

Sentencia T-254/16

INCLUSION LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Importancia

Esta Corporación ha hecho referencia a la importancia de la inclusión en el ámbito laboral, como parte esencial en el camino para combatir los tratos discriminatorios a los que históricamente han estado sometidas las personas con discapacidad.

DISCAPACIDAD E INVALIDEZ-Diferencia

La jurisprudencia de este alto Tribunal ha sostenido que los conceptos de discapacidad e invalidez son claramente diferenciables. La discapacidad es el género, mientras que la invalidez es una especie del mismo y, en consecuencia, no siempre que existe discapacidad necesariamente se está frente a una persona inválida.

TELETRABAJO-El surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación en el marco de las nuevas tecnologías de la información

TELETRABAJO-Modalidades para su ejercicio

Específicamente, para el caso de la población en condición de discapacidad, el teletrabajo se concibe como un instrumento para combatir las barreras de acceso físicas que normalmente tienen estas personas para obtener y mantener un empleo. De esta manera, la flexibilización de los elementos clásicos del contrato trabajo, como ocurre con la jornada laboral en las instalaciones convencionales destinadas por el empleador, evita que el transporte o la necesaria adecuación del lugar de trabajo se tornen como límites que impidan la realización de sus derechos.

DERECHO AL TRABAJO, A LA DIGNIDAD HUMANA Y A LA IGUALDAD-Se exhorta a la Defensoría del Pueblo para que promueva las actuaciones que se requieran para asegurar la inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad, en especial cuando se trata de la implementación de los programas de teletrabajo

Referencia: Expediente T-5.315.489

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Jaime Alberto Rincón Correa en contra de la Defensoría del Pueblo

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 21 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá DC, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el señor Jaime Alberto Rincón Correa en contra de la Defensoría del Pueblo.

I. ANTECEDENTES

El 3 de octubre de 2015, el señor Jaime Alberto Rincón Correa presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la inclusión social, los cuales consideró vulnerados ante la supuesta omisión de la Defensoría del Pueblo de ajustar sus condiciones laborales a las necesidades de su discapacidad, cuando, en reiteradas ocasiones, sus médicos tratantes y los profesionales de salud de la entidad han emitido las respectivas recomendaciones de salud ocupacional, incluyendo aquellas relativas a la incorporación en programas de teletrabajo.

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. El señor Jaime Alberto Rincón Correa es una persona en situación de discapacidad desde 1997. De acuerdo con la demanda, la misma se originó a partir de “una lesión en la

médula espinal causada por un tumor llamado ‘Sarcoma Granulocítico’ o leucemia mieloide aguda (...) [el cual] se extrajo con una cirugía de la columna (...) [y se le] hizo un trasplante de médula ósea para curar la leucemia (...)”[1]. Este procedimiento le ocasionó fuertes dolores lumbares y en las piernas que le generaron dificultad para caminar, suceso por el cual, por regla general, requiere de un caminador para movilizarse y dependiendo del grado de malestar, algunas veces debe utilizar una silla de ruedas.

1.1.2. A través de la Resolución 896 del 26 de octubre de 2006 fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado, Grado 19, adscrito a la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria[2], del cual tomó posesión el 3 de noviembre del año en cita[3]. En dicha Dirección estaba encargado de identificar las reglas jurisprudenciales proferidas por la Corte, en relación con las personas privadas de la libertad. Con posterioridad, en agosto de 2007, fue nombrado en la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas, y se le encomendó la gestión de peticiones para la protección de los derechos de los ciudadanos ante las autoridades competentes.

Desde mayo de 2008 y hasta el momento de interposición de la presente acción, el actor fue asignado a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, en la cual se le encargó la labor de participar en la revisión de los expedientes de tutela para realizar las insistencias ante esta Corporación, así como acudir a los comités jurídicos en que se discuten dichos casos.

1.1.3. De la historia clínica allegada al expediente, se observa que durante el desarrollo de la relación laboral, la situación médica del accionante continuó desmejorando por diversos factores. Al respecto, cabe resaltar que en octubre de 2012, además de los padecimientos de los que ya sufría, le inició un dolor lumbar que se fue acrecentando con el paso del tiempo, y que derivó en una “pérdida de la alineación normal de los cuerpos vertebrales sacros y coccígeos, advirtiendo desplazamiento anterior del cóccix a la altura de la unión sacrococcígea”[4]. Por virtud de lo anterior, en los exámenes y conceptos médicos que se anexan al expediente se consagra la dificultad que tiene el señor Rincón Correa para ponerse de pie[5]. Más adelante, en el año 2013, consta que el actor sufrió un desprendimiento de retina en el ojo izquierdo con disminución de visión[6].

1.1.4. Como consecuencia del panorama médico descrito, se realizaron algunas

valoraciones a las condiciones en las que el señor Jaime Alberto Rincón Correa venía prestando sus servicios, en el marco del programa de salud ocupacional de la Defensoría del Pueblo. Como punto central de las evaluaciones realizadas se estableció que la enfermedad del actor era de origen común, para lo cual se consideró que su patología correspondía a “trastornos de refracción -Secuelas de lesión medular secundaria a neoplasia -trastornos de ansiedad secundario -Cifosis de columna vertebral torácica -Discopatía Lumbar [y] -Luxación anterior del cóccix”[7].

Dado lo anterior, entre los años 2009 a 2014, entre otras, se recomendó a la Defensoría adecuar el tamaño y distribución de los espacios en la oficina del demandante para facilitar su movilización (incluyendo la entrada al baño), ajustes ergonómicos al puesto de trabajo, disminución en un 50% de las tareas de lectoescritura con ocasión del desprendimiento de retina del ojo izquierdo, control de factores de riesgo psicosocial y revisión de la jornada laboral para adecuarla a las necesidades del paciente[8].

1.1.5. Por su compleja situación de salud y especialmente por la dificultad para moverse, el accionante ha sido incapacitado de manera recurrente y ello ha afectado la regularidad con la que acude a las instalaciones de la entidad demandada, ya que debe asistir a controles y exámenes médicos como parte de su tratamiento. Esta situación ha suscitado molestias entre sus superiores, pese a que en diversas ocasiones informó la razón de sus ausencias a la Dirección de Gestión de Talento Humano, a la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales y a sus jefes directos, mediante comunicación por teléfono o correo electrónico, enviado directamente por él o por su esposa[9].

En desarrollo de lo anterior, el accionante pone de presente el memorando 3030-664 del 23 de diciembre de 2014 enviado por el Director Nacional de Recursos y Acciones judiciales, en el que se señaló lo siguiente:

“El día de hoy, 23 de diciembre de 2014, intenté contactarme con usted a efectos de coordinar el Comité Jurídico para el estudio de las solicitudes de insistencia -Actas 1 y 2 de 2015-, pero no fue posible toda vez que no se le encontró en su puesto de trabajo. // Adicionalmente con ocasión de la solicitud por usted elevada, referente al disfrute de una de las semanas de diciembre, fui enterado que no ha acudido a laborar todos los días durante los últimos meses; sin que a este Despacho haya solicitado autorización para

ausentarse o justificado sus inasistencias, a efectos de legalizar las mismas. // De conformidad con lo anterior, muy respetuosamente le solicito informar a este Despacho en un plazo no menor a tres días hábiles contados a partir del recibo de esta comunicación, y por escrito, el motivo por el cual no se presentó a su puesto de trabajo el día en cuestión.”[10]

Dicho requerimiento fue contestado por el señor Jaime Alberto Rincón Correa al día siguiente, tal como se transcribe a continuación:

“1. El día 23 del presente mes informé a la secretaria de su despacho (por parte de mi esposa y mía) mi lamentable condición de salud, situación que me impidió acudir al sitio de labores, como está certificado y que es de conocimiento integral de la Institución. // 2. Hasta el momento no he sido notificado en ningún momento ni por ningún medio de qué actuaciones debo adelantar en relación con las Actas 1 y 2 del año 2015. No obstante, como sabe usted, siempre he estado atento a acudir por mis responsabilidades, como consta en los sucesivos informes que siempre allego a su despacho. El último de ellos se lo presenté por medio de correo electrónico el lunes 22 de diciembre de 2014 a las 2:52 pm. // 3. En la circular que se emitió acerca de los turnos de navidad y fin de año no se tuvo en cuenta mi condición especial de discapacidad, como tampoco se atendió mi sugerencia de compensar en otras actividades para acceder a ese derecho. Ocurre esta situación ante la falta de atención de mis condiciones particulares cuando nunca antes me había sido negado. // 4. A lo largo de mi actividad laboral con la Defensoría del Pueblo he mantenido siempre rigor, responsabilidad y cumplimiento cabal de mis obligaciones y de las tareas que me han sido encomendadas. Por ello causa extrañeza el tono conminatorio e imperioso como ahora se me está requiriendo.”[11]

Dado que el actor continuó asistiendo a controles médicos constantemente y que se le practicaron algunos procedimientos y exámenes, se relaciona que a inicios del año 2015 también tuvo unas ausencias que fueron oportunamente anunciadas a la Defensoría, a través de comunicaciones escritas[12].

1.1.6. Ahora bien, teniendo en cuenta que sus reiteradas ausencias empezaron a plantear algunas controversias en la entidad, el señor Rincón Correa reiteró la necesidad de proceder al cumplimiento de las adecuaciones recomendadas a su jornada laboral, tanto por las

valoraciones de salud ocupacional de la entidad demandada, como por sus médicos tratantes.

Así las cosas, en el mismo escrito del pasado 29 de diciembre de 2014, el demandante señaló que su médica fisiatra tratante advirtió, entre otras, que “[d]ebe evitar presencia de horarios laborales prolongados más de 6 horas; debería considerarse trabajo en casa. En el caso de que el paciente presente situaciones de disautonomías (mareo, sudoración, vértigo) deberá poder ir a laborar a su casa sin considerar este día como incapacidad (...)”[13]. En dicha oportunidad, igualmente anexó una certificación del 18 de julio de 2014 expedida por su médico tratante para ortopedia y traumatología, en la cual consta que:

“El señor JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA está discapacitado por paraplejía con Discopatía Lumbar que requirió tratamiento quirúrgico y necesidad de medicación permanente. Requiere en su actividad laboral evitar levantar pesos superiores de 5kg, permanecer sentado o de pie por periodos prolongados; debe realizar pausas activas durante la actividad del día incluso laboral, 3 minutos cada 45 minutos. Adecuar horario laboral de acuerdo a circunstancias de salud. Situación médica que limita la movilidad. Esta discapacidad es permanente.”[14]

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se analizara su situación laboral y que se estableciera un horario laboral flexible, con el propósito de que algunos días a la semana pueda trabajar desde su casa[15].

En este mismo orden de ideas, el 11 de marzo de 2015 el señor Rincón Correa insistió en la importancia de ajustar la jornada laboral a las necesidades de su discapacidad. Para tal efecto, nuevamente pidió que se cumplieran con las recomendaciones ya enunciadas, a partir de la insistencia de su médica fisiatra a causa de una nueva valoración realizada el día de 2 de marzo del año en cita. Al respecto, la citada profesional señaló que: “se reitera el derecho del paciente de gozar de jornada laboral máxima de 4 horas en oficina y el resto del tiempo complementario en casa con el fin de favorecer cambios posicionales y prevenir comorbilidades asociadas ‘compromiso venoso linfático en miembros inferiores’ por permanencia en una sola posición”[16].

En respuesta a estas solicitudes, en escrito del 13 de marzo de 2015, la Subdirectora de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo señaló que las mismas estaban

siendo analizadas para establecer su viabilidad, sin perjuicio de que durante dicho proceso de revisión, se tuviese que allanar el accionante al “cumplimiento de la jornada laboral de 8:00 am a 5:00 pm en las instalaciones de la entidad, de conformidad con lo establecido en la Resolución Interna 1039 de 2000[17]. En caso de ser necesario, usted podrá presentar a consideraciones de esta Subdirección un requerimiento de modificación de la jornada laboral, con el visto bueno de su jefe inmediato.”[18]

Posteriormente, el accionante envió otras solicitudes a diferentes funcionarios de la entidad para requerir la pronta adopción de medidas para la flexibilización de su jornada laboral. En tal sentido, el 6 de mayo de 2015 se dirigió a la Asesora del Despacho del Defensor del Pueblo para que se le diera trámite a las recomendaciones médicas que se habían realizado en relación con sus condiciones de trabajo. En la misma fecha remitió otra petición a la Jefe de Coordinación de Gestión de Talento Humano con la misma finalidad, esta vez con el respaldo de un nuevo concepto médico proferido por la médica fisiatra, en el que se reiteran tales necesidades[19].

La Asesora del Despacho del Defensor del Pueblo dio respuesta a la petición del actor en comunicación del 22 de junio de 2015, en la que indicó que como dicha dependencia no tenía conocimiento de los pormenores de su situación médica y de discapacidad, procedió a solicitar la información del caso a la Subdirección de Gestión de Talento Humano[20]. Por lo demás, advirtió que el requerimiento realizado fue enviado a la EPS Sanitas, con el propósito de que ésta iniciara el proceso de calificación del estado de invalidez, en concordancia con lo previsto en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012.

Más adelante, esto es, el 23 de junio de 2015, la fisioterapeuta tratante del señor Rincón Correa remitió una carta a la Coordinación de Talento Humano, en la que solicitó la observancia de las recomendaciones médicas realizadas por diferentes especialistas respecto de la forma de prestación de los servicios por parte del accionante. Lo anterior, por cuanto “[h]a sido evidente que el paciente Rincón Correa ha tenido desde finales del año 2012 un deterioro progresivo en su salud por daños en su columna lumbosacra y sacroilíaca derecha, que ha requerido varios bloqueos e intervenciones quirúrgicas [y] que puede estar relacionado [con] la falta de cumplimiento de las recomendaciones de los diferentes profesionales que lo han tratado.”[21] En esta misma comunicación, se puso de presente que la vibración que genera el tener que manejar su carro para trasladarse a la

oficina y el pasar prolongadas horas en posición sedante, son factores que agravan su patología.

1.1.7. Aunado a los hechos expuestos, se afirma que el 27 de febrero de 2015 se le inició un proceso disciplinario al accionante como consecuencia de una queja presentada, en su momento, por la Subdirectora de la Oficina de Gestión y Talento Humano, en razón al supuesto incumplimiento del horario laboral[22]. También se expresó que la Defensoría del Pueblo se estaba trasladando a una nueva sede ubicada en el centro de la ciudad de Bogotá, y que ello le implicaba un aumento en el tiempo destinado al recorrido que debía realizar para llegar a su trabajo.

1.1.8. Finalmente, cabe anotar que la Defensoría suscribió un acuerdo colectivo el 22 de julio de 2013 con sus organizaciones sindicales, en específico con ASDEP[23] y ASEMDEP[24], con cuales concertó que la entidad se comprometía a reglamentar “la implementación de horarios especiales y flexibles, según el caso, de acuerdo con las necesidades del servicio”[25], previendo, respecto de las personas en situación de discapacidad permanente, mayor al 25%, que previa evaluación o certificación médica, se dispondría a su favor “un horario laboral flexible de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso”, teniendo en cuenta “el sistema de teletrabajo y otras formas de trabajo a distancia para las personas en [dichas] condiciones.” En definitiva, se dispuso que el acuerdo tendría una vigencia de dos años a partir de la suscripción del acta final (22 de julio de 2013).

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en lo expuesto, el accionante requirió el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad material, a la salud, al trabajo en condiciones dignas y a la inclusión social. Para justificar su solicitud, el señor Rincón Correa puso de presente que a pesar de las dificultades que se le generan con ocasión de su discapacidad, siempre ha cumplido a cabalidad con las tareas que se le han asignado durante los nueve años en los que ha desempeñado sus labores en la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, hasta el momento, no se han implementado y ejecutado de manera oportuna las recomendaciones de salud ocupacional que han sido proferidas tanto por sus médicos tratantes, como por las empresas de salud que lo han valorado. En tal virtud, estimó que

con ocasión de su inobservancia no ha podido realizar un plan de vida autónomo para reintegrarse a las labores propias de su profesión como abogado y ser útil para la sociedad.

Bajo este panorama, alegó que la institución accionada “se ha sustraído de su deber constitucional de adelantar políticas de previsión social [a favor] de los disminuidos físicos, a través del teletrabajo”, cuyo mandato subyace en el artículo 47 del Texto Superior[26]. Dicho incumplimiento también se ha traducido en un desconocimiento de las Leyes 1145 de 2007[27], 1221 de 2008[28], 1346 de 2009[29] y 1618 de 2013[30], así como del Documento CONPES 166 de 2013[31].

Por otro lado, argumentó que el teletrabajo, frente al cual se resaltó la existencia del acuerdo colectivo, se adapta perfectamente a la naturaleza de las tareas que realiza, en tanto que su “labor es 100% intelectual”[32]. Por ello, el resultado de su trabajo podría enviarlo a través de correo electrónico y así evitaría un traslado de casi tres horas diarias de su casa a la oficina, tiempo que “invertiría en trabajo productivo”[33]. Asimismo, a través de dicha medida, se mitigarían los riesgos que se generan frente su salud por el hecho de tener que conducir a diario.

Por lo demás, para llegar a la oficina debe manejar casi 80 cuadras, lo que sumado a la jornada continua y a los fuertes dolores que padece, irremediable-mente produce una disminución en su capacidad física para realizar sus tareas en el lugar de trabajo. Incluso, sostiene que casi el 90% de las funciones asignadas las está realizando en su residencia, porque en la oficina no puede aprovechar el tiempo dadas las dificultades relatadas. Otro aspecto que resalta es que si bien se encuentra realizando la misma cantidad de labores, su salario se ha visto disminuido en casi una tercera parte en razón a las incapacidades que se le otorgan.

En cuanto a este último punto, señala que la solicitud realizada por la Defensoría del Pueblo a la EPS Sanitas para que se adelante el respectivo proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, da lugar a un trato discriminatorio en su contra, pues “no siempre un discapacitado es un inválido”[34]. Precisa-mente, él puede continuar realizando sus labores de manera efectiva, si la entidad accionada liderara acciones positivas para garantizar su inclusión social.

En conclusión, y como pretensiones específicas, solicita que (i) se cumplan las recomendaciones ocupacionales proferidas por los médicos especialistas; (ii) se diseñe e implemente un programa de teletrabajo en favor del demandante en la modalidad autónoma prevista en el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008[35]; (iii) se le asigne una oficina con baño y fácil acceso al parqueadero, para que cuando acuda a las instalaciones puede ejercer su derecho al trabajo en condiciones dignas y (iv) se llame la atención a la Defensoría del Pueblo para no se repita nuevamente este tipo de vulneración de derechos.

1.3. Contestación de la entidad demandada

La Defensoría del Pueblo no respondió a la acción de tutela.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

2.1. En sentencia del 21 de octubre de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá decidió conceder el amparo del derecho de petición del señor Jaime Alberto Rincón Correa, al considerar que la entidad accionada no respondió integralmente el requerimiento del actor relacionado con la implementación de las recomendaciones médicas que se han realizado para modificar sus condiciones de trabajo. Por ello, se ordenó a la Defensoría del Pueblo, como primera medida, resolver de fondo la solicitud planteada sobre el particular.

2.2. En lo atinente a la pretensión relacionada con el teletrabajo, el a quo resaltó que la entidad accionada ha desplegado actuaciones tendientes a mejorar las condiciones laborales del tutelante[36], pese a lo cual ellas no han sido suficientes frente a los estándares médicos, básicamente en cuanto a la necesidad de flexibilizar la jornada laboral. En desarrollo de lo anterior, se reconoció que el accionante puede cumplir con sus funciones a través de la modalidad de trabajo que reclama dada las características de sus labores. Sin embargo, su efectividad depende de que se expida un acto administrativo, en el que se ajuste el manual de funciones de la Defensoría, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 884 de 2012[37].

En este orden de ideas, como segunda medida de protección, se conminó al cumplimiento de dicha exigencia, sobre todo cuando la citada entidad suscribió un acuerdo colectivo con

los representantes de sus sindicatos, en el que se comprometió a implementar un sistema de teletrabajo en favor de las personas en situación de discapacidad. Por consiguiente, se requirió que en el menor tiempo posible fuese expedido el manual de funciones y competencias incorporando la modalidad de teletrabajo.

2.3. Por último, teniendo en cuenta que en la demanda se advirtió sobre la posibilidad de que la sede de la Defensoría fuese trasladada, se ordenó adecuar un baño y una oficina de fácil acceso al parqueadero para que cuando el actor acuda a las nuevas instalaciones, de suerte que se le garantice su derecho al trabajo en condiciones dignas[38].

III. PRUEBAS

3.1. Copia de la Resolución 896 del 26 de octubre de 2006 y del Acta de posesión 185 del 3 de noviembre de 2006, por medio de la cual se provee “en forma provisional el cargo de Profesional Especializado, Grado 19, de la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria, [al] doctor JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA”[39].

