

Sentencia T-300/08

PERSONA DISCAPACITADA-La peticionaria solamente cuenta con la acción de tutela para el restablecimiento de sus derechos constitucionales

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA DISCAPACITADA-Protección/PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Protección especial a personas con limitaciones

DERECHO A LA IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO-Medidas de afirmación positiva indican que la accionante tiene derecho al reintegro y a desempeñarse laboralmente en la actividad que tenía anteriormente

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA DISCAPACITADA-Valoración a cargo de salud ocupacional para determinar si la accionante está en capacidad de reiniciar labores

Acción de tutela instaurada por Islena Mosquera Hidalgo contra la Empresa Social del Estado Antonio Nariño.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en sede de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 23 de julio y el 28 de agosto de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por Islena Mosquera Hidalgo contra la Empresa Social del Estado Antonio Nariño.

## I. ANTECEDENTES

La señora Islena Mosquera Hidalgo estima vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad física, la salud, la seguridad social, el mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada a la que tienen derecho las personas con limitaciones, porque fue despedida en incapacidad y mientras cursa la calificación de su estado de invalidez.

### 1. La Demanda

La señora Islena Mosquera Hidalgo, por intermedio de apoderado, manifiesta que fue despedida de la Empresa Social del Estado Antonio Nariño sin justa causa, después de haberse desempeñado como auxiliar de servicios generales, por más de quince años.

Señala que, mediante comunicación del 30 de marzo de 2007, el Gerente General de la ESE accionada le comunicó que el Gobierno Nacional, mediante los Decretos 921 y 922 del mismo año, suprimió el cargo que la misma desempeñaba, sin reparar en que desde el 2 de noviembre del año anterior no puede desplazarse, sin apoyo y ayuda.

Sostiene que en la fecha indicada le fue practicada una cirugía, para corregir la malformación de su extremidad inferior derecha y que, desde entonces, se encuentra incapacitada, lo que la obligó a acudir a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y luego a la Junta Nacional porque aquella estableció la pérdida de su capacidad laboral en el 34.22%, lo que no se compadece con el estado de limitación que la aqueja el cual no le permite desplazarse sin apoyo y ayuda.

Finalmente, destaca que fue despedida sin que su empleador tuviera en cuenta su estado; las disposiciones que protegen contra el despido al “personal que tenga la condición de cabeza de familia sin alternativa económica, limitación visual o auditiva LIMITACION FISICA O MENTAL”; al igual que la jurisprudencia constitucional relacionada con la estabilidad laboral reforzada de las personas afectadas con incapacidades de todo tipo.

### 2. Intervención pasiva

#### 2.1 Empresa Social del Estado Antonio Nariño

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad accionada solicita al juez constitucional

negar el amparo deprecado por la señora Islena Mosquera Hidalgo, porque ésta pretende ser incluida en el retén social, por fuera de los términos establecidos para el efecto; en razón de que las disposiciones que rigen la materia amparan “a la población perteneciente a la estructura de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional y dentro del programa de renovación y modernización del Estado”; debido a que corresponde a la jurisdicción en lo contencioso administrativo pronunciarse sobre la legalidad de la actuación de la administración y en consideración a que la servidora no afronta un perjuicio irremediable y grave.

Sostiene que “mediante Memorando del 22 de diciembre de 2004 se convocó a todos los funcionarios públicos y a los trabajadores oficiales que consideraran reunir los requisitos legales exigidos para la protección especial, a informar a la División de Recursos Humanos de la ESEAN” y que, en los meses de septiembre, diciembre y octubre, de los años 2005 y 2006 respectivamente, se publicaron “las actuaciones administrativas con la lista respecto de las personas que se incluían en el retén social por reunir los requisitos.”

Afirma que, revisados soportes a que se hace mención, “no se encontró solicitud, información y/o acreditación alguna presentada por la accionante como cabeza de familia sin alternativa económica, limitación visual o auditiva, limitación física o mental”, pero se pudo establecer que “el 30 de marzo de 2007 intento radicar un derecho de petición dirigido a la doctora LUZ ANGELA OREJUELA TORRES, Jefe División de Recursos Humanos, según documento aportado por la misma accionante, pero que el mismo fue retirado el mismo 30 de marzo de 2007, por lo que se anuló la radicación, como puede apreciarse en el referido documento y tan solo después de tres (3) meses de haberse comunicado sobre la supresión del empleo con motivo de la reestructuración pretende su inclusión en el retén social.

