

Sentencia T-237/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Reiteración de jurisprudencia

TRABAJO DOMESTICO Y SITUACION DE VULNERABILIDAD

Los conocidos riesgos de trato discriminatorio y de explotación hacia personas contratadas para cumplir labores domésticas, como aseo, cocina, lavado y planchado de ropa y demás actividades propias de un hogar, habían encontrado tradicional materialización, connivencia e indiferencia, en un rezago de la esclavitud y la servidumbre del pasado, manteniéndose la segregación social y las diferencias en las condiciones laborales. Con el fin de eliminar tal situación, siendo deber del Estado social de derecho proteger a todas las personas sin distinción alguno, ha evolucionado la normatividad nacional e internacional y la jurisprudencia.

INCAPACIDAD LABORAL-Procedencia de tutela para el pago

El artículo 49 de la Carta Política contempla la garantía para todas las personas, no sólo al acceso a los servicios de promoción y protección de la salud, sino para su recuperación, encontrándose dentro de estos últimos las denominadas incapacidades laborales. Como ha señalado reiteradamente esta corporación, el pago de tales incapacidades suple el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra forzosamente al margen de sus labores, de manera que se garantice no sólo su satisfactorio restablecimiento, sino una subsistencia en condiciones dignas, en concordancia con el artículo 53 superior.

EMPLEADOR-Responsabilidad por omitir la afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social

La posición jurídica de esta Corte ha permanecido invariable, respecto a la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social, al entender que la misma afecta gravemente los derechos de éstos, comprometiendo la responsabilidad directa de aquél, en el sentido de asumir la totalidad de los costos inherentes a la preservación de la seguridad social de los trabajadores afiliados y de los beneficiarios de ellos, evitando que con ocasión del incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador se impida a los

trabajadores recibir la atención integral en salud o el reclamo de las prestaciones asistenciales y económicas a que tienen derecho, con ocasión de una enfermedad de origen común, un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Referencia: expediente T-2849702

Acción de tutela instaurada por María Hildelgaer Sarmiento Miranda, contra José Isidro Ferrucho.

Procedencia: Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., primero (1) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá, en mayo 31 de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada por María Hildelgaer Sarmiento Miranda, contra José Isidro Ferrucho.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la mencionada Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Décima de la Corte, en auto de octubre 27 de 2010, eligió el asunto de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

La señora María Hildelgaer Sarmiento Miranda, instauró acción de tutela contra el señor José Isidro Ferrucho, aduciendo vulneración de los derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenidos en la demanda.

2. Añadió que no fue “afiliada a seguridad social” durante el tiempo que laboró para el demandado, pero se encuentra vinculada a la EPS Famisanar como beneficiaria de su esposo (f. 1 ib.).

1. En octubre 12 de 2008 sufrió un accidente en ejercicio de sus labores, sufriendo un “golpe en el hombro izquierdo”, causante “de múltiples dolores que se agudizaron con el tiempo”, por lo cual fue sometida a una serie de exámenes, entre ellos una resonancia magnética practicada a finales de 2008, con base en la cual se le diagnosticó “rompimiento de los tendones y concluyeron que padecía del traumatismo de manguito rotatorio izquierdo, el cual debía ser operado” (f. 1 ib.), siendo en efecto intervenida en junio 6 de 2009, en la Clínica Infantil Colsubsidio, donde el empleador pagó “un valor aproximado de \$125.000”.

1. Expresó que luego de la intervención quirúrgica ha tenido “incapacidades que el señor José Isidro Ferrucho no ha pagado en su totalidad”, solo hasta octubre de 2009 “respondió por el valor de las mismas y de ahí en adelante ha manifestado que no tiene dinero para pagar las mismas” (f. 2 ib.).

1. Agregó que en febrero de 2010, el demandado procuró en dos ocasiones llegar a un acuerdo “por el monto total de la liquidación de todo el tiempo trabajado y por la incapacidades que habían expedido después de la cirugía”, ofrecimientos que no fueron aceptados por la actora, al estimar que lo propuesto era mínimo “en relación al tiempo que llevaba laborando”.