3.2. Copia del resumen de la historia de recomendaciones médico laborales proferida por la Defensoría del Pueblo con fecha del 25 de octubre de 2012, elaborada a partir de las diferentes valoraciones que se le habían realizado al accionante por las empresas de salud ocupacional a lo largo de su vinculación en la entidad. Además de la calificación de su patología como de origen común, en lo relativo a las prescripciones médicas se relató lo siguiente:

“30 de junio de 2009: // En este caso particular, se recomienda realizar las siguientes adaptaciones al puesto de trabajo: // -Revisar el tamaño de la anterior oficina para facilitar espacios de movimiento // -Mantener pisos libres de regueros y obstáculos con el fin de evitar caídas y lesiones // -Evitar la aplicación de sellantes o encerar el piso, lo que puede aumentar dicho riesgo // -Estudiar la posibilidad de adecuar una puerta que salga a la hemeroteca, con el fin de facilitar el desplazamiento al salón donde se realizan las reuniones del Comité Jurídico // -Dotación de reposapiés // -Facilitar acceso desde su puesto de trabajo al baño // - Verificar ergonomía del puesto de trabajo // Adicional se recomienda, en caso de haber sido identificados, control de los eventuales factores de riesgo psicosocial, teniendo en cuenta la patología de base del paciente, la polimedicación requerida para su tratamiento y los posibles efectos secundarios de los mismos.

10/08/2010: EPS Sanitas (Dr. Andrés Reyes -Oftalmólogo Especialista) // Paciente de posoperatoria de virectomía por desprendimiento de retina ojo izquierdo, que una vez terminada su incapacidad médica, se puede reintegrar a su trabajo pero se recomienda moderación en su actividad laboral -idealmente reducir en un 50% las actividades de lecto escritura (periodos de lecto escritura no mayores a 1 hora intercalados con pausas de media hora en otra actividad).

21/09/2011: Restricciones: // -Valoración de puesto de trabajo para mejorar ergonomía. // -Revisar jornada laboral para adecuarla a las necesidades del paciente. Disminución de lecto escritura. // Recomendaciones: // -Pausas activas // -Higiene postural.[40]

25 de octubre de 2012: // Implementar a través del Programa de Salud Ocupacional de la empresa las medidas pertinentes a que hubiera lugar, tendientes a la verificación de la ergonomía general, en énfasis en la dotación de silla que cumpla con los requisitos estipulados en las normas de salud ocupacional. // Así mismo, se recomienda la redistribución de funciones a aquellas que no impliquen: funciones visuales de precisión tales como el uso permanente de videoterminal y/o lecto-escritura permanente (idealmente no sobrepasar un máximo de 50% de la jornada laboral, alternando con otras tareas y/o actividades) Lo anterior, teniendo a reducir la fatiga visual.”[41]

Adicionalmente, al expediente se allegó otro resumen de la historia de salud ocupacional del accionante del 1 de noviembre de 2013, en el cual se consagra que el actor tiene antecedente de desprendimiento de retina del ojo izquierdo con disminución de visión[42].

3.3. Copia de constancias médicas desde octubre de 2012, a partir de las cuales se llega al diagnóstico de dolor lumbar que venía padeciendo el actor. Dentro de ellas se destacan las siguientes:

- Copia de la orden médica del ortopedista y traumatólogo, Hernán Freund Acuña, en la cual se dispuso la necesidad de practicar una radiografía de la columna, con el fin de determinar el origen de un “dolor lumbosacro al permanecer sentado que cede al colocarse bípedo”[43].
- Copia del resultado de una radiografía de columna coccígea realizada el 29 de

octubre de 2012 en la Clínica Colsanitas, de acuerdo con la cual se observó una “pérdida de la alineación normal de los cuerpos vertebrales sacros y coccígeos, advirtiendo desplazamiento anterior del cóccix a la altura de la unión sacrococcígea.”[44]

- Copia de un resumen de la historia clínica expedida el 24 de mayo de 2013, durante una cita de control con el Doctor Carlos E. Martínez J., en el que, entre otras cosas, se recomendaba realizar una Resección del cóccix por vía posterior[45]. Como el dolor lumbar persistía, el 24 de mayo de 2013, se ordenó dicha cirugía para que fuera autorizada por la EPS[46].

- Copia de la historia clínica del accionante del 21 de abril de 2014, fecha en la cual se le realizó una intervención quirúrgica denominada “fusión vertebral dorsal o lumbar dos o más niveles ósea o metálica sin laminectomía”.

3.4. Adicional a lo expuesto, consta copias de los resultados médicos con fechas del 24 de julio de 2013 y del 27 de agosto del mismo año, en las cuales se le practicaron al actor bloqueos del nervio sacrococcígeo a través de infiltración con analgésico y corticoides[47]. Igualmente, existen constancias médicas de que dichos procedimientos no han sido suficientes para superar los cuadros de dolor. Al respecto, se allegan diagnósticos médicos del 28 y 29 de agosto del 2013, en las cuales se reseña que luego de los correspondientes bloqueos, permaneció el “dolor lumbar intenso a la movilización que se dificulta al sentarse”[48].

3.5. Copia de comunicación enviada el 22 de agosto de 2013 por el señor Rincón Correa a la Defensoría del Pueblo, con el propósito de informar que el día 26 de dicho mes y año, se le iba a realizar un bloqueo guiado por TAC paracoxigeo bilateral con miras a controlar el dolor[49].

3.6. Copia de la petición formulada el 8 de octubre del 2013 por el accionante a la Defensoría del Pueblo, en la que insiste en su solicitud de permiso para asistir a una citas médicas en los días siguientes. En dicho documento, se adujo que el 1º de octubre había enviado a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales un requerimiento para que se le permitiera asistir a los controles médicos que tenía programados entre el 8 y 11 de octubre de dicho año, pero que no había recibido respuesta alguna. Ante tal situación, relata que resolvió comunicarse telefónicamente con la institución y le informaron que la

Coordinación de Talento Humano no había recibido ninguna petición. Por ello decidió presentar una nueva solicitud ante la imposibilidad de modificar la fecha de las citas de control, ya que, en esos momentos, según afirma, se encontraba “totalmente incapacitado para caminar, incluso con el caminador, por un fuerte dolor lumbar que aunado a [la] discapacidad [lo tenía en un estado total de dificultad física]; mucho más para conducir [su vehículo].”[50]

3.7. Copia del memorando 3030-664 del 23 de diciembre de 2014, en el que el Director Nacional de Recursos y Acciones judiciales le solicitó formalmente al actor una explicación por no haberlo encontrado en su puesto de trabajo ese día, aunado a sus inasistencias durante ese mismo mes[51].

3.8. Copia de la respuesta del 24 de diciembre de 2014 al memorando 3030-664 descrito en el punto anterior, cuyo contenido fue transcrito en el acápite 1.1.5 de esta sentencia.

3.9. Copia de un escrito enviado por el accionante el 29 de diciembre del 2014, por medio del cual puso de presente que el día 23 del citado mes y año –fecha del memorando 3030-664– fue atendido por su médico psiquiatra en atención a que estaba padeciendo de insomnio crónico. Que, por tal razón, se le aumentó la dosis del medicamento Alprazolam x 0,5 mg Tabletas #120[52]. Por lo demás, con miras a justificar sus ausencias y solicitar ajustes en la jornada laboral, resaltó que la médica fisiatra tratante recomendó, entre otras, que “[d]ebe evitar presencia de horarios laborales prolongados más de 6 horas; debería considerarse trabajo en casa. En el caso de que el paciente presente situaciones de disautonomías (mareo, sudoración, vértigo) deberá poder ir a laborar a su casa sin considerar este día como incapacidad (...)”[53].

Asimismo, se adjuntó copia de otra comunicación con fecha del 31 de diciembre de 2014, en la que se allegó la siguiente manifestación: “a la fecha de hoy, 31 de diciembre de 2014, [estoy] al día en todas y cada una de las labores que me [han] sido asignadas”[54].

3.10. Copia de un dictamen proferido el 18 de julio de 2014 por el médico tratante de ortopedia y traumatología, en el cual, como ya se dijo, consta que:

“El señor JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA está discapacitado por paraplejía con Discopatía Lumbar que requirió tratamiento quirúrgico y necesidad de medicación permanente.

Requiere en su actividad laboral evitar levantar pesos superiores de 5kg, permanecer sentado o de pie por periodos prolongados; debe realizar pausas activas durante la actividad del día incluso laboral, 3 minutos cada 45 minutos. Adecuar horario laboral de acuerdo a circunstancias de salud. Situación médica que limita la movilidad. Esta discapacidad es permanente.”[55]

3.11. Copia de cartas enviadas por el señor Rincón Correa a la Defensoría del Pueblo, por medio de las cuales pretende comunicar la realización de exámenes y la necesidad de asistir a algunas citas médicas durante el año 2015. Se allegaron copia de escritos remitidos los días 13 de enero, 25 de febrero, 5 de mayo, 9 de junio, 16 de junio y 22 de septiembre[56].

3.12. Copia del resultado de la valoración realizada por la médica fisiatra el 2 de marzo de 2015, respecto de la cual -como ya se advirtió- se estipuló que “se reitera el derecho del paciente de gozar de jornada laboral máxima de 4 horas en oficina y el resto del tiempo complementario en casa con el fin de favorecer cambios posicionales y prevenir comorbilidades asociadas ‘compromiso venoso linfático en miembros inferiores’ por permanencia en una sola posición”[57].

3.13. Copia de la solicitud realizada por el accionante el 11 de marzo de 2015 a la Subdirección de la Oficina de Gestión y Talento Humano, con el fin de reiterar la necesidad de dar aplicación a las recomendaciones médicas laborales, específicamente a las determinadas por la médica fisiatra[58].

3.14. Copia del escrito de contestación de la Subdirectora de Gestión de Talento Humano, en el que se informó que su solicitud se encontraba en estudio y que mientras tanto debía someterse al cumplimiento normal de la jornada de trabajo[59].

3.15. Copia de una nueva comunicación remitida por el accionante el 6 de mayo de 2015 a la Asesora del Despacho del Defensor del Pueblo, para que se le diera trámite a la ejecución de las recomendaciones médicas laborales que se habían realizado en relación con sus condiciones de trabajo[60]. En este mismo sentido, se allegó copia de una petición que también se remitió en la misma fecha a la Jefe de Coordinación de Gestión de Talento Humano con iguales pretensiones[61].

3.16. Copia de la respuesta realizada el 22 de junio de 2015 por la Asesora del Despacho del Defensor del Pueblo. Como ya se advirtió, más allá de mencionar que se desconocían los pormenores de su situación de salud, se advirtió que se había requerido a la EPS Sanitas para que iniciara el proceso de calificación del estado de invalidez, en concordancia con lo previsto en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012[62].

3.17. Copia de carta enviada el día 23 de junio de 2015 por la fisioterapeuta tratante del señor Jaime Alberto Rincón Correa a la Coordinación de Talento Humano, en la que solicitó que se cumpla con las recomendaciones médicas realizadas, especialmente, por el deterioro progresivo en las condiciones de salud del accionante. En la misma comunicación, se puso de presente, como se mencionó en el acápite de antecedentes, que la vibración que se genera cuando maneja el carro y el pasar prolongadas jornadas laborales en posición sedante, son factores que agravan su patología[63].

3.18. Copia de la respuesta del 26 de marzo de 2015 realizada por la Subdirectora de la Oficina de Gestión y Talento Humano al derecho de petición presentado por el accionante el 12 de marzo de 2016[64]. Para responder a las preguntas realizadas, se informó que efectivamente en la entidad se conocía sobre la situación de salud del señor Rincón Correa y, en relación con los informes de gestión, que se tenía constancia de haber recibido 11 en total, los cuales habían estado dirigidos a diferentes funcionarios o dependencias, según las tareas que se hubieren cumplido[65].

3.19. Copia del Acta Final del Acuerdo Colectivo Resultante de la Negociación Colectiva con las Asociaciones Sindicales de la Defensoría del Pueblo ASDEP, firmada el 22 de julio de 2013. Como parte de lo acordado, se resalta lo siguiente:

“II. PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: // (...) 4. La Defensoría del Pueblo establecerá un reglamento para que los funcionarios que se encuentren en condición de discapacidad permanente, mayor al 25%, previa evaluación o certificación médica, tengan un horario laboral flexible de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso. // En concordancia, se hará lo propio con el sistema de teletrabajo u otras formas de trabajo a distancia para las personas en estas condiciones. (...) // V. MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO Y SU ADMINISTRACIÓN: // A. Acuerdos: // (...) 6. La Defensoría del Pueblo reglamentará la implementación de horarios especiales y flexibles, según el caso,

de acuerdo con las necesidades del servicio. (...)”[66].

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

La Sala de Selección de Tutelas Número Uno de la Corte Constitucional, mediante Auto del 25 de enero de 2016, dispuso la revisión de la citada sentencia de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

4.2. Trámite en sede de revisión

4.2.1. El despacho del Magistrado Sustanciador resolvió oficiar al accionante, a la Defensoría del Pueblo y a la empresa Medilaboral, con el objetivo de precisar algunas circunstancias fácticas alrededor del asunto sub judice. Para empezar, en lo que respecta a la Defensoría del Pueblo, se formularon algunos interrogantes, los cuales fueron resueltos a través de comunicación allegada a esta Corporación el 18 de marzo de 2016[67].

De la información proporcionada, se puede destacar que el señor Rincón Correa se encuentra obligado a desempeñar las tareas asignadas de manera expresa en el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales, Requisitos y Equivalencias respecto del cargo que ejerce actualmente en provisionalidad, esto es, el de Profesional Especializado, Grado 19, de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales[68].

Como corolario de lo anterior, manifestó que con ocasión de la orden otorgada en el fallo de tutela en el cual se ampararon sus derechos fundamentales, se procedió a la revisión del Manual de Funciones de acuerdo con las indicaciones que para tal efecto han sido proferidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública[69]. De dicho examen, se estableció que, en su caso, no era necesaria la modificación de tal instrumento para la efectiva implementación de la modalidad de teletrabajo, pues las funciones que actualmente desempeña pueden ser desarrolladas sin la necesidad de acudir a las instalaciones de la entidad.

Ahora bien, en cuanto al estado de salud del accionante, se advirtió que desde que fue contratado en el año 2006 sufría de una lesión en la médula espinal ocasionada a partir de

un tumor denominado sarcoma granulo sitico, producido por una leucemia mieloide aguda. Luego, como consecuencia de tal condición, sufrió lesiones en la columna lumbosacra y en el coxis que le dificultan su desplazamiento, por lo que debe utilizar de manera permanente un caminador.

Ante este panorama, se señaló que en el expediente de salud ocupacional se tiene constancia de diferentes valoraciones médicas que se han practicado desde el año 2009, suscritas tanto por los médicos de las empresas de salud ocupacional como por los profesionales que atienden al señor Rincón Correa a través de su EPS[70]. En dichos documentos se han realizado sugerencias de ajuste al puesto de trabajo, entre otras, mediante la generación de espacios para favorecer el movimiento, pausas activas, reducción en un 50% de actividades de lecto-escritura como consecuencia del desprendimiento de la retina del ojo izquierdo y flexibilización de la jornada laboral

La entidad resalta que respecto de cada una de dichas recomendaciones se han adoptado las medidas necesarias para garantizar la dignidad en el trabajo del accionante. Por ejemplo, se advirtió que el señor Rincón Correa recibe un 50% menos de carga laboral en comparación con sus demás compañeros. Igualmente, que se han adelantado todas las adecuaciones requeridas tanto del puesto de trabajo como del baño, mediante la realización de adaptaciones para personas con discapacidad. Para tal efecto, se anexan varias fotografías[71].

También se indicó que dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Subdirección de Gestión de Talento Humano ha estado realizando inspecciones ergonómicas del puesto de trabajo y se han realizado algunas reuniones para verificar el cumplimiento de las recomendaciones médicas[72]. Además, se expuso que, el 26 de mayo de 2015, el Defensor del Pueblo solicitó a la EPS Sanitas iniciar el proceso de calificación del estado de invalidez.

En lo que atañe a las solicitudes para la implementación de un programa de teletrabajo, luego de realizar las respectivas averiguaciones, a través de memorando 501003-23345-2 del 29 de octubre de 2015, la Defensoría le informó al señor Rincón Correa que al día siguiente los profesionales de la ARL POSITIVA iban a proceder a verificar los posibles riesgos laborales existentes en su domicilio y se le solicitó diligenciar el cuestionario

correspondiente para manifestar su voluntad de trabajar bajo dicha modalidad. Como resultado de la anterior gestión, se expidió la Resolución 1585 del 10 de noviembre de 2015, “[p]or la cual se implementa el teletrabajo para un caso en particular y se confiere la condición de teletrabajador a un servidor público”[73]. En el citado acto administrativo se le otorgó el carácter de teletrabajador suplementario al señor Rincón Correa por un año, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 19, adscrito a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales[74].

En virtud de la modalidad señalada, se dispuso que el accionante desarrollaría sus labores los días lunes, miércoles y viernes en su domicilio, mientras los martes y jueves tendría que acudir en las instalaciones de la entidad –en el marco del horario de trabajo estipulado en el Reglamento Interno–. Esta modalidad de teletrabajo se transformará en autónoma, cuando la Defensoría traslade sus oficinas a la sede del centro en la ciudad de Bogotá[75].

En lo que atañe a las actividades que desarrollará el señor Rincón Correa bajo la modalidad de teletrabajo, en el artículo 13 del acto administrativo previa-mente reseñado, se manifestó que:

“1. Proyectar la acciones constitucionales que le sean asignadas por el Director Nacional de Recursos y acciones judiciales, para la defensa del orden jurídico en abstracto y los derechos fundamentales, sociales y económicos y colectivos. // 2. Realizar el seguimiento a las actuaciones desplegadas ante los despachos judiciales relacionadas con el litigio defensorial y efectuar el registro y actualización en los sistemas de gestión de información de las Defensorías Regionales de Amazonas, Arauca, Bolívar, Huila y Ocaña. // 3. Registrar las acciones popular y de grupo, los recursos y las intervenciones efectuadas por las regionales Amazonas, Arauca, Bolívar, Huila y Ocaña, en virtud del ejercicio del litigio defensorial en el sistema establecido para tal fin. // 4. Proyectar respuesta a las solicitudes presentadas por los usuarios respecto del ejercicio de los mecanismos judiciales de acceso a la justicia. // 5. Elaborar el aporte que le corresponde a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales para el Informe Anual del Congreso de la República a partir de los soportes, estadísticas y análisis cualitativos que le sean suministrados por esta dependencia. // 6. Gestionar y controlar el seguimiento de las sentencias judiciales que resuelven las acciones de grupo tramitadas en el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos –FDDIC, así como, // 7. Revisar la documentación aportada por el

solicitante a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el Juez dentro de las acciones de grupo. // 8. Las demás asignadas por su superior inmediato que no se contradigan con la modalidad del teletrabajo.”[76]

De acuerdo con lo mencionado por la Defensoría, luego de proferir el anterior acto administrativo, se allegaron a la entidad los exámenes ocupacionales adelantados a los trabajadores en el año 2015 por parte de la empresa Salud Vital y Riesgos Profesionales IPS. Específicamente, en relación con el señor Rincón Correa se declaró lo siguiente: “[p]aciente quien por su clínica laboral activa debe realizar actividad laboral en casa, debe tener la disponibilidad de realizar teletrabajo en el menor tiempo posible, solo debe asistir a reuniones de carácter prioritario.”[77] Por consiguiente, se procedió a modificar la citada Resolución 1585 de 2015, a través de la Resolución 113 del 28 de enero de 2016, consagrando la prestación del servicio mediante de la modalidad autónoma de teletrabajo, en los términos que a continuación se exponen:

“Artículo 4. Modalidad. El servidor público (...) RINCÓN CORREA desempeñará sus funciones fuera de la entidad bajo la modalidad de teletrabajo autónoma, de acuerdo con la reglamentación interna vigente sobre horario de trabajo. Por lo que, sus funciones deberán realizarse desde su domicilio a través de los medios telefónicos, informáticos o electrónicos, dispuestos para este fin, mediante los cuales la entidad realizará el control de la actividad desarrollada por el citado servidor público. // No obstante, cuando su jefe inmediato así lo requiera, el servidor público deberá acercarse a las oficinas de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, con el fin de recoger o entregar los documentos necesarios para el desarrollo de sus funciones; o asistir a reuniones con carácter prioritario que se programen por la entidad y se requiera la presencia del servidor público (...), de lo cual se dejará constancia por escrito. // Parágrafo. Cuando el servidor público (...) deba asistir a reuniones que se programen por la entidad, que requiera su presencia, el citado servidor deberá informar con la debida anticipación a la Subdirección de Gestión de Talento Humano para coordinar lo pertinente con relación a su puesto de trabajo durante su instancia en las instalaciones de la Defensoría del Pueblo.”