Refiere que, una vez creada la Empresa Social del Estado Antonio Nariño, la actora fue incorporada automáticamente a su planta de personal, en calidad de empleada pública y que el 30 de marzo de 2007 se le informó que su empleo sería suprimido y recibiría una indemnización, en razón de la expedición de los Decretos 921 y 922 del 22 de marzo de 2007, sobre supresión de cargos en la estructura de la entidad, en razón de las facultades conferidas al Gobierno Nacional, por el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 54 y 115 de la Ley 489 de 1998.

Siendo así, al parecer de la interviniente, la actora cuenta con la vía contencioso administrativa para reclamar sobre el restablecimiento de los derechos que estima vulnerados, sin que resulte procedente la intervención transitoria del juez de tutela, si se considera que mediante Resoluciones 2370 y 2887 de mayo de 2007, “se le liquidó y reconocieron las prestaciones sociales definitivas y se le reconoció la indemnización y cuyo pago se hará dentro del término establecido en el Decreto 921 de 2007”.

### 3. Material probatorio

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía expedida a nombre de Islena Mosquera Hidalgo, nacida el 28 de abril de 1957.

-Fotocopia de la comunicación sobre supresión del cargo, dirigida por el Gerente General de la ESE Antonio Nariño a la señora Islena Hidalgo Mosquera el 30 de marzo de 2007.

Indica la comunicación que la medida obedece a lo dispuesto en el Decreto 921 de 2007; que la servidora quedó desvinculada de la empresa el 31 de marzo del mismo mes y que la afectada sería indemnizada.

-Fotocopia del derecho de petición fechado 30 de marzo de 2007 y recibido el 31 del mismo mes, dirigido a la Jefe de la División de Recursos Humanos de la ESE Antonio Nariño por la señora Islena Mosquera Hidalgo, solicitando se considere su estado de incapacidad -por la cirugía realizada cuyo diagnóstico es de OSTEOTOMIA CORRECTIVA DE VARO CALCANO Y EN TARSO, ya que en este momento me encuentro impedida para caminar con difícil apoyo en pie derecho (..) acogiéndome al oficio donde dice que las personas discapacitadas aplican para el retén social”.

-Fotocopia de la comunicación del 4 de mayo de 2007, dirigida por la actora a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, “para que me sea practicado el respectivo examen”.

Informa la solicitante i) que el 2 de noviembre del año 2006, le fue practicada cirugía en el pie derecho; ii) que de acuerdo con la última certificación “tengo incapacidad hasta el día 30 de mayo, completando así los 210 días”; iii) que quien atendió la remisión de su empleadora

a medicina laboral, el 11 de abril de 2007, no se pronunció sobre su estado “argumentando que por el origen de mis secuelas desde la infancia no calificaba como pérdida de la capacidad laboral” y iv) que no puede valerse por sí misma, “lo que me obliga a desplazarme con la ayuda de un caminador y solicitar la colaboración de un familiar para que me acompañe”.

-Fotocopia del escrito de reposición y apelación subsidiaria, presentado por la actora, por intermedio de apoderado, ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle el 27 de junio de 2007.

Indica el escrito que el dictamen acierta en cuanto al origen común de la patología que afecta a la señora Mosquera Hidalgo, pero no en lo relativo al porcentaje de pérdida asignado a su capacidad laboral, pues quienes rindieron el experticio pudieron percatarse “de su lamentable estado físico”, el cual no le permite “tener ni la habilidad ni la destreza o potencialidad que le permitan desempeñarse en su trabajo habitual”.

-Fotocopia de la certificación emitida por la Corporación Fondo de Empleados para Vivienda del Instituto de Seguros Sociales y demás entidades de la Seguridad Social, sobre el préstamo hipotecario a largo plazo concedido a la actora y el descuento de \$209.772 efectuado a su pago de nómina mensual.

#### 4. Decisiones judiciales objeto de revisión

##### 4.1 Sentencia de primera instancia

En fallo proferido el día veintitrés (23) de julio del año 2007, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali resuelve conceder el amparo constitucional invocado “mientras la accionante se encuentre en las condiciones de disminución o limitación física probada o hasta el momento en que de forma definitiva, completa o concreta se le defina su situación médico-laboral”.