1. Finalizó señalando que no le es posible trabajar en el estado de salud en que se encuentra, por lo cual solicita se ordene “al accionado el pago de inmediato de incapacidades hasta la fecha” (f. 5 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Cédula de ciudadanía 51.580.854 de Bogotá, a nombre de María Hildelgaer Sarmiento Miranda, donde consta que nació el 28 de octubre de 1952.

2. Ocho constancias de incapacidad, emitidas entre junio 9 de 2009 y febrero 3 de 2010 por la Clínica Infantil Colsubsidio, a nombre de la señora María Hildelgaer Sarmiento Miranda, con duración de 30 días cada una, las tres primeras con diagnóstico “traumatismo de tendón del manguito rotatorio” y las otras “síndrome de manguito rotatorio” (fs. 11 a 14 ib.).

3. Anotaciones de servicios de salud acerca de la actora (fs. 15 a 22 ib.).

C. Respuesta del señor José Isidro Ferrucho.

En escrito de marzo 25 de 2010, el demandado precisó que “no existe prueba alguna que del golpe en el mes de octubre de 2008, se halla (sic) desprendido consecuencias como la que aduce la accionante y por ende la operación que ésta se realizó, los dolores que ella aduce se refieren a hechos posteriores 7 u 8 meses más tarde y no tienen nada que ver con el hecho primigenio; incluso de acuerdo a lo comentado por ella ese problema del manguito rotatorio es de familia”. Añadió que lo pedido por la actora está dirigido “al pago de unas incapacidades, evento que no constituye un perjuicio irremediable”, contando con otros mecanismos judiciales de defensa.

Finalizó pidiendo no tutelar los derechos invocados, “toda vez que la acción desde el mismo momento en que fue incoada es improcedente”, por no existir violación al mínimo vital, teniendo la actora “familia que puede ver por ella tal como se desprende en el escrito de

tutela” (sic, f. 32 ib.).

D. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en providencia de abril 6 de 2010, declaró improcedente la tutela reclamada, al estimar que la pretensión de la actora está “encaminada a obtener que su empleador le pague las incapacidades adeudadas” (f. 47 ib.), ante lo cual “el despacho estima que la presente acción de tutela no es procedente” (f. 48 ib.), siendo la pretensión de carácter económico.

Precisó que no corresponde al juez de amparo interferir en asuntos que son competencia de la jurisdicción ordinaria, “máxime cuando no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable de manera excepcional el amparo constitucional”, y que “la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial con los que puede hacer efectiva sus pretensiones” (f. 48 ib.).

E. Impugnación.

La actora presentó escrito de impugnación en abril 14 de 2010, anotando que si bien lo pretendido es de contenido económico, “el no pago de salarios durante los periodos de incapacidad de los trabajadores” es susceptible de ser protegido a través del “mecanismo de la tutela toda vez que el salario de la demandante es su único medio de sustento, y al dejar de recibir, esto constituye una vulneración clara y flagrante al mínimo vital... no puede el Juez constitucional, en su función de garantizar la efectiva realización de los derechos fundamentales establecer que el salario mínimo devengado por el esposo de la trabajadora, es capaz de suplir todos los gastos de la misma” (f. 57 ib.).

De tal manera, insistió en la solicitud de amparo a los derechos fundamentales invocados y que se ordene al señor José Isidro Ferrucho pagar las “incapacidades generadas por el estado de salud de la trabajadora”, y proceder de “inmediato a las afiliaciones de seguridad social” (f. 57 ib.).

F. Segunda instancia.

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá, en providencia de mayo 31 de 2010, confirmó el fallo referido, al considerar que la acción de tutela no fue creada para “reemplazar los

mecanismos ordinarios de protección... ni para convertirse en vía alternativa, pues es claro que el Estado en su integridad y particularmente la administración de justicia, están diseñados para que por las distintas vías y acciones se garantice la protección de los derechos fundamentales y la de los demás derechos de que gozan las personas. Por lo tanto, es claro y razonable que la acción de tutela resulte improcedente cuando existen otros mecanismos idóneos de defensa judicial" (f. 3 cd. 2).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se analiza.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos invocados por la señora María Hildelgaer Sarmiento Miranda, están siendo vulnerados por su empleador, señor José Isidro Ferrucho, al negarse a pagar lo correspondiente a las incapacidades médicamente reconocidas a ella.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela contra particulares. Indefensión. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Carta Política, contempla la procedencia de la acción de tutela contra particulares, cuando (i) presten un servicio público; (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; y (iii) si el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión ante ellos.

