por trámite administrativo la EPS no lo volvió a formular. Desde hace 2 años está sin medicación. Requiere continuidad en terapia física de mantenimiento y medicación. Diagnóstico. Enfermedad de motoneurona superior e inferior - ELA definida. Plan de Manejo. Terapia física, fonoaudiología, valoración por neumología para estudio de función ventilatoria, control por neurología, Riluzol Tab 50 mg Vo cada 12 horas”. Folios 1 y 2, examen médico privado 2021.

123 Ley 361 de 1997, artículo 26, inciso 2º.

124 CST. Artículo 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002>. El nuevo texto es el siguiente: “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. // En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del

empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: (...) En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así: // a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales: // 1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año. // 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción; (...)"