En consecuencia el juez a quo declara ineficaz la desvinculación comunicada por la ESE accionada a la señora Islenia Mosquera Hidalgo el 30 de marzo de 2007, sin que la decisión comporte que la actora tenga derecho a exigir el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, porque para ello puede acudir ante la Jurisdicción en lo Contencioso

Administrativo.

Considera la providencia que si bien la actora cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento, para que la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre la nulidad de su despido, su condición de sujeto de especial protección constitucional le permite acudir ante el juez de tutela, para reclamar sobre el restablecimiento de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, dada la eficacia del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales.

Se detiene en el derecho de las personas afectadas con limitaciones físicas, mentales y sensoriales y concluye que la permanencia en el empleo, en tanto el Ministerio de la Protección Social no autorice el despido, constituye un elemento de significativa trascendencia para lograr el desarrollo personal y la integración de los discapacitados a la sociedad, como lo dispone el artículo 47 del ordenamiento constitucional.

En armonía con lo expuesto y al establecer que la ESE Antonio Nariño despidió a la actora sin la autorización del Ministerio de la Protección Social, resuelve conceder la protección “mientras se define en forma total y completa la situación de salud y discapacidad”.

## 4.2 Impugnación

4.2.1 El apoderado de la actora manifiesta su inconformidad y solicita al Superior revocar la decisión, en lo que respecta a la improcedencia de la acción de tutela para disponer el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por su representada, si se considera que “la señora Islena Mosquera Hidalgo aún no se ha podido reponer de los perjuicios económicos causados al habersele dejado sin ingresos en las condiciones físicas tan lamentables que presenta, al contrario, su situación económica es aún más precaria porque de ninguna manera ha podido generar algún ingreso desde la fecha del despido unilateral”.

4.2.2 La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ESE Antonio Nariño impugna la decisión, fundada en que la actora fue vinculada a la accionada el 26 de junio del año 2003, en calidad de empleada pública, por tanto “no requería para la desvinculación por supresión de su empleo, permiso alguno del Ministerio de Trabajo”.

Agrega que el despido de la actora se explica por razones de interés general, es decir que no tiene que ver con la limitación que la misma padece y que la señora Mosquera Hidalgo no puede invocar a su favor la protección constitucional a la estabilidad reforzada, prevista para quienes padecen incapacidades superiores al 50%, dado que la Junta Regional de Calificación dictaminó en el 34.22% la pérdida de su capacidad laboral.

Para concluir insiste en la improcedencia de la acción de tutela, “porque no es competencia del Juez Constitucional entrar a modificar actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad”, sometidos al conocimiento de otra jurisdicción.

#### 4.3 Sentencia de segunda instancia

La Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revoca en todas sus partes la providencia impugnada, porque la acción de tutela no es un medio alternativo sino subsidiario y residual de protección de los derechos fundamentales, razón por la cual la pretensión de amparo impetrada por la actora, en cuanto controvierte una actuación de la administración, debe ventilarse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Indica al respecto la decisión:

“Es de anotar, que la legalidad o ilegalidad de la desvinculación de la señora ISLENA MOSQUERA HIDALDO, en esto de incapacidad, debe ser ventilada y dirimida por la jurisdicción competente, mediante proceso que permita definir, conforme a las normas que regulan la materia, si le asiste o no derecho a ser reintegrada a su cargo sin solución de continuidad, dejando sin efectos la comunicación ESEAN-RH\_712-07 del 30 de marzo de 2007, ordenando como consecuencia el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido y hasta tanto se defina la calificación de pérdida de capacidad laboral, por parte de la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez así como la continuidad en el Sistema de Seguridad Social Integral”.

En lo que tiene que ver con el amparo transitorio, previsto en el artículo 86 de la Carta, para evitar la realización de un perjuicio irremediable y grave, la Sala ad quem sostiene que dada la incapacidad que padece la actora, inferior al 50%, está claro que la misma puede laborar y así mismo hacer uso de los recursos establecidos en el ordenamiento para defensa de sus derechos.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala Tercera de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 14 de diciembre de 2007, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce, de esta Corporación.

### 2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala revisar las decisiones proferidas por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad que resuelven la pretensión de amparo constitucional impetrada por la señora Islena Mosquera Hidalgo contra la ESE Antonio Nariño.