Interesa especialmente, en el presente caso, el entendimiento y alcance del punto (iii) antes enunciado, a partir de la situación en que se encuentre el titular de la acción constitucional, que busca defender sus derechos fundamentales de la violación o riesgo generado por la acción u omisión de un particular, que de alguna manera ejerce superioridad sobre el afectado:

“Esta Corporación en múltiples decisiones judiciales¹ ha expuesto reiteradamente que la acción de tutela procede contra particulares, cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, porque así lo dispone expresamente el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los numerales 1 a 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La Corte ha entendido, y así lo ha expuesto en su jurisprudencia, que la indefensión hace referencia a una situación relacional que implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado se configura sobre situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa por acción u omisión para proteger sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; es decir que la indefensión es entendida como la posibilidad de dar respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate. Así mismo, ha dicho también esta Corte que el estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas, de los hechos relevantes tales como las condiciones de desprotección, circunstancias económicas, sociales, culturales y los antecedentes personales de los sujetos procesales, por ello el concepto de indefensión es esencialmente relacional. Ello significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otros particulares habrá que determinarlo, por parte del juez de tutela de acuerdo al tipo de vínculo que existe entre ambas partes.

En este orden de ideas, estima la Sala que la tutela contra particulares extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc.”. 2

De tal manera, ciertamente es la acción de tutela un mecanismo excepcional idóneo para enfrentar las trasgresiones de particulares contra quienes, por especiales condiciones o limitaciones, se hallen subordinados o indefensos, desposeídos de recursos físicos y/o jurídicos eficaces para proteger y mantener sus derechos fundamentales, ante una inadmisibles situación vulneradora.

Cuarta. El trabajo doméstico y su situación de vulnerabilidad.

Los conocidos riesgos de trato discriminatorio y de explotación hacia personas contratadas para cumplir labores domésticas, como aseo, cocina, lavado y planchado de ropa y demás actividades propias de un hogar, habían encontrado tradicional materialización, connivencia e indiferencia, en un rezago de la esclavitud y la servidumbre del pasado, manteniéndose la segregación social y las diferencias en las condiciones laborales.

Con el fin de eliminar tal situación, siendo deber del Estado social de derecho proteger a todas las personas sin distingo alguno, ha evolucionado la normatividad nacional e internacional y la jurisprudencia, como bien ha expresado esta Corte³:

“Tradicionalmente al servicio doméstico se le ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la labor del ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata, como lo han hecho ver estudios especializados⁴, de una actividad ‘invisible’ para el resto de la sociedad.

Contribuyen a esta percepción los análisis estadísticos que asimilan el grupo familiar a mera unidad de consumo, ignorando que las labores desarrolladas en su seno también contribuyen a la producción y a la reproducción social. Además, gravita la creencia equivocada según la cual quienes desempeñan labores domésticas por cuenta ajena no son trabajadores, pues sólo lo son quienes poseen un empleo convencional que les demanda dedicación de tiempo, por el cual perciben un ingreso.

Las pautas culturales también aportan a esta visión, pues como antiguamente el trabajo doméstico correspondía a criados o siervos, aún se sigue pensando que esas personas pueden ser explotadas, máxime cuando ejercen una labor que supuestamente no exige instrucción para desempeñarla.

Así mismo, pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género, aún hay quienes creen, sin razón, que basta con ‘ser mujer’ para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas, prejuicio que quizás explica porqué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa.