Por lo demás, en relación con la implementación del Acta Final del Acuerdo Colectivo firmado el 22 de julio de 2013 entre la Defensoría del Pueblo y los sindicatos ASDEP y ASEMDEP, en el que se acordó medidas especiales a favor de las personas en situación de

discapacidad permanente, se resaltó que desde noviembre de 2015 se viene adelantando una prueba piloto con el señor Rincón Correa. De la misma forma, que se le ha concedido jornada flexible a los servidores de la entidad que han solicitado laborar las ocho horas diarias en un horario diferente con una causa justificada, a partir de recomendaciones médicas o situaciones familiares.

Por último, se advirtió que actualmente se está adelantando un proceso disciplinario en contra del accionante, el cual se originó con ocasión de un informe recibido el 6 de febrero de 2015, suscrito por la Subdirectora de Gestión de Talento Humano, “donde comunicó que según las planillas de ingreso y salida de vehículos de la entidad, remitida por la Subdirección de Servicios Administrativos, el vehículo (...) propiedad del doctor JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA, (...) en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2014, presuntamente habría laborado solo 22 días”[78]. El proceso se encuentra en etapa de investigación para verificar la ocurrencia de dicha conducta, esclarecer los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió. De forma adicional, se anotó que el accionante designó a un apoderado de confianza que lo está representando.

4.2.2. Por otro lado, también se le formularon algunas preguntas al accionante[79], las cuales fueron resueltas en comunicación allegada el 28 de marzo de 2016. De la información suministrada se puede resaltar que el señor Rincón Correa fue designado inicialmente a la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria desde el 3 de noviembre de 2006 y que, para ese momento, su función consistía en resumir las subreglas de la jurisprudencia constitucional en relación con las personas privadas de la libertad. Luego, en agosto de 2007, fue nombrado en la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas, en la cual fue encargado de gestionar las peticiones para la protección de los derechos de los ciudadanos ante las autoridades competentes. Por último, desde mayo de 2008 y hasta la fecha, se encuentra en la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, cuya principal tarea es la de estudiar los expedientes de los fallos de tutela que llegan a la Corte Constitucional para su eventual revisión, participar en los comités jurídicos en los que se toman decisiones sobre los casos y elaborar las correspondientes insistencias cuando a ello haya lugar.

El actor manifiesta que después del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se han presentado algunas irregularidades en relación con las

condiciones bajo las cuáles se encuentra prestando sus servicios, que considera actuaciones discriminatorias y de persecución laboral.

Al respecto, el accionante expuso que a partir de la Resolución 1585 del 10 de noviembre de 2015[80], se suprimió del “Manual específico de funciones y requisitos por competencias laborales de la Defensoría del Pueblo”, actualizado a través de la Resolución 1365 de 2014[81], la función de revisión de expedientes de fallos de tutela, participación en comités jurídicos y elaboración de insistencias. Resaltó que dicha tarea era la que había desempeñado durante los ocho años de trabajo en los que había estado vinculado a la Dependencia de Recursos y Acciones Judiciales, las cuales representaban el 95% del tiempo destinado a sus labores[82]. Igualmente, como consecuencia de lo anterior, que ha tenido repercusiones en su salud mental, ya que lleva mucho tiempo en su residencia sin realizar ninguna actividad laboral, tal como lo acredita con una constancia médica expedida en virtud de una cita que tuvo con su psiquiatra el 4 de marzo de 2016[83].

Por lo demás, expresó que el 3 de febrero de 2016 envió un derecho de petición para solicitar que se le asignaran nuevamente dichas funciones, en cuya respuesta dada el día 23 del mes y año en cita, se le informó que efectivamente a partir de la expedición de la Resolución 1585 de 2015, “se reasignó la función del trámite de las insistencia que usted desarrollaba, encomendándole la revisión de los expedientes de los casos que tramita el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos -FDDIC, función que en la actualidad desarrolla mediante teletrabajo.”[84] De igual manera, se aclaró que la autoridad competente para determinar si se le puede reasignar el estudio de los expedientes de tutela para la realización de insistencias es el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, de conformidad con el numeral 2 del artículo 16 del Decreto 025 de 2014, funcionario al cual se le remitiría copia de la solicitud formulada[85]. Finalmente, en cuanto a las quejas sobre acoso y discriminación laboral, se mencionó que las mismas serían enviadas al Comité de Convivencia Laboral para iniciar el trámite que corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, el accionante afirmó que desde el 14 de marzo de 2016 se le reasignaron las funciones de realización de insistencias para los expedientes de tutela ante la Corte Constitucional y de asistencias a los comités jurídicos[86].

Otra conducta supuestamente discriminatoria, expuesta desde la demanda, se relaciona

con la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral que se solicitó a la EPS Sanitas y, posteriormente, a COLPENSIONES[87], pues se le está obligando a pensionarse, cuando ello no es su deseo y atenta contra su inclusión social. Por último, adujo que la Defensoría nunca le ha dado respuesta a sus solicitudes y que, hasta el momento, la entidad no ha cumplido con el fallo proferido en el proceso de tutela por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. En relación con este último punto, señala que en su caso “se estableció el teletrabajo por una resolución con varios errores [y] sin que existiera una adaptación del manual de funciones.”[88]

4.2.3. Finalmente, también se plantearon unos interrogantes a la empresa Medilaboral, vinculados con la valoración del estado de salud del accionante[89]. En respuesta del 28 de marzo de 2016, la citada empresa aclaró que presta sus servicios a la Defensoría del Pueblo, “a través de un proceso de licitación pública de contratación de mínima cuantía cuyo objeto era: ‘contratar la prestación de SERVICIOS PROFESIONALES DE MEDICINA DEL TRABAJO o SALUD OCUPACIONAL para la realización de los exámenes de ingreso, egreso y periódicos para los funcionarios [de dicha institución] a nivel Nacional”[90].

En el marco del desarrollo de este contrato, se realizó una evaluación médica ocupacional el 21 de septiembre de 2011 al señor Jaime Alberto Rincón Correa, de la cual se obtuvo como resultado “apto con restricciones”, y se dejaron como recomendaciones “valoración del puesto de trabajo para mejorar la ergonomía. Revisar jornadas laborales para adecuar éstas a necesidades del paciente. Pausas activas e higiene postural.”[91]

4.3. Contexto del caso, problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. A pesar de que el accionante ya se encuentra incluido en un programa de teletrabajo en la modalidad autónoma y que se han adoptado varias modificaciones en las condiciones de trabajo con miras a cumplir con los estándares impuestos en las recomendaciones médico laborales, en todo caso es necesario que esta Sala de Revisión entre a estudiar de fondo el asunto planteado, por una parte, porque la satisfacción de lo pretendido a través del amparo constitucional no se encuadra dentro de la figura de un hecho superado[92], en la medida en que su ejecución se impuso como consecuencia de la orden judicial proferida por el juez de tutela y no por el actuar voluntario de la entidad demandada[93]; y por la otra, porque dadas las pruebas recaudadas en sede de revisión,

surgen algunos interrogantes vinculados con el deber de garantizar la inclusión en el empleo de las personas con discapacidad, que conduce a analizar si en el caso bajo examen se presenta o no una vulneración de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al trabajo reseñados en la demanda. Lo anterior, en esencia, (i) por los ajustes que se realizaron a las funciones del cargo que desempeña el actor a través de las Resoluciones 1585 del 10 de noviembre de 2015 y 113 del 28 de enero de 2016, (ii) por la decisión de requerir de la EPS el inicio del proceso de calificación del estado de invalidez del señor Rincón Correa, y (iii) por la activación de un proceso disciplinario en su contra, motivado por el supuesto incumplimiento del horario de trabajo.

4.3.2. De esta manera, a partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de la decisión adoptada en la instancia judicial y de la información obtenida en sede de revisión, este Tribunal debe determinar si la Defensoría del Pueblo vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo y a la igualdad del señor Jaime Alberto Rincón Correa, según se alega por este último, como consecuencia de la decisión de dicha entidad de abstenerse de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de su cargo como profesional especializado, en términos concordantes con el deber de inclusión social de las personas con discapacidad.

4.3.3. Con miras a resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación hará referencia a los siguientes temas: (i) la inclusión laboral de las personas con discapacidad y, en particular, (ii) la figura del teletrabajo como instrumento de flexibilización que permite dicha inclusión. Una vez expuestos los citados temas, (iii) se procederá con la resolución del caso concreto.

4.4. La inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad

4.4.1. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “[e]l trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de especial protección del Estado. Toda persona tiene el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” De conformidad con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional, esta disposición debe ser entendida como la posibilidad que tiene toda persona de desempeñar una actividad laboral, teniendo en cuenta sus capacidades, estudios y preferencias, en condiciones acordes con la dignidad humana, frente a la cual el Estado asume el deber de

procurar los medios que permitan hacerlo, con miras a que cada individuo tenga la forma de poder obtener los recursos básicos que le permitan satisfacer sus necesidades[94]. El derecho al trabajo se establece entonces como un mecanismo dirigido a que las personas puedan alcanzar una vida digna.

Esta Corporación ha advertido que el trabajo no solo tiene la connotación de derecho, sino que igualmente envuelve la existencia de una obligación social, por virtud de la cual se torna en un mecanismo de incorporación de la persona a la colectividad, “como sujeto que se dignifica a través del aporte que hace al desarrollo de una comunidad”[95].

4.4.2. Uno de los fines esenciales del Estado es el de garantizar la efectividad de los derechos de las personas (CP art. 2), en cuya materialización, siguiendo los principios de solidaridad y pluralismo (CP art. 1), se hace necesario distinguir la existencia de grupos poblaciones que se encuentran materialmente en una situación de desigualdad, a partir de la cual surge el deber de adoptar medidas especiales que permitan su protección, con el propósito de garantizar el pleno y efectivo goce de sus derechos constitucionales (CP art. 13)[96].

En este orden de ideas, tal como lo consagra la Constitución y lo ha reiterado en innumerables ocasiones la Corte, uno de tales grupos poblaciones lo integran las personas en situación de discapacidad, respecto de las cuales el Estado no solo se impone el deber de evitar y proscribir tratos discriminatorios, sino que también asume la obligación de implementar acciones afirmativas que les permitan disfrutar plenamente de sus derechos en condiciones de igualdad. En virtud de lo anterior, el artículo 47 de la Constitución Política le exige al Estado adelantar una política pública que propenda por su inclusión social[97].

La citada obligación tiene un alcance particular en lo que respecta al derecho al trabajo, a partir de lo previsto en el artículo 54 de la Carta, en el que se dispone que “[e]s obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”, propiciando “la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” y garantizando a quienes por alguna razón tengan una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, “el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”

En armonía con lo expuesto, esta Corporación ha hecho referencia a la importancia de la inclusión en el ámbito laboral, como parte esencial en el camino para combatir los tratos

discriminatorios a los que históricamente han estado sometidas las personas con discapacidad. Precisamente, en la Sentencia C-531 de 2000[98] se entendió que “[e]l ámbito laboral constituye (...) [un] objetivo específico para el cumplimiento de [los] propósitos proteccionistas [del artículo 47 de la Constitución], en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que, un elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334)”.

En desarrollo de los preceptos constitucionales enunciados se profirió la Ley 361 de 1997[99], a partir de la cual se pretenden crear herramientas para lograr la efectiva inclusión social de las personas en situación de discapacidad[100]. Sobre el particular, en el Capítulo IV, se disponen algunas garantías a favor de esta población, entre las cuales se encuentra la estabilidad laboral reforzada, por virtud de la cual se requiere autorización del Ministerio del Trabajo antes de poner fin a su vinculación contractual. De igual manera, se crean beneficios para los empleadores que apoyen políticas inclusivas, como el de ser preferidos en procesos de licitación cuando acrediten en sus nóminas que al menos el 10% de sus empleados se encuentran en condición de discapacidad.

4.4.3. En adición a lo anterior, es preciso advertir que la inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad también ha sido una pretensión de la comunidad internacional, tal como se destaca de los instrumentos que se mencionan a continuación.

4.4.3.1. En primer lugar, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[101], adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, definió las actuaciones que, en general, resultan discriminatorias en contra de las personas en situación de discapacidad, a saber:

“a) El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. // b) No constituye discriminación la distinción o preferencia

adoptada por un Estado Parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.”

Como se observa, la Convención resalta la necesidad de que los Estados promuevan la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad y que implementen políticas encaminadas a luchar contra las prácticas discriminatorias, incluidas aquellas que se presentan en el ámbito laboral.

4.4.3.2. En segundo lugar, también se destacan otras iniciativas dirigidas específicamente al empleo y al trabajo. Entre ellas, se encuentran las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, en las que se hace referencia a la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo en las zonas rurales como urbanas, y a la equivalencia en el pago de los salarios. De igual manera, se consagra como norma imperativa la necesidad de implementar programas de capacitación y formación que faciliten el acceso al mercado laboral, así como la generación de incentivos para favorecer la contratación de personas en situación de discapacidad. En particular, en el artículo 7 se señala que los programas liderados por los Estados deben incluir como mínimo los siguientes criterios:

“a) Medidas para diseñar y adaptar los lugares y locales de trabajo de forma que resulten accesibles a las personas que tengan diversos tipos de discapacidad; // b) Apoyo a la utilización de nuevas tecnologías y al desarrollo y la producción de recursos, instrumentos y equipos auxiliares, y medidas para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a esos medios, a fin de que puedan obtener y conservar su empleo; // c) Prestación de servicios apropiados de formación y colocación y de apoyo como, por ejemplo, asistencia personal y servicios de interpretación.”

Aunado a lo anterior, en el artículo 8 se hace referencia a la obligación del Estado de asegurar que el pago de los servicios prestados por una persona con discapacidad no resulte afectado o disminuido como consecuencia de su misma condición. Textualmente, se

dispone que:

“1. Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Los Estados deben velar por que la prestación de apoyo tenga en cuenta los gastos en que suelen incurrir las personas con discapacidad, y sus familias, como consecuencia de su discapacidad. (...)”.

4.4.3.4. En cuarto lugar, en la Observación General No. 5 del Comité de DESC de la ONU se desarrollan las disposiciones del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que refieren en particular a los derechos de las personas con discapacidad. Puntualmente, respecto del trabajo, en los artículos 6 a 8 del citado Pacto, se explica la importancia de eliminar las barreras de acceso que tienen tanto materiales como inmateriales[105]. En este sentido, se resalta la necesidad de promover “disposiciones laborales flexibles y alternativas que permitan atender razonablemente las necesidades de los trabajadores con discapacidad”[106]. Por lo demás, también se precisa que en aquellos casos en que se constate que este tipo de personas realizan una labor igual a la de los demás trabajadores, su salario no podrá verse disminuido o afectado como consecuencia de la discapacidad.

4.4.3.5. Por último, entre los distintos instrumentales tiene una particular importancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada al derecho interno a través de la Ley 1346 de julio 31 de 2009. En relación con la materia objeto de controversia, se destaca el principio de igualdad y no discriminación, por virtud del cual todas las personas son iguales ante la ley y deben beneficiarse de ella en la misma medida. Con el fin de promover este mandato, “los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de los ajustes razonables”[107], entendidos como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no “impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”[108].

La Convención en el artículo 8 exige de los Estados, por una parte, luchar contra los

estereotipos y los prejuicios que existen en la sociedad respecto de esta población, y por la otra, les impone el deber de promover la toma de conciencia en relación con sus capacidades y aportaciones a la sociedad. Como parte de estos objetivos, se considera necesario poner en marcha campañas efectivas de sensibilización pública encaminadas a “promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral”.

En términos de garantía del derecho al trabajo y al empleo, se consagra su naturaleza de herramienta idónea para asegurar la vida digna, requiriendo que los entornos laborales sean “abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”[109]. Dentro del conjunto de deberes específicos cabe mencionar dos. El primero consistente en la obligación de alentar las oportunidades de empleo y de promoción profesional, no solo en el aspecto referente a la búsqueda, sino también en lo que corresponde a su mantenimiento. Y, el segundo, que implica la carga de velar porque se realicen los ajustes razonables en el lugar de trabajo.

4.4.4. Del conjunto normativo previamente expuesto, tanto de alcance nacional como internacional, se deriva que el Estado tiene el deber de propender hacia la inclusión social de las personas con discapacidad, lo cual necesariamente involucra la efectividad de su derecho al trabajo, entendiendo como la posibilidad que tiene toda persona de desempeñar una actividad, según sus capacidades, estudios y preferencias, con miras a alcanzar una vida digna. Para tal efecto, es necesario proscribir las discriminaciones de que han sido víctimas y minimizar los obstáculos –tanto materiales como inmateriales– de ingreso y conservación del empleo. Lo anterior, sin perjuicio de la carga de liderar acciones afirmativas en diferentes ámbitos, en aras de lograr su real integración laboral.

El anterior planteamiento ha sido igualmente objeto de desarrollo por la jurisprudencia constitucional. De esta manera, se ha señalado que las barreras que experimente una persona no podrán ser un obstáculo en su posibilidad de vinculación laboral o de obtención de una licencia para ejercer cualquier empleo. Por lo demás, en términos vinculados con su preservación o mantenimiento, como ya se dijo, se ha admitido la existencia de una estabilidad laboral reforzada, de acuerdo con la cual respecto de una persona con discapacidad no es posible terminar su vínculo contractual, sin que medie aprobación por

parte del Ministerio del Trabajo[110].

Ahora bien, se pueden presentar escenarios excepcionales en los que la discapacidad de una persona sea de tal grado que le impida continuar desempeñando sus labores y concurrir al mercado laboral. En este último supuesto, como lo ha admitido este Tribunal, las medidas habituales de protección encuentran un límite, “ya que están concebidas para facilitar la incorporación laboral de [las] personas”[111] y quedan descartadas cuando se comprueba que las barreras que impiden la participación plena y efectiva de un individuo en la sociedad, llegan hasta el nivel de causar una situación de invalidez que le imposibilitan cumplir con sus cometidos de índole laboral. En tal caso, y solo en él, “es indispensable pensar en otras formas de protección del ingreso económico y de la integridad física y síquica”[112] de las personas con discapacidad.

En este sentido, la Corte ha mencionado que resultan inconstitucionales las normas que impiden a una persona con discapacidad acceder o mantenerse en un cargo, cuando las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que tiene (i) no son claramente incompatibles con las funciones esenciales a desempeñar; (ii) cuando las mismas tan solo afectan las labores accidentales, accesorias o delegables del cargo; o (iii) cuando pese a su incompatibilidad esencial, cabe el desempeño adecuado del empleo si se adoptan adecuaciones o ajustes laborales razonables[113].

4.4.5. En conexidad con lo expuesto, es necesario agregar que a través de las políticas de inclusión laboral se advierte que no necesariamente la existencia de una discapacidad se traduce en una invalidez. Al respecto, en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, se plantea una definición de estas últimas, en la que se incluye a todos los individuos “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” Mientras que, de acuerdo con el Decreto 917 de 1999, la invalidez debe entenderse como “la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral”[114]. De ahí que, para que una persona sea considerada como inválida, es imperativo que el grado de su limitación física, mental, intelectual o sensorial –cualquiera que ella sea– se califique con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, momento a partir del cual el Estado entiende que dichas

circunstancias le impiden realizar una actividad laboral, con el propósito de proyectar una vida digna[115].

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de este alto Tribunal ha sostenido que los conceptos de discapacidad e invalidez son claramente diferenciables. La discapacidad es el género, mientras que la invalidez es una especie del mismo[116] y, en consecuencia, no siempre que existe discapacidad necesariamente se está frente a una persona inválida. En este punto cabe resaltar que el concepto de invalidez tiene un carácter subjetivo, pues la pérdida de la capacidad laboral debe evaluarse tomando en consideración las actividades que desempeña o desempeñaba el trabajador. Para dilucidar lo anterior, a manera de ejemplo, no se puede evaluar de la misma manera la pérdida de capacidad laboral de una persona que pierde una mano y se desempeñaba como médico cirujano, y la de otra persona con la misma deficiencia física pero que trabajaba como portero de un edificio. En efecto, resulta evidente que el médico no podrá seguir realizando procedimientos quirúrgicos; mientras que, en el segundo caso, si bien existen algunas barreras para el ejercicio de sus funciones, es claro que la persona que se desempeña como portero, con varios ajustes en las condiciones laborales, seguramente podrá continuar prestando sus servicios de forma adecuada.