Considera el juez ad quem que la actora cuenta con la acción contencioso administrativa para reclamar el restablecimiento de su derecho constitucional a la rehabilitación e integración social, dadas las limitaciones que padece y que la misma no afronta un perjuicio irremediable y grave, si se considera que según la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle se encuentra capacitada para laborar.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, por su parte, sostiene que la actora no podía ser despedida sin permiso del Ministerio de la Protección Social, razón por la cual dispone su reintegro, en tanto la Junta Nacional de Calificación se pronuncia sobre la calificación de su estado y su derecho a la pensión de invalidez es definido por la entidad correspondiente.

De manera que esta Sala habrá de definir si la ESE Antonio Nariño podía despedir a la actora o tenía que reubicarla, dada la incapacidad del 34.22% dictaminada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle y la incapacidad superior a los 180 días de que tratan las normas sustantivas del trabajo, expedida por el médico tratante, porque de no ser ello así la señora Mosquera Hidalgo tendrá que ser reintegrada.

Para ello, previamente, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y en consideración a la posición de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial,

resulta del caso reiterar la jurisprudencia constitucional sobre procedencia de la acción de tutela para restablecer los derechos fundamentales de las personas afectadas con limitaciones físicas, mentales y sensoriales.

3. Procedencia de la acción. La actora no cuenta sino con la acción de tutela para el restablecimiento de sus derechos constitucionales

3.1 La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos, los hechos, las omisiones, las operaciones de la administración y los contratos estatales, pero el Código que rige la materia no dispone de un recurso sencillo y ágil, apropiado a las condiciones de las personas discapacitadas, para que éstas puedan reclamar medidas dirigidas a procurar su rehabilitación e integración social.

Otro tanto ocurre con el cumplimiento de los fallos de la justicia administrativo o civil que disponen la reincorporación de los servidores a la administración, puesto que el ordenamiento no cuenta con un procedimiento que garantice a los beneficiarios que continuarán desarrollando las funciones y actividades propias de su cargo, en razón de las decisiones judiciales que así lo ordenan, aunque la sentencia comprometa la realización de los derechos constitucionales de quienes por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Esto es así porque, si bien el acceso a la justicia comprende el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales, el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo dispone que las condenas proferidas en contra de las entidades públicas se sujetan a las reglas del Código de Procedimiento Civil y el artículo 336 de esta normatividad señala que la Nación no puede ser ejecutada, salvo en lo que tiene que ver con el pago o devolución de cantidades líquidas de dinero, como lo dispone el artículo 177 del estatuto primeramente relacionado<sup>1</sup>.

3.2 No obstante, el artículo 86 constitucional y el Decreto que lo reglamenta, además de establecer un procedimiento desprovisto de formalidades al que las personas afectadas con limitaciones acceden fácilmente, contiene mecanismos que aseguran la ejecución inmediata de las órdenes de restablecimiento, incluso con la intervención directa del juez del conocimiento si las circunstancias lo exigen, sin atender a la naturaleza de las obligaciones o deberes incumplidos y sin perjuicio de responsabilidad del funcionario comprometido con la vulneración, de ser el caso.

Indica al respecto la jurisprudencia constitucional:

“3.2. La Constitución Política en su artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo con el que cuentan las personas para la búsqueda efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales y de la eficacia de su protección judicial, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos que para el efecto establece la ley. A través de la acción pública de tutela, se profieren órdenes por parte del juez constitucional, que son de inmediato e ineludible cumplimiento “para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

Así las cosas, la decisión de juez constitucional, una vez verificados los supuestos fácticos y jurídicos que conlleven la vulneración de uno o varios derechos fundamentales, no puede ser otra que proferir una orden de naturaleza imperativa que restaure el derecho violado en el caso específico. Esa orden proferida en sede constitucional debe ser acatada en forma inmediata, total y sin interpretaciones por su destinatario, ya sea una autoridad pública, o un particular en los casos contemplados en la ley, sin entrar a considerar si los fallos que las contienen son o no convenientes o contravienen sus intereses, pues sólo les basta con saber que han sido dictados por jueces de la República que, en ejercicio de sus facultades constitucionales, han proferido una decisión destinada a hacer valer el imperio de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales. Si no se cumple, el orden constitucional continúa quebrantado, con el agravante de que se pone en tela de juicio la eficacia de las normas constitucionales que protegen los derechos fundamentales.