Las condiciones laborales de los trabajadores del servicio doméstico son en la mayoría de los

casos desfavorables, pues se los explota en circunstancias que equivalen a las de esclavitud y el trabajo forzoso. 5

Ciertamente, a menudo la jornada del personal del servicio doméstico es larga o incluso excesiva, sin días de descanso ni compensación por las horas extraordinarias y su salario suele ser muy bajo y tienen una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico, lo anterior dado que, en no pocas ocasiones, los empleadores prefieren mantener el vínculo laboral en la informalidad para así ahorrar costos. 6

Teniendo en cuenta que esa actividad se desarrolla en un espacio reservado como es el hogar, los trabajadores domésticos también están expuestos a que se les someta a acoso físico o sexual, violencia y abusos y, en algunos casos, se les impide salir de la casa del empleador recurriendo a amenazas o a la violencia, a la retención del pago de los salarios o de sus documentos de identidad. 7

Por tal razón, la Organización Internacional del Trabajo OIT, a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo, ha considerado que los trabajadores domésticos están en situación de vulnerabilidad y demandan, por tanto, la protección del Estado.”

Quinta. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. El artículo 49 de la Carta Política contempla la garantía para todas las personas, no sólo al acceso a los servicios de promoción y protección de la salud, sino para su recuperación, encontrándose dentro de estos últimos las denominadas incapacidades laborales.

Como ha señalado reiteradamente esta corporación, el pago de tales incapacidades suple el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra forzosamente al margen de sus labores, de manera que se garantice no sólo su satisfactorio restablecimiento, sino una subsistencia en condiciones dignas, en concordancia con el artículo 53 superior. Al respecto, en la sentencia T-311 de julio 15 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo⁸, se indicó (no está en negrilla en el texto original):

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada,

según las disposiciones legales.

Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia.

Y es que el trabajador tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios pero también a que se le otorgue justo trato durante el tiempo en que permanece involuntariamente inactivo por causa de perturbaciones en su salud.

En tal sentido, en sentencia T-772 de septiembre 25 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se indicó que por el no pago de las incapacidades laborales pueden verse afectados otros derechos fundamentales, como la salud, la vida en condiciones dignas y, en casos extremos, la vida:

“De lo anterior puede colegirse que, el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

(i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposos requerido para óptima recuperación.

En concordancia con lo anterior, esta Corporación ha manifestado que el pago de la prestación económica surgido de la incapacidad por enfermedad general constituye una garantía para la salud del trabajador quien podrá recuperarse a satisfacción sin tener que preocuparse por retomar de manera anticipada sus labores habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia. Adicionalmente, este aspecto se relaciona con los principios de igualdad y dignidad humana, según los cuales debe brindarse un tratamiento especial al trabajador que se encuentre en un estado de debilidad manifiesta

en razón de su precaria condición de salud⁹.

(ii) El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

Conviene recordar en este punto que, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho 'debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador'.¹⁰

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte."

5.2. Para hacer efectiva la materialización de esa remuneración, el Sistema de Seguridad ha establecido que esta clase de prestaciones económicas deben ser cubiertas por la EPS, si el origen de la incapacidad es común, y la ARP, si es de origen laboral, siempre y cuando el trabajador se encuentre afiliado al Sistema, pues de lo contrario el primero llamado a responder por las incapacidades laborales del trabajador será el contratante.

Es de recordar que la posición jurídica de esta Corte ha permanecido invariable, respecto a la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social, al entender que la misma afecta gravemente los derechos de éstos, comprometiéndolos a la responsabilidad directa de aquél¹¹, en el sentido de asumir la totalidad de los costos inherentes a la preservación de la seguridad social de los trabajadores afiliados y de los beneficiarios de ellos¹², evitando que con ocasión del incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador se impida a los trabajadores recibir la atención integral en salud o el reclamo de las prestaciones asistenciales y económicas a que tienen derecho, con ocasión de una enfermedad de origen común, un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Sexta. Caso concreto.

6.1. Como quedó expuesto, la señora María Hildelgaer Sarmiento Miranda, solicita se amparen sus derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el señor José Isidro Ferrucho, al no haber pagado las incapacidades padecidas por la actora, que médicamente le fueron reconocidas.