Por consiguiente, se debe diferenciar la protección que surge a cargo del Estado cuando las personas con discapacidad ya se encuentran en un escenario de invalidez, frente a aquellos casos en que ello todavía no ha ocurrido. Así las cosas, por regla general, se debe procurar la inclusión social de los sujetos en situación de discapacidad, lo que implica propender por su integración al mercado laboral en igualdad de condiciones, a partir de prácticas afirmativas que faciliten su ingreso y preservación en puestos de trabajo que se adecuen, a partir de algunos ajustes razonables, a sus capacidades, estudios y preferencias. Sin embargo, cuando la deficiencia de dicha persona llegue a un nivel que le impida continuar procurándose la remuneración suficiente para cubrir sus necesidades básicas, el Estado debe entrar a garantizar una posibilidad a través de la cual se pueda sustituir ese ingreso, como lo es la pensión de invalidez. En este último evento, es preciso tener en cuenta el carácter subjetivo que envuelve el examen de pérdida de capacidad laboral, por lo que siempre se deberá intentar por los empleadores y el Estado-en el marco de lo razonable-realizar las reubicaciones o adecuaciones necesarias del lugar de trabajo y de las funciones a cargo, para garantizar la inclusión laboral de las personas con cualquier deficiencia

física, mental, intelectual o sensorial. Sobre el particular, en el ámbito del derecho internacional se ha señalado que surge “una obligación de hacer los ajustes razonables” por virtud de la cual se demandan “las modificaciones o cambios que necesita una persona con discapacidad en el contexto (...) [del empleo] (...) para garantizar la igualdad de acceso a esa persona al servicio o actividad de que se trate”[117].

4.4.6. De lo anterior se recoge que, en el ámbito laboral, tanto el Estado como la sociedad (en especial los empleadores) tienen la obligación de velar por la inclusión en condiciones de igualdad de las personas en situación de discapacidad y evitar así una discriminación en razón de su condición. En esta medida, salvo que una persona se encuentre efectivamente en un estado de invalidez, es importante la consagración de disposiciones y soluciones flexibles que permitan impulsar la adaptación de la forma de prestar los servicios a las necesidades particulares de cada uno de estos individuos.

4.5. El teletrabajo como instrumento de flexibilización normativa que facilita la inclusión laboral de las personas con discapacidad

4.5.1. El auge de la tecnología ha tenido un gran impacto en el mundo laboral y en la economía. Así, por ejemplo, con la revolución industrial se potencializaron los medios de producción y se abrió la puerta para la prestación de nuevos bienes y servicios que han aumentado la posibilidad de creación de empleos y han permitido el crecimiento de las economías en el mundo[118].

El desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (en adelante TIC) ha originado diversos cambios en la vida diaria de los individuos en nuestra sociedad. En razón de lo anterior, el acceso a la información es mucho más ágil y la interacción entre las personas se ha hecho cada vez más inmediata sin que necesariamente se requiera su presencia física. Este tipo de circunstancias permean en general las relaciones sociales, incluyendo las que se originan en el ámbito laboral.

Precisamente, en relación con estas últimas, la creciente utilización de las TIC ha involucrado el surgimiento de figuras que contribuyen a la eficiencia del mercado y al desarrollo de la economía. A modo de ejemplo, hoy en día es posible que los trabajadores puedan prestar servicio con inmediatez, a pesar de no estar exclusivamente en el lugar de trabajo, lo que reduce para los empleadores costos operativos como el arrendamiento o la

compra de mobiliarios, entre otros elementos que se requieren para adecuar las oficinas.

El escenario descrito fue puesto de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008[119], por medio de la cual se regula en Colombia una nueva modalidad de prestación de servicios denominada teletrabajo. En particular, en el citado documento se destacó que: “[l]as comunicaciones y la tecnología de la información han generado profundas transformaciones en el mundo, ya que tienen la capacidad para generar empleos, incrementar la productividad y [mejorar la] competitividad de las empresas”. En tal escenario, el desarrollo de las tecnologías informáticas empleadas en las telecomunicaciones ha permitido “abaratar los costos de producción y ejecución de actividad de las empresas y aún de los Estados, logrando con ello un desarrollo económico y social efectivo tras el aprovechamiento de las infraestructuras de las telecomunicaciones.”[120]

En este orden de ideas, la implementación de dinámicas como el teletrabajo se enmarca dentro de los citados objetivos y corresponde a una aplicación concreta de las TIC en el mundo laboral.

4.5.2. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008, el teletrabajo es “una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación -TIC- para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.”

Esta nueva modalidad pretende incentivar la creación de empleo y autoempleo a partir de la flexibilización de la jornada laboral[121]. Ella tiene lugar cuando a través de las TIC se suple la necesidad de un horario fijo como supuesto para que el trabajador esté en contacto con su empleador y realice las funciones que le son asignadas. Precisamente, en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 se consagra que a los teletrabajadores no les son aplicables los preceptos sobre jornada de trabajo[122].

Con la redefinición del clásico concepto de la jornada laboral rígida e inmóvil, el trabajador ahora tiene mayor capacidad para manejar su tiempo, hasta cierto punto, de forma un poco más libre, determinando generalmente los momentos del día en los que cumplirá con las funciones asignadas.

4.5.3. La Ley 1221 de 2008 consagra algunas directrices para el fomento y aplicación de esta nueva modalidad de prestación de servicios en Colombia. En primer lugar, el teletrabajo no puede ejercerse por cualquier tipo de trabajador, sino solo respecto de aquellos que por la naturaleza de sus funciones puedan desempeñarlas por fuera del lugar de trabajo. Por esta razón, para su implementación es imperativo que el empleador precise claramente los objetivos y metas que se esperan del trabajador en el tiempo destinado para sus actividades, lo que respectivamente envuelve la estructuración de un sistema de control de gestión para determinar la satisfacción de dichos criterios[124].

Por otro lado, tal como se resaltó previamente, el ejercicio de funciones a través de las TIC trae el riesgo implícito de que los teletrabajadores puedan ser sometidos a excesivas cargas laborales sin recibir remuneración adicional, en la medida en que no les son aplicables las disposiciones sobre jornada laboral, horas extraordinarias y trabajo nocturno. De ahí que, para evitar que se pueda presentar una hipótesis de abuso, la norma agrega que la asignación de tareas deberá responder a la garantía del derecho al descanso, y que en ningún caso el pago que reciban puede ser inferior al que se otorga a los trabajadores que realizan la misma labor, de acuerdo con el nivel rendimiento y las actividades que se desarrollan en el lugar de trabajo[125].

Adicionalmente, como medidas de protección del teletrabajador, la Ley 1221 de 2008 dispone que el puesto de trabajo que sea utilizado para estos efectos, sin importar su ubicación, debe ser incluido en los planes y programas de salud ocupacional y el mismo debe ser parte de una red de atención de urgencias en el evento en que se presente un accidente o enfermedad del empleado[126].

Por lo demás, la vinculación como teletrabajador debe ser voluntaria tanto para el empleador como para el empleado, de ahí que por petición de cualquiera de las partes y de común acuerdo, se podrá retomar a la actividad convencional[127]. En todo caso, se deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo para el sector privado[128] y, respecto de los servidores públicos, con las disposiciones vigentes que regulen sus relaciones laborales, pero como mínimo se deberán precisar: (i) “las condiciones del servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones tiempo y si es posible de espacio”; (ii) los horarios y los días en los que el teletrabajador va a desarrollar sus funciones, con el fin de

que sea posible especificar la responsabilidad en el evento de un accidente de trabajo y se evite una carga desproporcionada de actividades a su cargo; (iii) en relación con los elementos de trabajo, se exige precisar las responsabilidades por su cuidado y fijar los procedimientos de entrega cuando se termine esta modalidad de vinculación; y finalmente, (iv) se debe disponer las medidas de seguridad informática[129].

Más allá de los requisitos mencionados, en tratándose de entidades públicas, la aplicación del teletrabajo impone el deber de adaptar los manuales de funciones y competencias laborales, con miras a facilitar su implementación como una forma organización laboral. Expresamente, el artículo 6 del Decreto 884 de 2012[130] establece que: “Para los servidores públicos las entidades deberán adaptar los manuales de funciones y competencias laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral.”

4.5.4. En el marco normativo previamente anunciado se ofrecen diferentes posibilidades para teletrabajar. Así, por ejemplo, se admite su práctica desde el domicilio del trabajador[131], en oficinas satélites[132], telecentros[133], telecottages[134] o de manera móvil[135]. De acuerdo con esta realidad, la Ley 1221 de 2008 consagró las siguientes formas en que puede desarrollar el teletrabajo:

“- Autónomos: son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y solo acuden a la oficina en algunas ocasiones.

- Móviles: son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las tecnologías de la información y la comunicación, en dispositivos móviles.

- Suplementarios: son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.”

4.5.5. La consagración de la figura del teletrabajo, en los términos descritos hasta el momento, si bien fue concebida en general para toda la población de trabajadores por los beneficios que implica, también se creó como una herramienta de integración social y

laboral a favor de la población vulnerable. Precisamente, en el párrafo 1º del artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, se consagra la obligación de formular una política pública para la incorporación de estas personas a programas de teletrabajo. En concreto, la citada disposición aclara que por población vulnerable se entiende: “personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión [y] personas con amenaza de su vida”.

En este sentido, la creación del teletrabajo también debe ser vista como una medida de flexibilización normativa, que representa una importante iniciativa del legislador a través de la cual es posible adecuar la forma de prestación de los servicios de personas en desigualdad material a sus necesidades particulares, con el propósito de que puedan acceder a una actividad laboral en igualdad de condiciones[136].

Específicamente, para el caso de la población en condición de discapacidad, el teletrabajo se concibe como un instrumento para combatir las barreras de acceso físicas que normalmente tienen estas personas para obtener y mantener un empleo. De esta manera, la flexibilización de los elementos clásicos del contrato trabajo, como ocurre con la jornada laboral en las instalaciones convencionales destinadas por el empleador, evita que el transporte o la necesaria adecuación del lugar de trabajo se tornen como límites que impidan la realización de sus derechos.

Por virtud de ello, en casos en los que la discapacidad de un trabajador le genere barreras relacionadas con la movilización hasta el lugar de trabajo o su acceso al puesto destinado para tal fin, el empleador se encuentra en la obligación de otorgar el beneficio del teletrabajo, siempre que corresponda a una solicitud expresa del empleado o que sea el propio el empleador quien lo proponga, como una medida para mejorar no solo el servicio, sino también para realizar los ajustes razonables que permitan la realización plena del derecho al trabajo y al empleo, como se dispone en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[137].

4.6. Caso concreto

4.6.1. El señor Jaime Alberto Rincón Correa padece una lesión en la médula espinal que le genera fuertes dolores lumbares y en las piernas que le dificultan moverse. Por tal razón,

debe ayudarse con un caminador y, en algunas ocasiones, dependiendo del grado del dolor para ponerse de pie, debe utilizar una silla de ruedas.

Desde octubre de 2006 se encuentra vinculado a la Defensoría del Pueblo, desempeñando en la actualidad el cargo de Profesional Especializado, Grado 19, adscrito a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales. En esta dependencia, desde que fue nombrado en el año 2008, sus labores han radicado principalmente en la participación de los comités jurídicos en los cuales se discuten los expedientes de tutela que potencialmente podrán ser insistidos ante la Corte Constitucional y la proyección de tales recursos.

Con el paso de los años su estado de salud ha seguido desmejorando, por lo que si bien sus deficiencias físicas se originaron con anterioridad a que fuese vinculado a la citada entidad, también se advierte que en el desarrollo de sus funciones dentro de la misma se han ocasionado otros padecimientos, que al igual que su discapacidad, son de origen común. En este sentido, además de los problemas de columna, se le ha diagnosticado (i) un desprendimiento de la retina del ojo izquierdo, en virtud del cual se ha dispuesto reducir la carga de labores de lectoescritura[138], así como (ii) un desplazamiento del cóccix, que le produce mayores dolores a la hora de ponerse de pie y que dificulta su traslado hasta las dependencias de la Defensoría.

Como consecuencia de lo anterior, durante su vinculación a la entidad los profesionales encargados en las empresas de salud ocupacional, atendiendo a su particular condición, han realizado diversas recomendaciones de ajuste con miras a mejorar las condiciones de trabajo del actor. Tales adecuaciones se concretan, entre otras, en mejorar la distribución de espacios para facilitar la movilización (no solo en el puesto de trabajo sino también en la entrada al baño y en el acceso al parqueadero), ajustar las características ergonómicas, controlar los factores de riesgo psicosocial, disminuir las actividades de lectoescritura y revisar la jornada laboral[139]. Por lo demás, es preciso resaltar que en este mismo sentido sus médicos tratantes han solicitado medidas semejantes a las indicadas, haciendo especial énfasis en la exigencia de flexibilización de la jornada de trabajo.

Ante la supuesta omisión de la entidad demandada en dar plena ejecución a las medidas enunciadas en el párrafo anterior, desde el año 2014, el accionante formuló varias peticiones a la entidad demandada con el propósito de requerir su cumplimiento. En la

mayoría de dichas comunicaciones se hacía referencia a la posibilidad de inclusión en un programa de teletrabajo para atender a la necesidad de flexibilización de su jornada laboral.

La Defensoría del Pueblo respondió en diversas ocasiones al actor y le explicó que sus peticiones estaban siendo evaluadas por las dependencias competentes de la entidad. Sin embargo, mientras se definía su posible inclusión en un programa de teletrabajo, debía cumplir con la jornada laboral en los términos del reglamento interno. Igualmente, se le advirtió que la Defensoría había requerido a la EPS Sanitas para que iniciara un proceso de calificación del estado de invalidez, de conformidad con lo previsto en el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012[140].

En este contexto, el requerimiento relacionado con la flexibilización de la jornada laboral fue tomando mayor trascendencia, ya que los médicos identificaron que dentro de los factores que estaban agravando los dolores del señor Rincón Correa se encontraba la vibración que producía el automóvil en el que debía transportarse todos los días hasta la oficina y el largo tiempo que debía permanecer sentado en el vehículo. Este malestar le impedía desempeñar sus tareas de manera eficiente, pues al llegar al sitio de trabajo debía tomarse un largo tiempo para recuperarse[141]. Por esta razón, en el año 2015, en atención al empeoramiento en la condición de salud del accionante y las cada vez más recurrentes incapacidades médicas que por ello se le estaban generando, su fisiatra envió personalmente una comunicación a la entidad para insistir sobre la posibilidad de asignar tiempo de trabajo en su casa[142].

De manera paralela, cabe anotar que sus constantes ausencias al lugar de trabajo han generado algunas inconformidades entre sus superiores, tal como se desprende del requerimiento enviado el 23 de diciembre de 2014 por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, y del proceso disciplinario iniciado en contra del actor por la Subdirección de la Oficina de Gestión y Talento Humano, con el argumento de que en los meses de octubre, noviembre y diciembre del mismo año solo había laborado 22 días.

Así las cosas, el señor Rincón Correa manifestó en la demanda de tutela que la Defensoría del Pueblo había incurrido en faltas discriminatorias y nugatorias de su inclusión laboral, como lo fue omitir su incorporación en un programa de teletrabajo para atender a las

necesidades de su condición de salud, así como solicitar el inicio del proceso de calificación del estado invalidez, cuando frente a las labores que realiza no existe incompatibilidad alguna con su discapacidad.

Para el actor, la modalidad de teletrabajo se ajusta a las necesidades de su discapacidad, pues a través de ella se le permite desarrollar de manera eficiente sus labores como servidor público, sin tener que trasladarse hasta las oficinas de la entidad. Por lo demás, en virtud a la naturaleza de sus funciones, no necesariamente se requiere de su presencia constante en el lugar de trabajo, sino que puede mantener contacto con sus superiores a través de las TIC.

Ante este panorama, el demandante acudió a la acción de tutela para solicitar la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad material, a la salud y al trabajo, solicitando que se ordene a la Defensoría del Pueblo que implemente las recomendaciones ocupacionales dispuestas por los médicos especialistas, en particular en lo que atañe a la implementación de la modalidad del teletrabajo, con el propósito de adecuar la jornada laboral a su estado de salud.

4.6.2. Como se advirtió en el acápite de antecedentes, en sentencia del 21 de octubre de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá decidió conceder el amparo. En primer lugar, estimó vulnerado el derecho de petición, con el argumento de que la entidad no había resuelto de fondo el requerimiento dirigido a la modificación de las condiciones laborales del actor, de acuerdo con los conceptos médicos proferidos en dicho sentido. En consecuencia, ordenó a la Defensoría del Pueblo dar una respuesta definitiva sobre el particular.

En segundo lugar, en relación con la implementación del teletrabajo, resaltó que aun cuando la entidad demandada había adelantado algunas actuaciones dirigidas a optimizar el escenario laboral del accionante, las mismas no habían sido suficientes frente a los estándares médicos. En este sentido, encontró que atendiendo a la naturaleza de las funciones del actor, nada impedía que ellas se desarrollaran a través del teletrabajo[145]. Sin perjuicio de lo expuesto, para que dicha posibilidad fuese viable, la mencionada institución debía ajustar su manual de funciones, en concordancia con lo previsto en el artículo 6 del Decreto 884 de 2012[146]. Por consiguiente, ordenó “REQUERIR a la

Defensoría del Pueblo para que en el menor tiempo posible adapte, defina, profiera e implemente el manual de funciones y competencias sobre la modalidad de Teletrabajo.”[147]

4.6.3. Como consecuencia de la citada decisión y en cumplimiento de la misma, la Defensoría del Pueblo procedió a revisar el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales, Requisitos y Equivalencias expedido por medio de la Resolución 065 de 2014. Como resultado de dicha actuación, se decidió que para la implementación de la modalidad de teletrabajo en el caso del señor Rincón Correa no se requería la modificación de tal instrumento, ya que las funciones esenciales asignadas a los Profesionales Especializados, Grado 19, que laboran en la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, eran susceptibles de desarrollarse desde el domicilio del actor.

Con fundamento en lo anterior, se profirió la Resolución 1585 del 10 de noviembre de 2015, a través de la cual se le otorgó la condición de teletrabajador suplementario al señor Jaime Alberto Rincón Correa en el cargo en mención. Con tal fin, el accionante desempeñaría las tareas asignadas desde su casa los lunes, miércoles y viernes, y en las instalaciones de la Defensoría los martes y jueves. Esta decisión se sometió a la condición de que se asumiría la modalidad autónoma de teletrabajo, en el momento en que la entidad trasladara su sede al centro de la ciudad de Bogotá.

Ante una valoración periódica de salud ocupacional realizada al accionante, el acto referido en el párrafo anterior fue modificado a través de la Resolución 113 del 28 de enero de 2016.

Sobre el particular, en el concepto médico se determinó que el actor no debía asistir a las instalaciones de la entidad durante los días prefijados, sino que –por las necesidades de su discapacidad– solo debía acudir a las oficinas para reuniones de carácter prioritario. Por ello, se dispuso que la vinculación del accionante se manejaría exclusivamente bajo la modalidad autónoma de teletrabajo, de acuerdo con la reglamentación interna sobre el horario de trabajo, con la obligación de acercarse a las oficinas únicamente cuando su jefe inmediato así lo exigiera.

A pesar de lo anterior, el actor considera que existe otro escenario de discriminación en su contra, pues a través del artículo 13 de la Resolución 1585 de 2015, en la que se otorgó su condición de teletrabajador, se eliminaron las tareas que de manera principal había venido

desarrollando desde el año 2008, relacionadas con la asistencia a comités jurídicos para la discusión de los expedientes de tutela que potencialmente podrían insistirse ante este Tribunal, junto con la posterior realización de tales recursos. En sus propias palabras, manifestó que dichas funciones habían representado casi el 95% de la destinación de su tiempo de trabajo, por lo que el cambio implicaba una disminución significativa de su carga laboral, lo que le había generado repercusiones en su salud, tal como lo demuestra con el concepto médico de su psiquiatra[148]. Sin embargo, en los documentos allegados por el demandante en sede de revisión, se pudo constatar que luego de algunas solicitudes presentadas como consecuencia del cambio de funciones, la entidad decidió nuevamente reasignarle la función de sustanciación de insistencias y de comparecencia a los comités jurídicos.

4.6.4. Antes de entrar a estudiar de fondo las circunstancias fácticas que se han expuesto hasta el momento, esta Sala debe entrar a determinar si el mecanismo de amparo constitucional es procedente frente al caso concreto. En este orden de ideas, es importante señalar que en el asunto objeto de examen se cuestiona la presunta vulneración de los derechos fundamentales de un individuo en situación de discapacidad, frente a quien el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de sus derechos como sujeto de especial protección constitucional. Por ello, como lo ha señalado de forma reiterada esta Corporación, la interpretación que se haga de los requisitos de procedencia deberá atender a criterios flexibles, con miras a asegurar la vigencia de los derechos invocados por el accionante[149].

Bajo la anterior consideración, se observa que tanto la legitimación por activa como por pasiva se encuentran plenamente acreditadas, ya que el señor Rincón Correa es una persona natural y al mismo tiempo es a quien presuntamente se le están vulnerando sus derechos a la dignidad humana, al trabajo, a la salud y a la igualdad[150]; al mismo tiempo que la Defensoría del Pueblo, por virtud de la constitución, tiene la condición de autoridad pública perteneciente al Ministerio Público (CP arts. 281 a 284)[151].

Por otra parte, también se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la conducta que aparentemente originó la afectación de los derechos invocados, esto es, la omisión en la implementación de las recomendaciones de salud ocupacional, con el fin de adaptar las condiciones laborales del señor Rincón Correa a las necesidades de su discapacidad, se ha

mantenido en el tiempo y corresponde a un acto de ejecución continua[152].