Por su parte, el demandado solicitó no tutelar los derechos “invocados por la accionante”, al estimar que existen otros mecanismos judiciales de defensa y no evidenciarse vulneración al mínimo vital, “toda vez que tiene familia que puede ver por ella tal como se desprende en el escrito de tutela” (f. 32 ib.).

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en providencia de abril 6 de 2010, declaró improcedente la tutela reclamada, al estimar que la pretensión de la accionante está “encaminada a obtener que su empleador le pague las incapacidades adeudadas”, ante lo cual “el despacho estima que la presente acción de tutela no es procedente, por cuanto la pretensión de la demandante es de carácter económica” (f. 48 ib.).

Impugnada esa sentencia por la actora, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá la confirmó, mediante providencia de mayo 31 de 2010, al considerar que la acción de tutela no fue creada para “desplazar los mecanismos ordinarios de protección... ni para convertirse en vía alternativa, pues es claro que el Estado en su integridad y particularmente la administración de justicia, están diseñados para que por las distintas vías y acciones se garantice la protección de los derechos fundamentales” (f. 7 cd. 2).

Al respecto esta Sala advierte que el amparo pedido por la demandante es procedente, así vaya dirigido contra un particular, ante el cual la actora carece de otro mecanismo oportuno de defensa, y teniendo en cuenta que es real la vulneración de derechos fundamentales como la seguridad social, la dignidad humana y el mínimo vital, este último no percibido en los despachos judiciales de instancia, donde no creyeron que estaba afectado, en la medida en que la señora Sarmiento Miranda dependía económicamente de su esposo, sin columbrar que si ello le fuere suficiente, no se habría empleado como trabajadora doméstica.

Al respecto es importante recordar que “cada individuo que ingresa al mercado laboral - independientemente del estrato que ocupe-, recibe una retribución económica que, en principio, constituye la base de los gastos de manutención que plausiblemente espera cubrir y de las carencias que aspira superar. De ahí, que la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida¹³”. Así, el derecho al mínimo vital “no se limita a la protección del ingreso mínimo, concebido desde un criterio cuantitativo. Las necesidades personales y familiares deben ser valoradas por el juez en cada caso desde el punto de vista subjetivo, sin importar su monto”.¹⁴

Por tales razones, si bien a la incapacitada actora no le queda opción diferente a depender económicamente de su esposo, como lo expresó en la declaración rendida ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá (f. 38 cd. inicial), ello no implica que su mínimo vital no se esté afectado, pues ese derecho no puede ser valorado cuantitativamente y de manera fija y abstracta, sino bajo las condiciones propias de cada persona.

En el presente caso sí se observa una afectación a este derecho, habiendo laborado la actora en el hogar del señor José Isidro Ferrucho durante más de 10 años, tiempo en el cual había recibido una remuneración que, aunque mínima, contribuía al sostenimiento de su hogar, hasta cuando fue incapacitada.

Así, esta acción de tutela es viable para obtener el pago de las incapacidades laborales¹⁵, al resultar evidentemente comprometidos derechos fundamentales de la actora, en circunstancias que evidencian la materialización de un perjuicio irremediable susceptible de ser amparado constitucionalmente¹⁶, resultando inidónea la acción laboral ordinaria por las decisiones tardías que lamentablemente le son habituales, no justificándose de otra parte que la tutela sea transitoria para que una persona en las condiciones de debilidad manifiesta que palmariamente afectan a María Hildergaer Sarmiento Miranda, tenga que incoar, en un término apremiante, una acción de tal naturaleza.

Concluye la Sala que, entonces, la tutela instada debe concederse, dadas las condiciones

especiales en las que se encuentra la actora, su dificultad para volver a trabajar y la precariedad de los ingresos familiares, al vivir del salario mínimo percibido por el esposo, en buena parte gastado en la recuperación de la señora, todo ello exacerbado por la no cancelación de las incapacidades laborales, dispuestas médicamente.

6.3. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo adoptado en mayo 31 de 2010 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá, que a su vez confirmó el dictado en abril 6 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, declarando improcedente el amparo pedido.