Finalmente, en cuanto a la subsidiariedad de la acción, esta Sala entiende superado tal requisito, en tanto que el actor no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos para resolver la controversia constitucional planteada, desde una perspectiva que garantice sus derechos al trabajo, a la dignidad humana y a la igualdad, en el escenario de supuesta discriminación que por él se invoca[153]. Por lo demás, desde el punto de vista administrativo, el accionante ha agotado los instrumentos de defensa que tiene a su alcance, pues -como ha quedado en evidencia- ha presentado diversas peticiones, solicitudes y comunicaciones ante la entidad demandada con miras a resolver su situación.

4.6.5. Una vez agotado el examen de procedencia del amparo en el caso concreto, se pasa a resolver el problema jurídico planteado en el numeral 4.3 de la presente sentencia, a saber: si la Defensoría del Pueblo vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo y a la igualdad del señor Jaime Alberto Rincón Correa, según se alega por este último, como consecuencia de la decisión de dicha entidad de abstenerse de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de su cargo como profesional especializado, en términos concordantes con el deber de inclusión social de las personas con discapacidad.

Así las cosas, tal como fue expuesto, en el marco constitucional y legal se consagra el deber de inclusión social, específicamente en el ámbito laboral, con miras a asegurar que a las personas en condición de discapacidad, además de todos los beneficios mínimos laborales que son irrenunciables para cualquier trabajador, se les otorgue un escenario amplio de protección que proscriba su exclusión injustificada y discriminación en el acceso al trabajo. Ello supone una lucha en contra de las barreras materiales e inmateriales que encuentran este tipo de sujetos cuando pretenden acceder o mantenerse en un empleo. En esta medida, el Estado debe promover políticas públicas que les permita a las personas con discapacidad participar en igualdad de condiciones al momento de ingresar o desempeñar un trabajo[154], más allá de los ajustes razonables que se deban realizar para garantizar el goce o ejercicio del citado derecho[155].

Asimismo, los empleadores también cumplen un papel axial en la materialización de la

inclusión laboral de estos individuos[156], por lo que deben procurar adecuar las condiciones de prestación del servicio a las necesidades que se derivan de las barreras o deficiencias que impiden la plena y efectiva participación de este tipo de trabajadores, con el propósito de facilitar el desarrollo de sus tareas en igualdad de condiciones[157].

Este mandato de inclusión tiene una clara prevalencia de carácter constitucional como se deriva del artículo 54 de la Carta, en el que se dispone a cargo del Estado el deber de propiciar la ubicación laboral de las personas que tengan algún tipo de deficiencia o minusvalía, con sujeción a sus condiciones de salud. Lo anterior se refuerza en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se incluye la medida específica de promover el “reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral”[158].

Ahora bien, como se expuso con anterioridad en esta providencia, se pueden presentar escenarios excepcionales en los que la discapacidad de una persona sea de tal grado que le impida continuar desempeñando sus labores. En este supuesto, como lo ha admitido la Corte, las medidas habituales de protección encuentran un límite, “ya que están concebidas para facilitar la incorporación laboral de [las] personas”[159] y quedan descartadas cuando se comprueba que las barreras que impiden la participación plena y efectiva de un individuo en la sociedad, llegan hasta el nivel de causar una situación de invalidez que le imposibilitan cumplir con sus cometidos de índole laboral. En tal caso, y solo en él, “es indispensable pensar en otras formas de protección del ingreso económico y de la integridad física y síquica”[160] de las personas con discapacidad.

El supuesto descrito en el párrafo anterior debe ser interpretado de manera restrictiva, por lo que se entiende que la obligación principal y primigenia es la de asegurar la inclusión social de las personas con discapacidad al trabajo, en contra de los estereotipos que los asimilan a personas limitadas, por lo que el escenario excepcional de una invalidez, solo puede tener ocurrencia cuando las deficiencias vinculadas con una discapacidad lleguen a un nivel tal que efectiva-mente lleven a que una persona pierda su capacidad para continuar trabajando, a partir de las actividades esenciales que desempeña, previa verificación de que esa incompatibilidad no pueda ser superada con la realización de adecuaciones o ajustes laborales razonables[161].

En este sentido, es la obligación de los empleadores evaluar la mejor posibilidad y escenario para que el trabajador pueda continuar prestando sus servicios, sobre todo cuando la discapacidad se generó o se hubiere agravado durante la ejecución de una relación laboral. Esta flexibilización también puede derivarse de las políticas legislativas que faciliten el acceso de las personas con discapacidad al empleo, tal como se determinó en la Observación No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y se reiteró en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[162].

De ahí que, la regulación del teletrabajo se consolida como una herramienta para combatir las barreras de acceso al mercado laboral de las personas en condición de discapacidad, pues introduce posibilidades de flexibilización de algunas características clásicas de las relaciones de trabajo como lo es la jornada laboral. Precisamente, a través de las nuevas tecnologías de la información, las personas pueden desempeñar sus funciones desde lugares diferentes a las instalaciones dispuestas por el empleador y en horarios diversos a los señalados en el Reglamento Interno de Trabajo. Desde esta perspectiva, los empleadores tienen la obligación de incluir en los programas de teletrabajo a sus empleados en situación de discapacidad cuyas deficiencias físicas o de otro tipo les generen dificultades o barreras en la movilización hasta el lugar de trabajo, siempre que estos últimos así lo soliciten o sea el propio empleador quien lo proponga, como una medida para mejorar no solo el servicio, sino también para realizar los ajustes razonables que permitan la realización plena del derecho al trabajo.

4.6.6. En cuanto al asunto objeto de examen, es preciso reconocer que el señor Rincón Correa es un sujeto de especial protección constitucional, dada su situación de discapacidad que le dificulta la movilización hasta el lugar de trabajo[163]. En este punto, cabe anotar que ella se generó con anterioridad a su vinculación laboral, por lo que desde su nombramiento la Defensoría del Pueblo –como entidad del Estado y como empleador del accionante– ha tenido la carga de brindarle una atención especial.

Para verificar si, en el caso concreto, se está o no en una situación de discriminación laboral causada por la supuesta falta de diligencia de la entidad accionada para responder a sus obligaciones constitucionales y legales a favor de la población en condición de discapacidad, la Sala procederá a examinar las actuaciones adelantadas por la Defensoría

del Pueblo en dos escenarios. En el primero, se constatará lo relacionado con las adecuaciones físicas de las instalaciones de la entidad y el puesto de trabajo del accionante, que han sido recomendadas por las empresas de salud ocupacional, con el fin de garantizar las condiciones de dignidad en la prestación de sus servicios.

Y, en el segundo, se examinará lo relativo a la flexibilización de la jornada laboral del señor Rincón Correa, en los términos dados tanto por los médicos tratantes como por los profesionales de salud ocupacional de la entidad, para evitar las dificultades derivadas del traslado del actor hasta las instalaciones de la Defensoría. En este último escenario, se tendrán en cuenta como subtemas los siguientes: a) el diseño e implementación del programa de teletrabajo en la modalidad autónoma; b) la decisión de requerir de la EPS el inicio del proceso de calificación del estado de invalidez del accionante; c) la activación de un proceso disciplinario en su contra, motivado por el supuesto incumplimiento del horario de trabajo; d) la necesidad de adaptar el manual de funciones; y e) la supuesta discriminación en que se incurrió por los ajustes que se realizaron a las funciones del cargo que desempeña el actor a través de las Resoluciones 1585 del 10 de noviembre de 2015 y 113 del 28 de enero de 2016.

4.6.7. Hechas las anteriores precisiones, en cuanto a las adecuaciones físicas de las instalaciones de la entidad y del puesto de trabajo, se tiene que se debía mejorar en los aspectos ergonómicos, en la revisión de los espacios para facilitar el movimiento del actor (quien debe ayudarse con un caminador y, en ocasiones, con una silla de ruedas) y en el acceso al baño y parqueadero. Al respecto, a partir de los elementos de convicción que reposan en el expediente, la Corte pudo constatar que la entidad ha implementado de manera general tales ajustes, como se demuestra en las fotografías que se anexan en la comunicación enviada el 18 de marzo de 2016[164]. De esta manera, se encuentra que la Defensoría del Pueblo ha cumplido concretamente con las recomendaciones realizadas por los médicos, con miras a facilitar la prestación de las funciones del señor Rincón Correa y evitar un detrimento mayor en su estado de salud.

En este mismo sentido, si bien no se trata específicamente de una adecuación en el lugar de trabajo, se reconoce que la citada entidad también ha atendido –en general – algunas de las recomendaciones de salud ocupacional que se han proferido en cuanto a las condiciones de trabajo del accionante. A modo de ejemplo, se tiene que con ocasión del

desprendimiento de la retina del ojo izquierdo y de acuerdo con las recomendaciones de salud ocupacional, se disminuyó en un 50% la carga laboral relacionada con las competencias de lectoescritura.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, se observa que las adecuaciones realizadas corresponden a la sede actual de la Defensoría del Pueblo, las cuales podrían resultar insuficientes con ocasión del cambio programado de sus instalaciones hacia el centro de la ciudad de Bogotá, por lo que es necesario que las mismas también tengan ocurrencia en el nuevo sitio destinado para la prestación del servicio, pues a pesar de que –como se verá más adelante– se acogió la modalidad de teletrabajo autónomo, en el artículo 4 de la Resolución 113 del 28 de enero de 2016, se dispuso que el señor Rincón Correa debe asistir a las oficinas de la entidad para recoger o entregar documentos, o para asistir a reuniones de carácter prioritario que se programen y en los que se requiera su presencia física.

Si bien en el párrafo de la disposición en cita se señala que en estos casos el actor debe informar con la debida anticipación a la Subdirección de Gestión de Talento Humano, con el propósito de “coordinar lo pertinente en relación a su puesto de trabajo durante su estancia en las instalaciones de la Defensoría del Pueblo”, esta Sala considera que dicha previsión no solo resulta incompleta, sino también desproporcionada.

Ello es así, por una parte, porque las adecuaciones que se demandan no se deben limitar al puesto de trabajo, sino que también deben involucrar otros componentes directamente vinculados con la posibilidad de prestar el servicio, como lo son, entre otros, el fácil acceso a la oficina desde el parqueadero o puerta de ingreso de la entidad y la posibilidad de contar con un baño que resulte accesible a partir de las barreras físicas que presenta el actor. Y, por la otra, porque el deber de brindar las condiciones que faciliten la inclusión social de las personas con discapacidad recae –en el asunto sub-judice– sobre el empleador, de suerte que resulta desproporcionado exigirle el deber de informar a la Subdirección de Gestión de Talento Humano cada vez que es citado a la entidad para asistir a reuniones, cuando ese tipo de medidas son propias del nivel mínimo de organización, comunicación y diálogo que debe existir entre las dependencias internas de la Defensoría del Pueblo, con el fin de velar –como lo ordena la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– porque se realicen los “ajustes razonables” que permitan el goce o ejercicio efectivo del derecho al trabajo, en igualdad de condiciones con los demás.

Por las razones expuestas, en la parte resolutive del presente fallo, se confirmará y adicionará la orden que sobre el particular adoptó el juez de instancia, en el siguiente sentido: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que, en el término máximo de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, siempre que se haya producido el cambio de sede de la entidad, disponga de las medidas necesarias para que se realicen las adecuaciones físicas que correspondan en las nuevas instalaciones, cuyo plazo no podrá superar el término de tres (3) meses, con miras a garantizar el trabajo en condiciones dignas del señor Jaime Alberto Rincón Correa, tanto cuando acuda a la oficina a recoger o entregar documentos, como a las reuniones que se programen y requieran su presencia física. Estas adecuaciones, como mínimo, deben facilitar el acceso desde el parqueadero o puerta de ingreso de la entidad y deben incorporar la existencia de un baño que resulte accesible a partir de las barreras físicas que presenta el actor.

Por lo demás, el deber de informar a la Subdirección Administrativa de Gestión de Talento Humano, para que se coordinen los ajustes en su puesto de trabajo, siempre que se programen reuniones, cuando así lo requiera su jefe inmediato, recae sobre la dependencia en la que presta sus servicios, razón por la cual, en el mismo plazo de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, la Defensoría del Pueblo deberá realizar los ajustes que correspondan a la Resolución 113 del 28 de enero de 2016.

4.6.8. El segundo escenario propuesto es el que se relaciona con la observancia de las solicitudes de flexibilización de la jornada laboral realizadas por los profesionales de la medicina. Sobre el particular, desde el año 2011, se han presentado recomendaciones de salud ocupacional encaminadas a revisar dicha jornada, con el fin de adecuarla a las necesidades de la discapacidad del actor[165]. Sin embargo, hasta el momento en que se interpuso la acción de tutela, la entidad no había implementado ninguna de las recomendaciones realizadas, pese a que el actor y su fisiatra habían enviado varias comunicaciones para reclamar el desarrollo de políticas de trabajo en casa[166], ya que se estaban presentando problemas de salud, tanto con ocasión de la posición sedentaria a la que se veía sometido el señor Rincón Correa en la oficina, como en el traslado que tenía que realizar a la sede de la entidad[167].

Vale la pena advertir que si bien esta Sala reconoce que, para el momento de la presentación de la acción de tutela, la Defensoría había contestado las peticiones del señor

Rincón Correa, tales comunicaciones no se sujetaron a los estándares del deber de inclusión social y a las obligaciones correlativas que surgen en cabeza del empleador, las cuales fueron enunciadas previamente en la presente sentencia. En concreto, ello se constata en el documento enviado por la Subdirectora de Gestión de Talento Humano el 13 de marzo de 2015 (véase el numeral 3.14 del acápite de pruebas), en el cual se le informó al accionante que se estaba analizando la viabilidad de sus requerimientos, pero que, mientras tanto, debía cumplir con la jornada laboral de 8:00 am a 5:00 pm, decisión que se tomó sin tener en cuenta su situación de indefensión, ni tampoco su condición de sujeto de especial protección constitucional.

En este orden de cosas, la Defensoría del Pueblo omitió el cumplimiento de la carga de procurar las condiciones para que el accionante pudiera prestar sus servicios de forma adecuada, con miras a evitar que su discapacidad –por sí misma– se convirtiera en un obstáculo de acceso que dificultara la realización del deber de inclusión en el ejercicio y goce de su derecho al trabajo. Con todo, en la medida en que las recomendaciones médicas se transformaron con el tiempo, de suerte que más allá del ajuste en el horario, se requirió la necesidad de disponer de la modalidad de teletrabajo a favor del actor, es preciso que esta Sala de Revisión entre a determinar la viabilidad de tal pretensión, atendiendo a las especificidades del caso concreto.

Lo anterior supone examinar si, en el asunto sub judice, se presentó una vulneración de los derechos al trabajo digno, a la salud y a la igualdad del señor Rincón Correa (en el sentido de no discriminación y de protección especial de la población en condición de discapacidad), como consecuencia de la falta de adopción de la citada modalidad de trabajo, pese a la solicitud formulada en tal sentido por el accionante. Para el efecto, como ya se dijo, es preciso revisar si las funciones del cargo resultan compatibles con la posibilidad de acudir a dicho instrumento de flexibilización laboral.

Para comenzar, se observa que a través de la Resolución 065 de 2014 se adoptó el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales, Requisitos y Equivalencias de Empleos de la Planta de Personal de la Defensoría del Pueblo, y en los artículos 13 y 14 se determinan las funciones generales junto con los criterios básicos de desempeño que se asignan según el nivel jerárquico de cada funcionario (directivo, asesor, profesional, profesional con personas a cargo y técnico). Adicionalmente, en el anexo se consagran de

manera particular y concreta los propósitos y funciones de cada uno de dichos empleos. Así, en lo que atañe a los Profesionales Especializados 19 de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, como es el caso del actor, existen nominalmente dos categorías de empleos semejantes con similitud de funciones.

En el primero de ellos se estipula como propósito principal el de “[d]iseñar, controlar y ejecutar los planes, políticas, programas y proyectos, en asuntos relacionados con el litigio defensorial, el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y el Registro Público de Acciones Populares y de Grupo, así como coordinar y controlar el desarrollo de las actividades correspondientes a la Dirección en el cumplimiento de la misión, visión y objetivos institucionales, legales y constitucionales.” En cuanto a la descripción específica de las funciones esenciales se indica:

“Hacen parte de este perfil las funciones generales para todos los servidores de la Defensoría del Pueblo y las correspondientes con el nivel del cargo establecidas en esta Resolución y las siguientes: // 1. Proyectar las acciones constitucionales que se requieran para la defensa del orden jurídico en abstracto y los derechos fundamentales, sociales y económicos, y colectivos.

// 2. Realizar el seguimiento a las actuaciones desplegadas ante los despachos judiciales a nivel nacional relacionadas con el litigio defensorial y efectuar el registro y actualización en los sistemas de gestión de información. // 3. Desarrollar actividades de promoción, divulgación y ejercicio de los asuntos propios de la Dirección. // 4. Controlar la actualización del Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo que se interpongan en el país. // 5. Socializar y controlar el cumplimiento de las directrices impartidas por la dependencia para la interposición de acciones constitucionales para la defensa del orden jurídico en abstracto y los derechos fundamentales, sociales y económicos, y colectivos a nivel nacional. // 6. Estudiar las solicitudes de insistencia repartidas de manera detallada, proyectar el recurso respectivo si a ello hubiere lugar previa aprobación del Comité y en caso contrario informar. // 7. Tramitar las solicitudes presentadas en el ejercicio del litigio defensorial. // 8. Registrar las acciones, los recursos y las intervenciones efectuadas, en virtud del ejercicio del litigio defensorial en el sistema establecido para tal fin. // 9. Brindar asesoría jurídica y emitir consultas a las solicitudes presentadas por los usuarios respecto del ejercicio de los mecanismos judiciales de acceso a la justicia. // 10. Gestionar y controlar el seguimiento de las sentencias judiciales que resuelven las acciones

de grupo tramitadas en el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos – FDDIC, incluyendo la liquidación. // 11. Revisar la documentación aportada por el solicitante a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el Juez. // 12. Proyectar las Resoluciones de reconocimiento de pago así como los actos administrativos a los que hubiese lugar.”

En el segundo de los empleos en mención, se establece que el Profesional Especializado 19 también podrá tener como propósito principal el de “[d]iseñar, controlar y ejecutar planes, programas y proyectos relacionados con la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales para garantizar la efectividad de los Derechos Humanos en cumplimiento de la misión, las metas, políticas y objetivos de la Entidad.” En lo que corresponde a las funciones esenciales del cargo, se describen las siguientes:

“Hacen parte de este perfil las funciones generales para todos los servidores de la Defensoría del Pueblo y las correspondientes con el nivel del cargo establecidas en esta Resolución y las siguientes: // 1. Apoyar al superior inmediato en la coordinación a nivel nacional el litigio defensorial y en el seguimiento a las actuaciones realizadas ante los despachos judiciales para prestar un servicio calificado. // 2. Apoyar al superior inmediato respecto de la función de asistencia a las Defensorías Regionales, Defensores Públicos contratados para ejercer el litigio defensorial y a los Personeros Municipales en materia de acción de tutela para el debido ejercicio del litigio defensorial. // 3. Proyectar para la consideración del superior inmediato y del Defensor del Pueblo, en los casos a que haya lugar, insistencias en revisión para ser presentadas ante la Corte Constitucional. // 4. Participar en la coordinación y trámite de las solicitudes de ejercicio del litigio defensorial proyectando para tal fin la demanda, el recurso o la intervención correspondiente, si ello fuere procedente con el objeto de impulsar el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos. // 5. Proyectar las respuestas negativas a que haya lugar, frente a las solicitudes de litigio defensorial con el objeto de orientar debidamente a los usuarios en el ejercicio de los mecanismos de protección. // 6. Participar en el comité jurídico de la Dirección para analizar las solicitudes de insistencia en revisión ante la Corte Constitucional. // 7. Registrar en el sistema, las acciones, los recursos y las intervenciones efectuadas, por virtud del ejercicio del litigio defensorial con el objeto de impulsar el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos. // 8. Coordinar la capacitación de los mecanismos de protección de derechos de la Dirección con el objeto de empoderar a los ciudadanos. // 9. Emitir las

consultas y solicitudes que se le asignen respecto del ejercicio de los mecanismos judiciales de acceso a la justicia con el objeto de impulsar el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos.”

En ambos casos, en esencia, las funciones no tienen que ser necesariamente desempeñadas desde las oficinas de la Defensoría del Pueblo, sino que, bajo algunas circunstancias, pueden ser desempeñadas desde otros lugares a través del teletrabajo. En efecto, la gran mayoría de las atribuciones de este cargo implican la preponderancia de la labor intelectual, cuya producción no está sujeta a la presencia física del funcionario en las instalaciones de dicha entidad, como ocurre con la elaboración de conceptos, demandas, insistencias, recursos, acciones o con la solución a consultas y peticiones ciudadanas. Incluso la labor vinculada con el seguimiento al litigio defensorial y el control a los sistemas internos de registro, pueden desarrollarse a través de las nuevas tecnologías de la información, sin tener que estar presente en una sede. La excepción que surge al contexto en mención, se advierte en la función de participación que se prevé en los comités jurídicos de la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales, los cuales, por su carácter colectivo y decisorio, en principio, podrían requerir la asistencia personal del actor[168].

A esta misma conclusión llegó la propia Defensoría del Pueblo cuando, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, procedió a revisar el citado manual de funciones y decidió que el mismo no requería ser modificado para que el cargo del señor Rincón Correa pudiese ser desempeñado a través de teletrabajo, pues sus funciones podían ser realizadas fuera de la oficina[169].

Bajo este panorama, al igual que lo estimó el juez de instancia en el presente proceso de tutela, atendiendo a las condiciones de salud del accionante y a las recomendaciones médicas sobre políticas de trabajo en casa, la entidad accionada tenía que haber incluido al señor Rincón Correa en un programa de teletrabajo. Para tal efecto, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 884 de 2012[170], debió empezar por revisar de manera oficiosa el manual de funciones de la Defensoría, con el propósito de determinar si se requería realizar algún ajuste razonable[171], de manera que el accionante pudiese ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de oportunidades[172], a partir del reconocimiento de su condición de teletrabajador.

En este sentido, no sobra reiterar que la Defensoría del Pueblo como entidad empleadora tiene la carga de procurar las condiciones físicas para que el desempeño laboral del actor no se vea truncado ante las evidentes barreras que se derivan de su situación de salud. En particular, para el caso objeto de análisis, aquellas que se vinculan con su traslado hasta el lugar de trabajo y la posición sedentaria relacionada con el uso por largas jornadas de una silla.

Esta Sala encuentra que la omisión de la Defensoría se aparta de la trascendencia que, en el año 2013, a través del Acuerdo Colectivo suscrito con dos de sus sindicatos, ya le había otorgado a la necesidad de brindar el beneficio del teletrabajo o la implementación de horarios especiales y flexibles para el mejoramiento de las condiciones de vida de sus empleados en situación de discapacidad. No obstante, en tanto que el amparo no se relaciona con dicho mandato convencional, sino que se vincula directamente con el incumplimiento de un imperativo legal en los términos en que fue descrito, la Sala estima que no se requiere ninguna consideración adicional respecto de este escenario.

En armonía con lo anterior, las circunstancias descritas permiten señalar que, antes del fallo de tutela, la entidad demandada incurrió en una evidente omisión de su obligación constitucional de garantizar unas condiciones que facilitaran la continuidad en la prestación de los servicios a cargo del señor Rincón Correa.

No obstante, como se puso de presente en el acápite de trámite en sede de revisión, luego de la sentencia proferida por el juez de primera instancia, la actuación omitida fue adelantada por la Defensoría, pues se constata que mediante Resolución 1585 del 10 de noviembre de 2015, le otorgó la condición de teletrabajador suplementario al señor Jaime Alberto Rincón Correa en el cargo de Profesional Especializado, Grado 19, en la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales[173]. A pesar de lo anterior, con fundamento en una nueva valoración de salud ocupacional realizada al accionante a finales del año 2015[174], el citado acto fue modificado por medio de la Resolución 113 del 28 de enero de 2016, en el sentido de acoger la modalidad de teletrabajo autónoma, toda vez que las barreras físicas que tiene el actor así lo recomiendan, por lo que sólo se impone su deber de asistir a las instalaciones de la entidad demandada, como ya se dijo, para recoger o entregar documentos, o para asistir a reuniones de carácter prioritario que se programen y en los que se requiera su presencia física.

Lo anterior supone que una vez agotado el amparo decretado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 21 de octubre de 2015, no es necesario reiterar la protección dispuesta respecto del derecho de petición, ni tampoco volver a pronunciarse sobre la necesidad de conceder o no la figura del teletrabajo, por lo que en ese punto se presenta una carencia de objeto, pues ya se implementó el programa reclamado en beneficio del accionante y se le envió una comunicación en la que se le informa sobre una visita de expertos de la ARL POSITIVA para verificar los posibles riesgos laborales en su domicilio.

Desde esta perspectiva, y al tenor de lo expuesto, se dispondrá a cargo de la Defensoría del Pueblo que cualquier modificación o ajuste a las condiciones laborales actualmente otorgadas al actor, a través de la modalidad autónoma de teletrabajo, requerirá de un concepto médico favorable otorgado por el médico tratante del señor Jaime Alberto Rincón Correa y de una valoración a cargo de los profesionales encargados del programa de salud ocupacional. Para la Corte cabe destacar la actuación desarrollada por el juez de instancia, pues el conjunto de órdenes inicialmente dispuestas, permitieron iniciar el proceso de realización de los derechos del accionante y propender por su efectiva inclusión laboral.

4.6.9. Sin embargo, más allá de lo expuesto, cabe agregar que la falta de diligencia de la entidad demandada para realizar los ajustes razonables reclamados por el actor, dio lugar a otras implicaciones en el citado escenario laboral, que evidentemente constituyen una barrera para la garantía de su inclusión y de los derechos fundamentales al trabajo digno y a la igualdad del accionante.

4.6.9.1. En efecto, tal omisión dio como resultado que se le hicieran descuentos a su salario por las constantes incapacidades que se le estaban ordenando, ante la imposibilidad de desplazarse al lugar de trabajo por los dolores que padece. De ahí que, el tutelante estaba recibiendo un menor ingreso que el resto de funcionarios del mismo nivel, sin importar que continuaba realizando la misma cantidad de trabajo asignado[176]. Esta situación desconoció varios mandatos internacionales previamente expuestos en esta providencia[177], de acuerdo con las cuales se debe asegurar que las personas con discapacidad no reciban menores ingresos en razón de sus deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, tal como sucedió en esta oportunidad. A pesar de ello, en la medida en que se trata de una situación consolidada, no cabe disponer ninguna orden sobre

el particular, sin perjuicio de un exhorto general que se hará al final del presente fallo.

4.6.9.2. Por otro lado, se tiene que las ausencias al trabajo motivaron el inicio de un proceso disciplinario en contra del actor, el cual se encuentra actualmente en etapa de investigación, según se afirma por la entidad demandada. Dicho proceso se originó como resultado de la denuncia presentada el 6 de febrero de 2015 por la Subdirectora de Gestión de Talento Humano, en la que puso de presente que el accionante sólo había laborado 22 días durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2014, circunstancia que se infirió de las planillas de ingreso y salida de su vehículo de la institución.

En criterio de esta Corporación, la situación descrita fue ocasionada directa-mente por la Defensoría, como consecuencia de su omisión de realizar los ajustes correspondientes a las condiciones de prestación del servicio por parte del actor, pese a que ya se habían presentado varias solicitudes al respecto y que existían reportes de salud ocupacional que así lo recomendaban. En este sentido, no es constitucionalmente admisible que se inicie y promueva un trámite disciplinario en contra del accionante, cuando su inasistencia se produjo como resultado de la agravación en las condiciones de salud derivadas del incumplimiento del deber de inclusión social y laboral a cargo del empleador. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el señor Rincón Correa informó oportunamente a la entidad sobre las razones de su inasistencia, como consta en los documentos que se anexaron al expediente[178].

Con tal fin, la Corte considera necesario que en aras de preservar el derecho al trabajo del accionante y con ocasión de una actuación que es claramente lesiva de su derecho al debido proceso, se disponga la terminación y archivo definitivo del proceso disciplinario que con ocasión del informe rendido el 6 de febrero de 2016 por la Subdirectora de Gestión de Talento Humano, se está adelantado en contra del señor Jaime Alberto Rincón Correa.

4.6.9.3. Sumado a lo anterior, en cuanto a la solicitud de calificación del estado de invalidez que realizó la Defensoría a la EPS Sanitas, es preciso resaltar que en el contexto expuesto la misma resulta claramente contraria a los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al trabajo del accionante, pues no solo representa una amenaza para su inclusión laboral, sino que también incurre en un desconocimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular, en lo que se refiere a los mandatos que

implican luchar contra los estereotipos y promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y habilidades de estas personas en relación con el trabajo[179].

En el caso sub-judice, la Sala debe advertir que si bien el Decreto 1352 de 2013, autoriza al empleador para iniciar el proceso de calificación de invalidez, ello supone que se trate de un trabajador que hubiese sido declarado con incapacidad temporal para laboral y a que se haya concluido el proceso dirigido a su rehabilitación integral, con ocasión de un accidente o una enfermedad, ya sea de origen común o profesional[180]. Esta circunstancia no ha tenido ocurrencia en el asunto bajo examen, pues el accionante jamás ha considerado que se encuentre imposibilitado para prestar sus servicios, ni tampoco ello ha sido señalado por los profesionales que han asumido su tratamiento. Por el contrario, el actor ha cumplido con la totalidad de sus funciones, simplemente que lo ha realizado desde su casa ante las dificultades que le genera movilizarse hasta la oficina. En este sentido, tal precepto normativo resulta inaplicable en el caso concreto, toda vez que el funcionario es un trabajador en condición de discapacidad, que se encuentra prestando sus servicios a través de la modalidad de teletrabajo.

Lo anterior resulta aún más evidente, si se tiene en cuenta que las funciones que realiza el actor, en su esencia, no resultan incompatibles con su discapacidad, por lo que, a pesar de la misma, es posible que las siga realizando. Siguiendo entonces lo expuesto en los acápites 4.4.4 y 4.4.5 de esta providencia, en los que se desarrolló la distinción entre los conceptos de discapacidad e invalidez, y con el fin de procurar la inclusión laboral de este grupo de especial protección constitucional, no cabe duda de que la Defensoría no debió haber solicitado la calificación del estado de invalidez del actor. Por consiguiente, en la parte resolutive de esta decisión, se dispondrá que la entidad demandada, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice las gestiones pertinentes para desistir o poner fin a la solicitud realizada a la EPS Sanitas, o quien corresponda, dirigida a calificar el estado de invalidez del señor Jaime Alberto Rincón Correa.

4.6.10. Finalmente, en relación con la presunta actuación discriminatoria por parte de la Defensoría del Pueblo, referente a que las principales funciones que desarrollaba se suprimieron con la Resolución 1585 de 2015, esto es, la revisión de expedientes de tutela, la participación en comités jurídicos y la elaboración de insistencias ante este Tribunal, se

advierte que efectivamente en el citado acto administrativo se procedió a adaptar el manual de funciones de la entidad a las necesidades de teletrabajo del actor, tomando aquellas actividades que en el marco de su cargo (Profesional Especializado 19 de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales), se consideró que podían desarrollarse bajo la nueva modalidad adoptada. De esta manera, a partir del listado de funciones previamente señalado en el acápite 4.6.8 de esta providencia, se tomaron las siguientes para que fueran ejercidas por el señor Jaime Alberto Rincón Correa en calidad de teletrabajador, a saber:

“1. Proyectar la acciones constitucionales que le sean asignadas por el Director Nacional de Recursos y acciones judiciales, para la defensa del orden jurídico en abstracto y los derechos fundamentales, sociales y económicos y colectivos. // 2. Realizar el seguimiento a las actuaciones desplegadas ante los despachos judiciales relacionadas con el litigio defensorial y efectuar el registro y actualización en los sistemas de gestión de información de las Defensorías Regionales de Amazonas, Arauca, Bolívar, Huila y Ocaña. // 3. Registrar las acciones popular y de grupo, los recursos y las intervenciones efectuadas por las regionales Amazonas, Arauca, Bolívar, Huila y Ocaña, en virtud del ejercicio del litigio defensorial en el sistema establecido para tal fin. // 4. Proyectar respuesta a las solicitudes presentadas por los usuarios respecto del ejercicio de los mecanismos judiciales de acceso a la justicia. // 5. Elaborar el aporte que le corresponde a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales para el Informe Anual del Congreso de la República a partir de los soportes, estadísticas y análisis cualitativos que le sean suministrados por esta dependencia. // 6. Gestionar y controlar el seguimiento de las sentencias judiciales que resuelven las acciones de grupo tramitadas en el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos -FDDIC, así como, // 7. Revisar la documentación aportada por el solicitante a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el Juez dentro de las acciones de grupo. // 8. Las demás asignadas por su superior inmediato que no se contradigan con la modalidad del teletrabajo.”[181]

Para esta Sala, en principio, la actuación de la Defensoría no resultaba arbitraria ni discriminatoria sino que, por el contrario, se explicaba en la necesidad de lograr el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mandato de inclusión social, en el que se dispone realizar los ajustes razonables para asegurar el goce, en igualdad de oportunidades, del derecho al trabajo. Precisamente, no sobra reiterar que el artículo 6 del

Decreto 884 de 2012 dispone que las entidades públicas deberán adaptar sus manuales de funciones a efectos de facilitar la implementación del teletrabajo[182]. Este precepto no debe ser entendido como una obligación que supone que la entidad necesariamente deba modificar su manual de competencias laborales para que todo cargo pueda ejercerse bajo la citada modalidad, ya que, como primera medida, lo que se debe verificar es si existe la posibilidad de adaptar las funciones esenciales del cargo para que se puedan ejercer en un lugar diferente al dispuesto por el empleador. Solo en el caso de que ello no sea posible, si se requerirá una modificación del manual de funciones.

Ahora bien, los ajustes razonables se someten a la carga de que no resulten arbitrarios o desproporcionados, circunstancia que no se observa en el asunto bajo examen. No obstante, como de las pruebas recaudadas en sede de revisión, se advirtió que ante la reclamación del accionante, se decidió asignarle nueva-mente las funciones de proyectar insistencias y de asistir a los comités jurídicos, esta Corporación advierte que cualquier modificación al respecto exigirá una carga más gravosa de argumentación a cargo de la Defensoría del Pueblo, pues se entiende que al haber revisado nuevamente las labores a cargo del actor, se encontró que las mismas no resultaban incompatible con las barreras que surgen por su discapacidad. En este orden de ideas, en virtud de los mandatos que surgen del principio de legalidad, se dispondrá que se realicen los ajustes necesarios en la Resolución 1585 de 2015 para que en ella igualmente consten las funciones señaladas como parte de las actividades a desarrollar a través del teletrabajo, sin que sea necesario –como previamente se explicó– tener que modificar el manual de competencias laborales.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de amparo constitucional promovido por el señor Jaime Alberto Rincón Correa en contra de la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, CONCEDER a favor del actor el amparo de sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al trabajo.

Segundo.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que, en el término máximo de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, siempre que se haya producido el cambio de sede de la entidad, disponga de las medidas necesarias para se realicen las adecuaciones físicas que correspondan en las nuevas instalaciones, cuyo plazo no podrá superar el término de tres (3) meses, con miras a garantizar el trabajo en condiciones dignas del señor Jaime Alberto Rincón Correa, tanto cuando acuda a la oficina a recoger o entregar documentos, como a las reuniones que se programen y requieran su presencia física. Estas adecuaciones, como mínimo, deben facilitar el acceso desde el parqueadero o puerta de ingreso de la entidad y deben incorporar la existencia de un baño que resulte accesible a partir de las barreras físicas que presenta el actor.

Por lo demás, el deber de informar a la Subdirección Administrativa de Gestión de Talento Humano, para que se coordinen los ajustes en su puesto de trabajo, siempre que se programen reuniones, cuando así lo requiera su jefe inmediato, recae sobre la dependencia en la que presta sus servicios, razón por la cual, en el mismo plazo de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, la Defensoría del Pueblo deberá realizar los ajustes que correspondan a la Resolución 113 del 28 de enero de 2016.

Tercero.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se proceda a la terminación y archivo definitivo del proceso disciplinario que con ocasión del informe rendido el 6 de febrero de 2016 por la Subdirectora de Gestión de Talento Humano, que se está adelantado en contra del señor Jaime Alberto Rincón Correa.

Cuarto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice las gestiones pertinentes para desistir o poner fin a la solicitud realizada a la EPS Sanitas, o quien corresponda, dirigida a calificar el estado de invalidez del señor Jaime Alberto Rincón Correa.

Quinto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice los ajustes necesarios en la Resolución 1585 de 2015 para que en ella consten como parte de las actividades a desarrollar a través del teletrabajo, las funciones de revisar los expedientes de tutela,

participar en comités jurídicos y elaborar insistencias ante este Tribunal.

Sexto.- ADVERTIR a la Defensoría del Pueblo que cualquier modificación o ajuste a las condiciones laborales actualmente otorgadas al actor, a través de la modalidad autónoma de teletrabajo, requerirá de un concepto médico favorable otorgado por el médico tratante del señor Jaime Alberto Rincón Correa y de una valoración a cargo de los profesionales encargados del programa de salud ocupacional.

Séptimo.- EXHORTAR a la Defensoría del Pueblo para que, en adelante, promueva con mayor celeridad las actuaciones que se requieran para asegurar la inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad, en especial cuando se trata de la implementación de los programas de teletrabajo.

Octavo.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

Con salvamento parcial de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO

DEL MAGISTRADO ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-254/16

CONDICIONES PARA EL INICIO DEL PROCESO EN LAS JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Tanto el trabajador como el empleador pueden solicitar la calificación de pérdida de capacidad laboral (Aclaración de voto)

Referencia: T- 254 de 2016

Acción de tutela interpuesta por Jaime Alberto Rincón Correa contra la Defensoría del Pueblo.

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Con todo respeto por las decisiones de la mayoría, me permito precisar los aspectos puntuales de la sentencia respecto de los cuáles salvé parcialmente y aclare mi voto.

Salvamento parcial de voto

1. En el numeral segundo del resuelve se le otorgó a la Defensoría del Pueblo el término máximo de tres (3) meses para realizar las adecuaciones físicas, lapso que puede resultar insuficiente para adelantar los trámites presupuétales y contractuales a efectos de iniciar las obras o ajustes requeridos en cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo II, eliminación de barreras arquitectónicas, de la Ley 361 de 1997. Conforme a ello y con el objeto de armonizar la importancia de protección efectiva de los derechos fundamentales con el reconocimiento de la complejidad de los procesos de planeación y presupuétales de las entidades públicas, propuse que el lapso otorgado fuera al menos de seis (6) meses.
2. Respecto del numeral tercero de la parte resolutive, en el que se ordenó la terminación y archivo definitivo del proceso disciplinario en contra del señor Jaime Alberto Rincón Correa por presunto incumplimiento del horario laboral, considero que este es el escenario natural e ideal para debatir si el trabajador incumplió con el deber de reportarle al

empleador alguna ausencia. Además, el iniciar investigaciones de carácter disciplinario por el presunto incumplimiento de alguno de los deberes de los trabajadores es una facultad del empleador en la cual el trabajador goza de todas las garantías del debido proceso en materia disciplinaria. Ellas han sido enunciadas así por la Corte Constitucional:

" (...) (i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformado in pejus"[183]

3. En el numeral cuarto de la parte resolutive se le ordenó a la Defensoría del Pueblo desistir de la solicitud realizada a la EPS Sanitas de calificar al actor, sin tener en cuenta que en el hecho 1.1.8 se indicó que la Defensoría suscribió un acuerdo colectivo el 22 de julio de 2013 con sus organizaciones sindicales, con las que concertó que la entidad se comprometía a reglamentar la implementación de horarios flexibles en favor de "las personas en situación de discapacidad permanente, mayor al 25%, (...)".

Teniendo en cuenta que el acuerdo realizado entre la accionada y las entidades sindicales era aplicable a las personas que tuvieran una "discapacidad permanente, mayor al 25%", es claro que para exigir ese beneficio es imprescindible adelantar el trámite de calificación. Debido a esa circunstancia, es problemático que la sentencia llame la atención de la entidad por no haber implementado dicha modalidad antes, pero que a su vez, se le impida a la misma que le solicite a la EPS que proceda a calificar al actor, según se desprende del numeral cuarto del resuelve.

4. En cuanto a la quinta orden que hace referencia al cambio de las funciones que venía desarrollando el actor por parte de la demandada, considero que este acto, en sí mismo, no implicaba una discriminación del accionante. Por el contrario, se trata de garantizar que a las personas que se encuentran en situación de discapacidad se les asignen labores que puedan desarrollar a efectos de cumplir con los objetivos institucionales, en este caso, de la Defensoría del Pueblo. Ello no implica, necesariamente, una obligación asegurar que continúe realizando las mismas funciones que desde un inicio se habían asignado y con las que aparentemente el actor está conforme. Es necesario considerar, en cada caso, la

situación de la persona, el deber que tiene el empleador de protegerla y la naturaleza de las funciones a cargo de la entidad pública.

Aclaración de voto

5. Finalmente y teniendo en cuenta lo manifestado en el numeral 3 de esta opinión, es necesario aclarar que de acuerdo con el ordenamiento vigente y, en particular, con lo dispuesto en el artículo 28, numeral 6, del Decreto 1352 de 2013, tanto el trabajador como el empleador pueden solicitar la calificación, previo agotamiento de las etapas previstas en el artículo 29 del mencionado decreto y demás normas concordantes.