En su lugar, se concederá la tutela pedida por la señora María Hidelgaer Sarmiento Miranda, disponiendo que en el término máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, el señor José Isidro Ferrucho, si aún no lo ha efectuado, cubra monetariamente todas las incapacidades médicas que se le han causado como consecuencia del “traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro” o “síndrome de manguito rotatorio”, que empezó a aquejarla cuando trabajaba en el hogar del accionado, en labores domésticas.

Lo anterior se cumplirá independientemente de que la accionante decida, eventualmente, acudir a la jurisdicción laboral ordinaria en reclamación de otros derechos que ella pudiere considerar que le asisten.

III.- 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,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en mayo 31 de 2010 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá, que confirmó la dictada en abril 6 de dicho año por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, declarando improcedente el amparo de los derechos fundamentales de la señora María Hidelgaer Sarmiento Miranda al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, los cuales, en su lugar, se dispone TUTELAR.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR al señor José Isidro Ferrucho que en el término máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha efectuado, cubra monetariamente todas las incapacidades médicas de la señora María Hidelgaer Sarmiento Miranda, que se le han causado como consecuencia del “traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro” o “síndrome de manguito rotatorio”, que empezó a aquejarla cuando trabajaba en el hogar del accionado, en labores domésticas.

Lo anterior se cumplirá independientemente de que la accionante decida, eventualmente, acudir a la jurisdicción laboral ordinaria en reclamación de otros derechos que ella pudiere considerar que le asisten.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-237 DE 2011

Referencia: expediente T-2.849.702

Acción de tutela instaurada por María Hildelgaer Sarmiento Miranda contra José Isidro Ferrucho.

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respecto por la decisión mayoritaria de la Sala Sexta de Revisión, en el presente escrito me permito expresar las razones por las cuales me separo de la posición mayoritaria adoptada dentro del proceso de revisión de tutela de la referencia.

En mi opinión, la sentencia no resolvió el caso de manera precisa, ya que del relato de los hechos se observa que la accionante solicita por este medio subsidiario de defensa, el pago de unas incapacidades que dan un total de 240 días; sin embargo, las características del asunto permiten determinar que en este caso se debió resolver de una manera diferente a la efectuada en el fallo de la referencia.

La providencia ordenó al señor José Isidro Ferrucho que cubra monetariamente todas las incapacidades médicas de la señora María Hildelgaer Sarmiento Miranda que se le han causado como consecuencia del “traumatismo del tendón del manguito rotatorio” del cual empezó a aquejarse cuando trabajaba en el servicio domestico. Además resolvió dicho fallo que la mencionada orden procedía sin perjuicio de que la accionante decida instaurar la acción pertinente ante la jurisdicción laboral ordinaria.

En este orden de ideas, la sentencia analizó el caso de la señora Sarmiento sin tener en cuenta las siguientes particularidades (i) el contrato laboral que surgió entre la accionante y el señor José Isidro Ferrucho no se perfeccionó conforme a lo dispuesto en las normas de Código Sustantivo Laboral (ii) la señora María Hildelgaer tuvo un accidente de trabajo, el cual no se encuentra calificado por ninguna ARP, ya que su empleador no la vinculó a la seguridad social ni en salud ni en pensión (iii) teniendo en cuenta que la accionante está reclamando el pago de 240 días de incapacidad en este caso debe existir una calificación de su enfermedad, ya que las incapacidades superan los 180 días a efectos de definir si tiene el derecho a una pensión de invalidez la cual debe ser asumida por el empleador ya que nunca

la afilió a seguridad social en pensión.

Así las cosas, en este caso no era procedente ordenar el pago de las incapacidades laborales correspondientes a 240 días, ya que es la jurisdicción ordinaria laboral la competente para determinar si lo que corresponde es otorgar una pensión de invalidez, previa una valoración por la respectiva ARP una vez su empleador la afilie a la seguridad social en salud. En tal sentido, el problema jurídico no sólo radica en el impago de las incapacidades laborales sino además en que por el hecho que éstas comprenden un total de 240 días entre junio de 2009 y febrero 3 de 2010 se genera una incapacidad permanente o parcial.