En los términos anteriores dejo consignado mi desacuerdo y mis precisiones respecto de las motivaciones.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

[1] En el expediente se encuentra una copia de una historia clínica elaborada por la empresa Medilaboral. con ocasión de una valoración periódica realizada al señor Jaime Alberto Rincón Correa, en la cual se describen dichas patologías. No es posible determinar la fecha de realización de dicha valoración, pues en ese aparte la copia es ilegible. Sin embargo, a partir de su contenido, se infiere que la misma ocurrió cuando actor llevaba cinco años de trabajo como abogado asesor tanto del Congreso como de la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con este mismo documento, se tiene que el accionante nació el 20 de julio de 1960 y que es casado. Cuaderno 2, folio 28.

[2] Cuaderno 2, folio 25.

[3] Copia del acta de posesión 185 del 3 de noviembre de 2006, por medio de la cual se deja constancia que: “compareció el doctor JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA (...), con el fin de tomar posesión del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, GRADO 19, perteneciente al Nivel Asesor, adscrito a la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria, para el cual fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución No. 896 del 26 de octubre de 2006. (...)”.

[4] El presente diagnóstico fue realizado a partir de una radiografía de columna coccígea del 29 de octubre de 2012. Cuaderno 2, folio 33.

[5] En el expediente aparece que se practicaron dos procedimientos quirúrgicos en el tratamiento de esta patología, los cuales se llevaron a cabo el 24 de mayo de 2013 y 21 de abril de 2014. En el primero se ordenó realizar una resección del cóccix por vía posterior y, en el segundo, se practicó una fusión vertebral dorsal o lumbar dos o más niveles ósea o metálica sin laminectomía. Cuaderno 2, folios 32, 49, 50 y 59.

[6] Resumen de la historia de salud ocupacional del señor Jaime Alberto Rincón Correa proferida el 1 de noviembre de 2013 por la empresa Profesionales Asistentes de Salud -PAS- S.A.S. Cuaderno 2, folio 55.

[7] Cuaderno 2, folio 123.

[8] Más adelante, en el acápite de pruebas, se resumirán el resto de recomendaciones de salud ocupacional que se hicieron al actor.

[9] En el expediente aparece constancia de las siguientes cartas en las que se informa la razón de sus ausencias: (i) el 22 de agosto de 2013, informó que el día 26 del mismo mes y año se iba a realizar un bloqueo guiado por TAC paracoxigeo bilateral, con el fin de controlar el dolor causado por la lesión medular crónica y severa que padece (cuaderno 2, folio 48). Adicionalmente, (ii) el 8 de octubre de 2013, remitió una petición para insistir en una supuesta solicitud de permiso para asistir a determinadas citas médicas en los días subsiguientes. En relación con este último documento, el accionante adujo que aproximadamente el 1 de octubre había remitido a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales un requerimiento para que se le permitiera asistir a unos controles médicos que tenía programados entre el 8 y el 11 de dicho mes. Sin embargo, ante la falta de respuesta resolvió comunicarse telefónicamente con la institución y le informaron que la Coordinación de Talento Humano no había recibido ninguna petición. En la medida en que no podía aplazar la cita, pues debía estar acompañado de su esposa, justificó su inasistencia señalando que: “[e]n estos momentos me encuentro totalmente incapacitado para caminar, incluso con el caminador, por un fuerte dolor lumbar que aunado a mi discapacidad estoy impedido totalmente; mucho más para conducir mi vehículo.” Cuaderno 2, folio 51.

[10] Cuaderno 2, folio 65.

[11] Cuaderno 2, folio 66. En relación con lo expuesto, el 29 de diciembre de 2014 el accionante presentó una comunicación adicional para, además de coadyuvar su respuesta anterior, explicar que en la fecha del citado memorando fue atendido por su médico psiquiatra, quien le aumentó su medicamento Alprazolam x 0,5 mg Tabletas #120 por padecer insomnio crónico. Respecto de este hecho, es necesario advertir que no se allegó copia de la constancia médica para soportar la afirmación realizada. Cuaderno 2, folio 68.

[12] En el expediente se anexan las cartas con fechas del 13 de enero, 25 de febrero, 5 de mayo, 9 de junio, 16 de junio y 22 de septiembre de 2015 (Cuaderno 2, folios 75, 76, 102, 107, 108 y 122 respectivamente).

[13] Cuaderno 2, folio 71. Copia de la historia clínica del señor Jaime Alberto Rincón Correa con fecha del 2 de octubre de 2014, firmada por la doctora Carolina Held Ramírez.

[14] Cuaderno 2, folio 72.

[15] En adición a las circunstancias médicas previamente descritas, también puso de presente que si bien su vehículo estaba adaptado para que fuera manejado con las manos, dicha actividad no era recomendable pues sufre de insomnio crónico y perdió la vista en su ojo izquierdo (Cuaderno 2, folio 69).

[16] Cuaderno 2, folio 78 y 83.

[17] En el expediente se encuentra copia de dicha Resolución: “por la cual se establece el horario de la jornada laboral en la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones”. Cuaderno 2, folios 85 y 86.

[18] Cuaderno 2, folio 84.

[19] El accionante transcribe la siguiente recomendación realizada el 27 de abril de 2015: “Se reitera el derecho del paciente de gozar de jornada laboral máxima de 4 horas en oficina y el resto del tiempo complementario en casa con el fin de favorecer cambios posicionales y prevenir ‘cormobilidades asociadas compromiso venoso y linfático en miembros inferiores’ por permanencia en una sola posición”. Esta prescripción médica

coincide exactamente con aquella otorgada como consecuencia de la valoración realizada por la misma profesional el 2 de marzo del año en cita.

[20] Cuaderno 2, folio 114.

[21] Cuaderno 2, folio 115.

[22] Cuaderno 2, folios 11 y 12.

[23] Asociación Nacional de Servidores Públicos de la Defensoría del Pueblo.

[24] Asociación de Empleados de la Defensoría del Pueblo.

[25] Cuaderno 2, folio 39.

[27] “Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.”

[28] “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones.”

[29] “Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad’, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”

[30] “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.”

[31] El presente documento redefine la política pública de discapacidad creada en el Documento CONPES 80 de 2004

[32] De conformidad con el texto de la demanda, se desprende que la labor del accionante se circunscribe a la realización de las insistencias de revisión de tutela que, con fundamento en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 51 del Acuerdo 05 de 1992, la Defensoría del Pueblo tiene la facultad de presentar. Esta labor la realiza luego de reunirse y exponer el caso ante el Comité Jurídico de la entidad. Cuaderno 2, folios 10 y 11.

[33] Cuaderno 2, folio 11.

[34] Cuaderno 2, folio 11.

[35] “Artículo 2. Definiciones. Para la puesta en marcha de la presente ley se tendrán las siguientes definiciones: // Teletrabajo. Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación- TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. // El teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas: // Autónomos son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones. // Móviles son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles. // Suplementarios, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina. // Teletrabajador. Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios.” (Se subraya fuera del texto original)

[36] Específicamente, el juez reconoce que se “adecuó un baño de fácil acceso para éste, mejoró la iluminación de la oficina, canalizó el cableado para evitar accidentes y facilitó una silla ergonómica.” (Cuaderno 2, folio 157)

[37] “Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones.”. El artículo 6 señala: “Manuales de funciones de las entidades públicas. Para los servidores públicos las entidades deberán adaptar los manuales de funciones y competencias laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral.”

[38] En suma, en la parte resolutive de la sentencia se dispuso que: “(...) PRIMERO. CONCEDER el amparo al derecho fundamental de petición que le asiste a JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA. // SEGUNDO. ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que en el término

máximo de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, así sea de forma provisional mientras se realiza el manual de funciones y competencias sobre la modalidad de Teletrabajo, resuelva de fondo, en forma clara, congruente y debidamente motivada la petición instaurada por el accionante referente a la concesión de la figura del Teletrabajo, en el que se tengan en cuenta en todo caso, las consideraciones de esta providencia. // TERCERO. REQUERIR a la Defensoría del Pueblo para que en el menor tiempo posible adapte, defina, profiera e implemente el manual de funciones y competencias sobre la modalidad de Teletrabajo. // CUARTO. ORDENAR la adecuación de un baño y una oficina de fácil acceso al parqueadero, en las nuevas instalaciones de la Defensoría del Pueblo (...), para garantizar el trabajo en condiciones dignas del señor JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA cuando acuda a las instalaciones a laborar, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia”.

[39] Cuaderno 2, folios 25 y 26.

[40] La valoración realizada el 21 de septiembre de 2011 fue a través de la empresa Medilaboral, quien expidió un certificado de aptitud a través de un informe de salud ocupacional en el cual se determinó que era necesario valorar el puesto de trabajo para mejorar ergonomía y adecuar las jornadas laborales a las necesidades del paciente, en tanto que se estableció que el accionante tenía “limitaciones o restricciones para el cargo”. Este informe se remitió a través de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, al Jefe Personal de la Defensoría del Pueblo, y se recibió el 2 de diciembre del mismo año. Cuaderno 2, folio 30.

[41] Cuaderno 2, folio 125.

[42] Este documento fue elaborado por la empresa de salud ocupacional Profesionales Asistentes en Salud -PAS- S.A.S. Cuaderno 2, folio 55.

[43] Cuaderno 2, folio 31.

[44] Cuaderno 2, folio 33.

[45] Cuaderno 2, folio 32.

[46] Cuaderno 2, folio 36.

[47] Cuaderno 2, folios 45 y 47.

[48] Cuaderno 2, folios 49 y 50.

[49] Cuaderno 2, folio 48.

[50] Cuaderno 2, folio 51.

[52] En particular, respecto de este hecho, es necesario advertir que no se allegó copia de la constancia médica para soportar la afirmación realizada por el accionante en el escrito referido. Cuaderno 2, Folio 68.

[53] Cuaderno 2, folios 68 a 70.

[54] Cuaderno 2, folio 74.

[55] Cuaderno 2, folio 72.

[56] Cuaderno 2, folios 75, 76, 102, 107, 108 y 122 respectivamente.

[57] Cuaderno 2, folio 78.

[58] Cuaderno 2, folio 83.

[59] Cuaderno 2, folio 84.

[60] Cuaderno 2, folio 103.

[61] Cuaderno 2, folio 102.

[62] Cuaderno 2, folio 114.

[63] Cuaderno 2, folio 115.

[64] En concordancia con las citas realizadas en el mismo documento de respuesta, se tiene que el actor preguntó: (i) “Si usted, como Subdirectora de la Oficina de Gestión y Talento Humano, ha tenido conocimiento de soy funcionario en situación de discapacidad física; es decir, de especial protección constitucional de acuerdo con el inciso tercero del artículo 13

de la Norma Superior”, y (ii) “Si usted ha recibido copia de los informes de labores donde consta que siempre he estado al día en las funciones que me han sido asignadas”.

[65] Cuaderno 2, folios 90 y 91.

[66] Cuaderno 2, folios 37 a 41.

[67] El numeral segundo del citado auto se dispuso oficiar a la Defensoría del Pueblo para que se pronunciara particularmente sobre las siguientes cuestiones: “1) Qué funciones desempeña actualmente el señor Jaime Alberto Rincón Correa. // 2) Si en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 21 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, ya adaptó el manual de funciones y competencias para incluir la modalidad de teletrabajo. De no haberse dado ese resultado, que enuncie y explique las actuaciones que ha venido adelantando para lograr tal objetivo. // 3) Qué valoraciones de salud ocupacional se le han practicado al señor Rincón Correa para establecer las condiciones idóneas de ambiente laboral acordes con su situación de discapacidad y su cuadro médico. En este mismo sentido, qué acciones ha encaminado al mejoramiento de tales condiciones de trabajo, de acuerdo con las recomendaciones médicas y de salud ocupacional que ha recibido. // Como ampliación de este punto, es preciso que determine las circunstancias en las que el accionante se encuentra prestando sus servicios a la Defensoría; en particular, si se le han brindado facilidades para que desarrolle su labor desde la casa, o si se han realizado adecuaciones de su lugar de trabajo, entre otros factores que se consideren relevantes. // 4) Si al señor Jaime Alberto Rincón Correa se le ha otorgado una respuesta de fondo, clara y precisa con ocasión de sus peticiones sobre la ejecución de las recomendaciones de salud ocupacional brindadas por sus médicos tratantes. De ser así, que se remita copia de los documentos que den cuenta de ello. // 5) Qué procesos disciplinarios se han iniciado al señor Jaime Alberto Rincón Correa. De ser así, se deberán advertir qué razones han llevado a ello y los resultados que han tenido tales procesos. // 6) A partir de la firma del Acta Final del Acuerdo Colectivo resultante de la negociación con las Asociaciones Sindicales de la Defensoría del Pueblo ASDEP y ASEMDEP el 22 de julio de 2013, que determine cuál ha sido el nivel de cumplimiento en relación con la implementación de horarios especiales y flexibles para los funcionarios en general y, particularmente, cuando se trata de personas en situación de discapacidad. // En este mismo sentido, si el señor Jaime Alberto Rincón Correa ha sido beneficiario de alguno de los

beneficios que se han derivado de dicho acuerdo colectivo.”

[68] La Resolución 065 de 2014 “por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales, Requisitos y Equivalencias de la Planta de Personal de la Defensoría del Pueblo”, en cuyo Capítulo II se desarrollan las competencias funcionales de los servidores públicos vinculados con dicha entidad. En particular, en el artículo 14, se determinan las funciones y criterios generales de desempeño y se dividen las actividades de acuerdo con el nivel jerárquico, es decir, niveles directivo, asesor, profesional, profesional con personal a cargo y técnico. Ahora bien, en la medida en que el señor Rincón Correa fue nombrado como Profesional Especializado Grado 19, las siguientes corresponden a las actividades genéricas del cargo: “1. Participar en el diseño, elaboración y control de planes, programas y proyectos de la dependencia de conformidad con los planes operativos y las actividades para la ejecución, seguimiento y evaluación de la Planeación estratégica institucional. // 2. Desarrollar investigaciones y estudios asignados para el cumplimiento efectivo de las metas propuestas en los planes misionales, estratégicos y operativos de la Entidad. // 3. Absolver y emitir consultas, conceptos y prestar asistencia profesional, sobre los asuntos propios de área de desempeño. // 4. Proyectar y elaborar oficios, comunicaciones, conceptos, resoluciones e informes, relacionados con asuntos de la dependencia. // 5. Gestionar con las demás áreas de la entidad o de otros organismos la obtención de la información y la realización de las actividades que requiera el proceso a cargo, con el fin de dar cumplimiento y contribuir respuestas efectivas a informes, documentos, investigaciones, consultas, respuestas, peticiones, etc. // 6. Participar en comités y grupos de trabajo para el desarrollo de asuntos específicos relacionados con los procesos a cargo. // 7. Asistir a reuniones o demás actividades oficiales, cuando el superior inmediato lo designe realizando seguimiento a las acciones que se ejecuten o desarrollen.”

[69] El Departamento Administrativo de la Función Pública expidió un documento técnico denominado “Guía jurídica para el sector público”, en el cual se consagran las exigencias que deben tener en cuenta las entidades públicas para implementar programas de teletrabajo. En particular, se señala el deber de adaptación en los siguientes términos “Aspecto 2. Adaptación del Manual de Funciones y Competencias Laborales. // Según el Departamento Administrativo de la Función Pública cada organización debe realizar una revisión del Manual Específico de Funciones con el objeto de identificar las actividades

susceptibles para ser desempeñadas a través de esta modalidad de trabajo.”
http://www.teletrabajo.gov.co/622/w3-article-8428.html?_noredirect=1

[70] Cuaderno principal, folios 22 a 25.

[71] Cuaderno principal, folios 29 a 32. Las fotografías corresponden al (i) espacio para parqueadero que ha sido dispuesto para que el señor Rincón Correa pueda estacionar su vehículo y entrar fácilmente a las instalaciones de la Defensoría, (ii) del puesto de trabajo en la cual se observa una silla ergonómica en muy buen estado, una mesa amplia y un espacio suficiente para la movilidad y (iii) del baño con las correspondientes adaptaciones para favorecer a las personas con deficiencias físicas.

[72] En particular, se hace referencia a reuniones en las que ha estado presente el señor Rincón Correa, el respectivo Director Nacional de Recursos y Acciones Constitucionales, y asesores del equipo interdisciplinario de la ARL COLMENA, que se realizaron el 22 de octubre de 2013 y el 24 de diciembre de 2014.

[73] Cuaderno principal, folios 67 a 71.

[74] Artículo 1 a 4 de la Resolución No. 1585 de 2015.

[75] Como previamente se dijo, la modalidad suplementaria es aquella en la que los teletrabajadores laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo en la oficina; mientras que, la modalidad autónoma, supone que el teletrabajador utiliza su propio domicilio u otro lugar designado para desarrollar su labor. En cuanto al alcance de los términos en que se fijó la prestación del servicio, en el artículo 4 de la Resolución 1585 de 2015, se dispone que: “Modalidad. El servidor público JAIME ALBERTO RINCÓN CORREA desempeñará sus funciones fuera de la entidad bajo la modalidad de teletrabajo suplementario, los días lunes, miércoles y viernes en su domicilio, y los días martes y jueves en las instalaciones de la entidad, de acuerdo con la reglamentación interna vigente sobre horario de trabajo. // Parágrafo 1. Cuando la Defensoría traslade sus oficinas a la sede centro, (...), de la ciudad de Bogotá, el servidor público (...) pasará a desempeñar sus funciones fuera de la entidad bajo la modalidad de teletrabajo autónoma. // En este caso, el servidor público deberá acercarse a la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, cuando su superior inmediato así lo requiera, con el fin de recoger o entregar los

documentos necesarios para el desarrollo de sus funciones, de lo cual se dejará constancia por escrito. // Parágrafo 2. El control de la actividad por parte de la entidad se hará a través de medios telefónicos, informáticos o electrónicos.” Énfasis por fuera del texto original.

[76] Cuaderno principal, folio 71.

[77] Cuaderno principal, folio 25.

[78] Cuaderno principal, folios 19 y 20.

[79] En el numeral primero del citado auto se realizaron los siguientes interrogantes al accionante: “1) Qué labores o tareas desempeña y ha desempeñado en el marco de su vinculación con la Defensoría del Pueblo y, actualmente, en bajo qué condiciones se encuentra prestando sus servicios. // 2) Si se le ha dado respuesta de fondo a sus peticiones sobre la posibilidad de flexibilizar su jornada de trabajo, de conformidad con las recomendaciones otorgadas por sus médicos tratantes. // 3) Si ha tenido conocimiento sobre la adaptación del manual de funciones y competencias con miras a incluir la modalidad de teletrabajo o, si se ha informado sobre el desarrollo de dicho proceso para vincularlo a un programa de tal naturaleza. // 4) Qué ha ocurrido con el proceso de traslado de las oficinas de la entidad a otras instalaciones. De haberse iniciado tal proceso o de haberse ya culminado, señale si se han realizado las correspondientes adecuaciones ordenadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en la providencia del 21 de octubre de 2015.”

[80] “Por la cual se implementa el teletrabajo para un caso en particular y se le confiere condición de teletrabajador a un servidor público”. La copia de este acto administrativo se encuentra en el cuaderno principal en los folios 92 a 101.

[81] “Por la cual se actualiza el “Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales, Requisitos y Equivalencias de empleos de la Planta de Personal de la Defensoría del Pueblo” adoptado mediante Resolución No. 065 de 2014”

[82] En palabras del accionante: “En efecto, a partir del 10 de noviembre de 2015, después de dictado el fallo en contra de la Defensoría, suprimieron del “Manual específico de funciones y requisitos por competencias laborales de la Defensoría del Pueblo”, creado

por la Resolución 1365 de 2014, mi labor principal de estudio de expedientes, participaron en comités jurídicos y elaboración de insistencias de revisión de fallos de tutela las cuales había realizado, de manera continua, durante los últimos ocho años y constituían el 95% de mi trabajo. Además, con base en dichas funciones los médicos y empresas de salud ocupacional hicieron su análisis para concretar las recomendaciones asimismo, sirvieron de base al Tribunal Superior de Bogotá para su fallo. Esto se hizo por medio de la Resolución N° 1585 de 2015.” (Cuaderno principal, folio 84)

[83] Cuaderno principal, folio 132. En la historia clínica enviada por el médico consta que el accionante durante su cita del 4 de marzo de 2016 manifestó, en palabras del médico: “Dice que el no tener trabajo lo abatió emocionalmente pues, para él, el trabajo “es su vida”, y sin trabajo no se siente útil. Se deprimió, sintiéndose inútil, se tornó irritable.”

[84] Cuaderno principal, folio 140.

[85] “Artículo 16. Dirección nacional de recursos y acciones judiciales. Son funciones de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, las siguientes: (...) 2. Impartir las directrices para la intervención o coadyuvancia en las acciones de tutela, populares y de grupo, en los términos establecidos en la ley, en el ejercicio de las competencias asignadas a la Defensoría del Pueblo. (...)”

[86] Cuaderno principal, folio 86.

[87] Solicitud del 15 de marzo de 2016.

[88] Cuaderno principal, folio 89.

[90] Cuaderno principal, folio 78.

[91] Cuaderno principal, folio 79.

[92] El hecho superado se configura cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface, sin necesidad de una orden judicial y, por lo mismo, desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo

constitucional. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos en los cuales el accionante requiere el suministro de varios medicamentos, y éstos le son entregados por la EPS en el trámite de la acción.

[93] Esta misma línea ha sido adoptada por la Corte, entre otras, en las Sentencias T-1089 de 2007, T-1128 de 2008 y T-557 de 2013. En la primera de ellas expuso que: “A pesar de lo anterior, no cabe en el presente asunto declarar la carencia actual de objeto por existencia de un hecho superado, puesto que si bien para el momento en que se profirió sentencia de primera instancia los procedimientos médicos habían sido autorizados, ello fue consecuencia de una orden judicial y no de una actuación voluntaria de la entidad accionada tendiente a reestablecer los derechos fundamentales de su afiliado.”

[94] El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto 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. (...)” Desde el punto de vista jurisprudencial se puede consultar la Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

[95] Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

[96] Véanse, entre otras, las Sentencias C-531 de 2000, T-684 A de 2011 y T-770 de 2012.

[97] “Artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

[98] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[99] “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones”

[100] El artículo 4 de la Ley 361 de 1997 dispone que: “Las ramas del poder público pondrán a disposición todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que

se refiere el artículo 1 de la presente ley, siendo obligación ineludible del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuadas, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral, la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales. // Para estos efectos estarán obligados a participar para su eficaz realización, la administración central el sector descentralizado, las administraciones departamentales, distritales y municipales, todas las corporaciones públicas y privadas del país.” (Se subraya fuera del texto original).

[101] Incorporada al ordenamiento interno colombiano en virtud de la Ley 762 de 2002.

[102] Aprobado a través de la Ley 82 de 1988. De acuerdo con el artículo 1, se entiende por persona inválida toda aquella “cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

[103] Convención 159 de la OIT, art. 1, núm. 2.

[104] Convenio 159 de la OIT: “Artículo 2. De conformidad con las condiciones, práctica y posibilidades nacionales, todo Miembro formulará, aplicará y revisará periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. // Artículo 3. Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo. // Artículo 4. Dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos. (...) // Artículo 7. Las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias. // Artículo 8. Se adoptarán

medidas para promover el establecimiento y desarrollo de servicios de readaptación profesional y de empleo para personas inválidas en las zonas rurales y en las comunidades apartadas. // Artículo 9. Todo Miembro deberá esforzarse en asegurar la formación y la disponibilidad de asesores en materia de readaptación y de otro personal cualificado que se ocupe de la orientación profesional, la formación profesional, la colocación y el empleo de personas inválidas. (...)”.

[105] Como obstáculos materiales, el párrafo 22 de la Observación resalta las barreras generadas por el transporte, la vivienda y los puestos de trabajo. Sobre este último, a manera de ejemplo, se dice que mientras “estén organizados y contruidos de forma que les hagan inaccesibles a las personas que se desplazan en sillas de ruedas, los empleadores estarán en condiciones de poder ‘justificar’ su imposibilidad de emplear a los usuarios de dichas sillas.” Por otra parte, como barreras inmateriales se señalan las vinculadas con el nivel de capacitación que reciben las personas con discapacidad, en cuyos programas se debe procurar brindarles las mismas oportunidades que al resto de trabajadores, en pro de acceder al mercado laboral.

[106] Párrafo 22 de la Observación General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[107] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5.

[108] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2.

[109] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 27.

[110] El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a partir de la declaratoria de exequibilidad condicionada dispuesta en la Sentencia C-458 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, debe leerse en el siguiente sentido: “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.” Este último inciso fue declarado exequible en el entendido que, además de las sanciones allí dispuestas, “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su <discapacidad> 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.”. Sobre el particular se puede consultar la Sentencia C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[111] C-810 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[112] Ibídem.

[113] Sentencia C-076 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[114] Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. a).

[115] Sentencia T-268 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Véanse, igualmente, las Sentencias T-198 de 2006, T-190 de 2011 y T-595 de 2012.

[116] Véanse, entre otras, las Sentencias T-057 de 2010, T-122 de 2010, T-072 de 2013, T-146 de 2013, T-012 de 2014 y T-041 de 2014.

[117] Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

[118] VÁSQUEZ, Antonio, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo 1, Editorial Astrea, 1982.

[119] “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones”

[120] Gaceta del Congreso No. 544 del 17 de noviembre de 2006.

[121] La jornada laboral debe ser entendida como el tiempo durante el cual los trabajadores están disponibles para el desarrollo de los servicios o funciones que les exigen sus empleadores. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, se deben fijar jornadas máximas por medio de la ley, que atiendan a criterios razonables que le permitan al empleado disponer del tiempo necesario para su descanso. Véase, entre otras, la Sentencia C-024 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

[122] “Artículo 6º. Garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores. // 1. A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores, no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante lo anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo. (...) Parágrafo. Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extra, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.”

[123] Véase sentencia C-351 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[124] Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, Gaceta del Congreso N° 544 del 17 de noviembre de 2006.

[125] Artículo 6 de la Ley 1221 de 2008: “(...) 2. El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador. // 3. En los casos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad. (...) 5. La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural. // 6. Lo dispuesto en este artículo será aplicado de manera que se promueva la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores, teniendo en cuenta las características del teletrabajo y, cuando proceda, las

condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa. //

La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: //

- a) El derecho de los teletrabajadores a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; //
- b) A la protección de la discriminación en el empleo; //
- c) La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y Riesgos Profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales; //
- d) La remuneración; //
- e) La protección por regímenes legales de seguridad social; //
- f) El acceso a la formación; //
- g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; //
- h) La protección a la maternidad. (...) //
- i) Respeto al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador. (...)"

[126] El artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 dispone que: "(...) 9. El empleador debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando."

[127] El numeral 10 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 consagra que: "(...) 10. La vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador. Los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional. (...)" Igualmente, en relación con este tema, el artículo 3 del Decreto 884 de 2012 dispone: "(...) Parágrafo. En caso de contratar o vincular por primera vez a un teletrabajador, este no podrá exigir posteriormente realizar su trabajo en las instalaciones del empleador, a no ser que las partes de común acuerdo modifiquen lo inicialmente pactado y en dado caso dejaría de ser teletrabajador. //

Si previamente existe un contrato de trabajo o vinculación laboral y las partes de común acuerdo optan por el teletrabajo, el acuerdo que firmen deberá contener los elementos descritos en el presente artículo y será anexado al contrato de trabajo o a la hoja de vida del empleado."

[128] "Artículo 39. Contrato escrito. El contrato de trabajo escrito se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos; está exento de impuestos de papel sellado y de timbre nacional y debe contener

necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación.”

[130] “Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones”.

[131] “En esta modalidad entran aquellas personas profesionales o asalariadas de una empresa que trabajan desde su casa o pueden trabajar por cuenta propia a través de la venta de sus servicios a una o varias empresas.” Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, Gaceta del Congreso No. 544 del 17 de noviembre de 2006.

[132] “Son lugares de trabajo que pertenecen a la misma empresa, pero que son independientes de la sede corporativa. En ellas prima no la organización funcional, sino la geográfica. Se abren para facilitar la prestación de los servicios en sitios cercanos a sus domicilios dando mayor independencia del puesto de trabajo que ocupen o de las tareas que desempeñen.” Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, Gaceta del Congreso No. 544 del 17 de noviembre de 2006.

[133] “Son centro compartidos por varias empresas, fundamentalmente pequeñas y medianas empresas. Se trata de prestar servicio a personas que viven en las proximidades, de modo que no tengan que efectuar un largo viaje para ir a trabajar. Los telecentros pueden ser propiedad de empresas o de asociaciones de empresas que comparten los costos. Necesariamente no tiene que encontrarse en la misma ciudad o país de la empresa o empresas que lo componen. También son espacios donde se ofrecen servicios y se generan actividades que incluyen el acceso a nuevas tecnologías para el desarrollo social y económico de la comunidad.” Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, Gaceta del Congreso No. 544 del 17 de noviembre de 2006.

[134] “Son centros de servicios asociados, generalmente, a instalaciones en granjas, pueblos pequeños, ayuntamientos, locales de escuelas públicas, ubicados en zonas rurales. Suelen conformar una mezcla de negocio, de política de empleo y de altruismo. Con ellos se

trata de retener a la población autóctona y atraer incluso a población preparada, que suele vivir en grandes centros urbanos.” Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, Gaceta del Congreso No. 544 del 17 de noviembre de 2006.

[135] Esta modalidad también se conoce como nómada y se define como: “Es aquél que trabaja allí donde puede o surge la necesidad de trabajar, sin ningún centro de trabajo determinado. Engloba todos los servicios que permite agilizar el trabajo de las personas que han de desplazarse continuamente y que son origen de gran cantidad de información que posteriormente debe fluir hacia los sistemas de comunicación de la empresa.” Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, Gaceta del Congreso No. 544 del 17 de noviembre de 2006.

[136] De manera particular, en la Exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008 (Gaceta del Congreso N° 544 del 17 de noviembre de 2006) se afirmó que: “Con esta herramienta se puede integrar a grupos vulnerables que dada su situación no pueden acceder al mercado laboral, dándoles una adecuada capacitación y apoyo a través de los Telecentros, la posibilidad de generar sus propios ingresos o su vinculación con empresas a nivel mundial o nacional, el teletrabajo en varias naciones se ha implementado de manera exitosa –caso el de España–, dando con ello la posibilidad de su adaptación al medio laboral lo cual incide de igual manera en su calidad de vida y valor propios, existen otras poblaciones vulnerables como las madres cabeza de hogar, adultos mayores y aún jóvenes de escasos recursos que podrían con la ayuda del Estado y la sociedad civil, contribuir a su propia manutención como al incremento de la productividad y competitividad de nuestro país.”

[137] Como previamente se mencionó, el concepto de ajustes razonables se vincula con las modificaciones y adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que se requieran en un caso particular, con miras a garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

[138] Cuaderno 2, folio 55.

[139] Cuaderno 2, folios 123-124.

[140] “Artículo 142. Calificación del estado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así: // “Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. // Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. // El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. // Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad. (...) // Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen. // A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales. // La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral

porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente. (Adicionado por el art. 18, Ley 1562 de 2012) (...)."

[141] Cuaderno 2, folio 115.

[142] Comunicación del 23 de junio de 2015.

[143] El actor afirmó en su comunicación del 29 de diciembre de 2014 enviada al Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales que a la fecha había cumplido con cada una de las tareas que le habían sido asignadas, sin que se encuentre ninguna constancia en el expediente de que la entidad hubiere alegado lo contrario (Cuaderno 2, folio 74). Incluso, el proceso disciplinario que se le inició se reduce exclusivamente a un supuesto incumplimiento injustificado de la jornada laboral, más no de sus funciones o tareas.

[144] El artículo 227 del C.S.T dispone que: "En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no laboral, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante". Esta disposición fue declarada exequible en la Sentencia C-543 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, "en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no laboral no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente".

[145] Específicamente, en el fallo en cita se señala que: "La Corporación no desconoce las labores desplegadas por la accionada para mejorar las condiciones laborales del demandante, pues es evidente que adecuó un baño de fácil acceso para éste, mejoró la iluminación de la oficina, canalizó el cableado para evitar accidentes y facilitó una silla ergonómica. // Empero, se debe resaltar que los conceptos de los médicos tratantes y de las IPS son claros en recomendar el Teletrabajo, figura que sin duda alguna es compatible con la situación del accionante, como pasa a verse. // En efecto, es innegable que en la comodidad de su domicilio puede paliar mejor y más fácilmente sus dolencias, además que se evitaría su permanencia por largas horas en su vehículo, lo que de acuerdo a uno de los conceptos médicos reseñados desmejora ostensiblemente su estado de salud. // De acuerdo a lo informado por el actor, y que en ningún momento fue desvirtuado por la demandada, en su lugar de residencia realiza el 90% de las labores que le son asignadas, ello es

entendible y razonable si se tiene en cuenta que su trabajo consiste en estudiar los expedientes de las tutelas que son sometidas a revisión en la Corte Constitucional, los cuales deben ser expuestos en un comité jurídico para posteriormente hacer los recursos de insistencia que pueden elaborarse en su casa y ser remitidos vía correo electrónico. // De igual manera, el actor cuenta con las condiciones mentales para el tipo de trabajo intelectual asignado por la Defensoría del Pueblo, al punto de obtener una ‘aceptación de la Corte Constitucional del 75% de las insistencias de revisión que durante este año he elaborado’, sin haber tenido durante los nueve años que lleva laborando para dicha entidad ‘un llamado de atención por faltar a mis labores’. (...)” (Cuaderno 2, folios 157 y 158).

[146] Según se expuso con anterioridad, la norma en cita dispone que: “Para los servidores públicos las entidades deberán adaptar los manuales de funciones y competencias laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral.”

[147] Numeral Tercero del fallo del 21 de octubre de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Cuaderno 2, folio 160.

[148] En palabras del médico: “Dice que el no tener trabajo lo abatió emocionalmente pues, para él, el trabajo ‘es su vida’, y sin trabajo no se siente útil. Se deprimió, sintiéndose inútil, se tornó irritable.” Cuaderno principal, folio 132.

[149] Véanse, entre otras, las Sentencias T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-093 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[150] El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...)”

[151] El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 consagra que: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que

la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”

[152] Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que cuando la conducta que transgrede los derechos fundamentales persiste en el tiempo, no se podrá declarar improcedente una acción de tutela alegando su falta de inmediatez. Esta consideración adquiere una mayor trascendencia cuando se trata de casos en los que se encuentran involucrados derechos de sujetos de especial protección constitucional. Textualmente, en la Sentencia T-721 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se expuso que: “cuando el petente es un sujeto de especial protección constitucional, los requisitos de procedibilidad deben ser analizados de manera flexible, de suerte que si la violación de los derechos fundamentales persiste en el tiempo, no se puede predicar la falta de inmediatez para declarar la improcedencia de la acción de tutela.”

[153] Efectivamente, la Sala descarta la procedencia de otras posibles vías a través de las cuales el actor podría resolver de fondo sus pretensiones. Así, en primer lugar, no cabe acudir a las herramientas consagradas en el marco de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en tanto que no se ha configurado un acto administrativo susceptible de demanda, ni se hace referencia a la generación de un daño para ser reparado, y mucho menos se acredita algún otro de los supuestos de procedencia consagrados en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En segundo lugar, tampoco es posible acudir a las vías penales en virtud de la tipificación de conductas discriminatorias en la Ley 1482 de 2011, ya que como lo advirtió esta Corporación en la Sentencia C-671 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, si bien las personas en condición de discapacidad pueden ser víctimas de estigmatizaciones que implican una violación de sus derechos, “la afectación en el goce de [los mismos] proviene, fundamentalmente, de un modelo de discriminación ajeno al que inspiró la ley demandada.” Por último, no se evidencia que las actuaciones de los funcionarios de la Defensoría del Pueblo puedan enmarcarse como un acto de acoso laboral dentro de los propósitos de la Ley 1010 de 2006, en la medida en que a través de esta última se pretenden evitar escenarios en los que los superiores jerárquicos realizan comportamientos dirigidos a “infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.” (Artículo 2 de la Ley 1010 de 2006), los cuales no concuerdan con las actuaciones descritas en el asunto sub-examine.

[154] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 1, 2, 4, 5, 8 y 27

[155] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2, 5 y 27.

[156] Una de las obligaciones generales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es tomar las medidas necesarias para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad. (art 4, núm. 1, lit. e).

[157] Al hacer referencia al derecho al trabajo, la citada Convención dispone que una de las medidas que resultan obligatorias es la de “velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”.

[158] Artículo 8.

[159] C-810 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[160] Ibídem.

[161] Sentencia C-076 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[162] “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, (...) se comprometen a: (...) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención (...)”. (art. 4).

[163] De la misma se encuentran las respectivas constancias en las certificaciones médicas allegadas al proceso y descritas en el acápite de pruebas. Específicamente, cabe resaltar la constancia en la que se hace referencia a la discapacidad proferida el 18 de julio de 2014 por su médico tratante en ortopedia y traumatología. (Cuaderno 2, folio 74)

[164] Folios 29 a 32. Como previamente se advirtió, las fotografías corresponden al (i) espacio para parqueadero que ha sido dispuesto para que el señor Rincón Correa pueda

estacionar su vehículo y entrar fácilmente a las instalaciones de la Defensoría, (ii) del puesto de trabajo en la cual se observa una silla ergonómica en muy buen estado, una mesa amplia y un espacio suficiente para la movilidad y (iii) del baño con las correspondientes adaptaciones para favorecer a las personas con deficiencias físicas.

[166] Concretamente, las solicitudes del actor en relación con las políticas de trabajo en casa se presentaron el 29 de diciembre de 2014, el 11 de marzo y el 6 de mayo de 2015. Por su parte, la fisiatra también requirió dicho tratamiento el 23 de junio de 2015.

[167] Al respecto, es preciso recordar que los médicos establecieron que la vibración del carro y el largo transcurso de tiempo en el que debe estar sentado durante el recorrido desde su casa hasta la oficina, son factores que le generan mayores dolores a los que normalmente padece a diario.

[168] En este punto no sobra advertir que, con ocasión de los avances tecnológicos, en el derecho societario ya existe la regulación de las reuniones no presenciales, cuya condición se somete a que permitan la sucesión de comunicaciones de manera simultánea e inmediata. Ley 222 de 1995, art. 19.

[169] Puntualmente se dijo que: “De [la] revisión se estableció que el empleo que desempeña el señor Jaime Rincón no requiere modificación de manual de funciones, toda vez que las mismas pueden ser desempeñadas bajo la modalidad de teletrabajo, análisis técnico concordante con la petición expresa del servidor público en el sentido que le mantengan las funciones que viene desempeñando. // Así mismo, la implementación del teletrabajo, en especial en el empleo de Profesional Especializado Grado 19 que desempeña el actor, no implica modificar los requisitos de estudio y experiencia exigidos para el desempeño del empleo, no varía el grado salarial del mismo, el propósito ni los criterios de desempeño del empleo. Aunado a lo anterior, las condiciones para que opere el teletrabajo fueron definidas en el acto administrativo que implementa esta modalidad de trabajo en la entidad.” Cuaderno principal, folio 21.

[170] Como previamente se transcribió, la norma en cita dispone que: “Manuales de funciones de las entidades públicas. Para los servidores públicos las entidades deberán adaptar los manuales de funciones y competencias laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral.”

[171] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 2 y 27.

[172] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 27.

[173] De acuerdo con este acto administrativo, el accionante trabajaría desde su casa los días lunes, miércoles y viernes, y los martes y jueves asistiría a las oficinas de la Defensoría. Igualmente se consideró que, cuando las instalaciones de la entidad fueran trasladadas al centro de la ciudad de Bogotá, la modalidad de teletrabajo pasaría a ser autónoma.

[174] Cuaderno principal, folio 25.

[175] Al respecto, el artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Énfasis por fuera del texto original. Una orden en el mismo sentido se puede consultar en la Sentencia T-902 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[176] En las contestaciones allegadas por parte de la Defensoría jamás se argumentó que el señor Rincón Correa hubiese incumplido en algún momento con sus tareas y funciones. Incluso, en la respuesta otorgada por la entidad el 26 de marzo de 2015 (véase numeral 3.18 del acápite de pruebas), se aceptó que el actor ha entregado informes de gestión para indicar el debido cumplimiento de sus funciones.

[177] Véase los numerales 4.4.3.2 y 4.4.3.4 de la presente sentencia.

[178] Véase el pie de página número 12 de la presente sentencia.

[179] Artículo 7.

[180] Decreto 1352 de 2013, “[p]or el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones”: “ARTÍCULO 28. PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD. La solicitud ante la junta podrá ser presentada por: (...) // 6. El trabajador o su empleador. (...)” “ARTÍCULO 29. CASOS EN LOS CUALES SE PUEDE RECURRIR DIRECTAMENTE ANTE LAS JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

El trabajador o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario podrán presentar la solicitud de calificación o recurrir directamente a la Junta de Calificación de Invalidez en los siguientes casos: // a) Si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta. // Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social. b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto número 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. (...)” El artículo 142 del Decreto 19 de 2012 dispone: “ARTICULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. // El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así: // “Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. // Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. // El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de

recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. // Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones -, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad. // Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. // Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (...)” (Se subraya fuera del original)

[181] Cuaderno principal, folio 71.

[182] “Artículo 6°. Manuales de funciones de las entidades públicas. Para los servidores públicos las entidades deberán adaptar los manuales de funciones y competencias laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral.”

[183] Sentencia C-555 de 2001 y C-593 de 2014