En este orden, es pertinente señalar que como el contrato de trabajo de la accionante se efectuó desprovisto de toda legalidad, no sólo al empleador le corresponde (i) asumir el pago de las incapacidades adeudadas, ya que éstas debían ser canceladas por la administradora de riesgos profesionales ARP teniendo en cuenta que la enfermedad según se resalta a folio 12 fue a causa de su ejercicio laboral, (ii) sino que es a través del juez natural quien determina si además tiene una incapacidad por causa de su enfermedad, situación que no fue contemplada en el fallo del cual me separo de la posición mayoritaria.

Además, lo anterior es preciso señalar que el fallo no hizo una distinción entre las causas de las incapacidades por enfermedad profesional y la enfermedad común a efectos de resaltar que las incapacidades surgieron por (i) una actividad con ocasión del trabajo y (ii) la ocurrencia del hecho, el cual produce “en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte”.

Al respecto en sentencia T-062 de 2007 hace referencia a la normatividad que desarrolla los elementos esenciales que configuran el accidente de trabajo. Así, dispuso que “El artículo 9° del Decreto 1295 de 1994 recoge dos elementos esenciales que, en conjunto, muestran los precisos contornos conceptuales del accidente de trabajo. Así, la disposición establece, en primer lugar, que tal evento es un suceso repentino cuya ocurrencia tiene una fuente precisa, pues su acaecimiento se da “por causa o con ocasión del trabajo”. El origen de la dolencia es, entonces, parte esencial de la calificación del evento como accidente de trabajo, puesto que la ausencia de dicha relación con la prestación del servicio supone, de forma necesaria, la aplicación de disposiciones diferentes que, en principio, corresponderían al Sistema de riesgo común. El segundo elemento que configura el accidente de trabajo es la

consecuencia que se sigue de la ocurrencia del hecho, el cual produce “en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte”. Al margen de estos dos elementos que necesariamente han de coincidir para que se constituya el accidente de trabajo, el ordenamiento cuenta con reglas adicionales que precisan eventos concretos que concluyen dicha definición, bien para excluirlas o integrarlas en el espectro de protección que brinda el sistema de riesgos profesionales. Así, el inciso 2° del artículo 9° del Decreto 2351 de 1965 establece que también se configura un accidente de trabajo cuando el suceso ocurre durante la ejecución de órdenes del empleador o en el desarrollo de una labor ejecutada bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. La misma disposición incorpora en esta categoría aquellos accidentes que sucedan durante el traslado de los trabajadores desde su residencia al lugar de trabajo, o viceversa, a condición que el medio de transporte sea suministrado por el empleador. (...)” (negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, en la sentencia T-684 de 2010 la Corte Constitucional ha indicado que el trabajador incapacitado goza de una protección constitucional reforzada, que implica que durante el período en el cual se encuentra ausente de sus actividades, por enfermedad debidamente certificada, no puede ser despedido por su empleador en razón a dicha circunstancia, lo cual supone también que se mantenga vigente su vinculación a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, esto con el fin de mantener activos los beneficios económicos y asistenciales que se derivan del contrato de trabajo.

Por todo lo anterior, dejó expresados los motivos por los que salvo el voto en esta providencia.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 “T-506/92, M. P. Ciro Angarita Barón; T-605/92 y T-162/94 M.. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-365/93, M.. P. Hernando Herrera Vergara; T-036/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-602/96, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.”

2 T-351 de julio 30 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

3 C-310 de mayo 30 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

4 “Colectivo loé. ‘El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida’. Informe de investigación, editado y financiado por Juventud Obrera Cristiana de España. Madrid, 1990”.

5 “OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004. Informe VI. Pág. 67.”

6 “OIT, ib.”

7 “OIT, ib.”

8 En similar sentido, T-094 de febrero 10 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-772 de septiembre 25 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

9 “Ver Sentencia T-789 de 2005.”

10 “Sentencia T-818 de 2000.”

11 C-177 de mayo 4 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-382 de julio 30 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

12 T-351 de mayo 8 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

13 SU-995 de diciembre 9 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

14 T-066 de febrero 4 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

16 T-201 de marzo 4 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.