Resulta entonces, que la figura jurídica del desacato, se traduce en una medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela, en ejercicio de su potestad disciplinaria, para sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectivo la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo<sup>2</sup>”.

3.3 Vistas así las cosas y en consideración a que la señora Islena Mosquera Hidalgo fue despedida de la ESE accionada, sin consideración a que la Junta Regional de Calificación del Valle dictaminó que la misma afronta una incapacidad laboral del 34.22% y a que su médico tratante considera que no se encuentra en capacidad de laborar, la acción que se revisa es

procedente, porque el artículo 86 constitucional concede a todas las personas acción de tutela para reclamar sobre el restablecimiento de sus derechos fundamentales, cualquiera fuere la autoridad que los vulnere o amenace.

Lo anterior, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y -como quedó explicado- el ordenamiento solo cuenta con la acción de tutela i) para que las personas afectadas con limitaciones accedan a la administración de justicia en condiciones de igualdad y ii) para que las sentencias que disponen la reincorporación o reubicación de los servidores públicos, cualquiera fuere la causa, se cumplan de todas maneras.

4. Consideraciones preliminares. Marco jurídico sobre la estabilidad laboral reforzada de las personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales

4.1 De los artículos 13, 47, 54 y 68 constitucionales se desprenden las obligaciones del Estado de adoptar medidas a favor de las personas afectadas con toda clase de limitaciones, entre ellas la de “garantizar a los minusválidos su derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, como presupuesto indispensable para obtener su plena realización e integración social.

En armonía con lo expuesto y en consideración a los principios y disposiciones internacionales en la materia<sup>3</sup>, inicialmente el Decreto 2177 de 1989 y más adelante las Leyes 361 de 1997, 100 de 1993 y 776 de 2002, imponen a todos los patronos “públicos o privados”, la obligación de reincorporar a los trabajadores a los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez o de reubicarlos, si las circunstancias lo exigen, siempre que la incapacidad no origine el reconocimiento de la pensión de invalidez<sup>4</sup>.

Dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que, salvo la presencia de limitaciones debidamente demostradas que lo hagan definitivamente incompatible, el estado de incapacidad de una persona, “en ningún caso” podrá ser motivo para obstaculizar su vinculación laboral -se destaca-.

Agrega la disposición que corresponde al Ministerio de la Protección Social calificar la terminación unilateral del contrato, con una persona incapacitada física, mental o sensorialmente para desempeñar la labor encomendada y que, de llegarse a producir el despido sin la debida autorización, la decisión carece de todo efecto jurídico<sup>5</sup>.

Impone además, la norma, al empleador que incumple la disposición, la obligación de retribuir económicamente al trabajador afectado con la medida, sin que pueda entenderse que el “mecanismo indemnizatorio otorga eficacia jurídica al despido o terminación del contrato sin autorización previa del funcionario del trabajo<sup>6</sup>”.

Señala la Corte:

“Sea lo primero señalar que aunque la Carta Política establece la estabilidad laboral como derecho de todos los trabajadores, para la cual la ley debe consagrar mecanismos de protección, el señalamiento de una indemnización tarifada a cargo del patrono cuando éste realice un despido sin justa causa, no contradice el ordenamiento superior en la medida en que por el monto de la misma, se logre reparar el daño al empleado y así mismo disuadir al empresario de llevar a cabo esa conducta.

En esos términos, tal y como se encuentra redactada la norma, la Corte estima que la posibilidad de despedir a un discapacitado, sin autorización de la oficina de Trabajo, debiendo el patrono asumir el pago de una indemnización por la suma de “ciento ochenta días de 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 modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”, no configura una salvaguarda de sus derechos y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios, por razón de su debilidad manifiesta dada su condición física, sensorial o mental especial, en la medida en que la protección de esta forma establecida es insuficiente respecto del principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana.

Sin embargo, la verdadera naturaleza de la indemnización que allí se plantea enerva el argumento de la inconstitucionalidad de la disposición legal, por cuanto dicha indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”.

Quiere decir entonces que, mientras no medie el reconocimiento del estado de invalidez, corresponde a los empleadores adaptar las condiciones del trabajo a las circunstancias específicas que afronta el trabajador impedido, porque sólo si ello no resulta posible el

Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social podrá autorizar el despido del trabajador.

Señalan al respecto los artículos 4° y 8° de la Ley 776 de 2002:

“ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO. Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.

ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.

4.2 Vistas así las cosas, se entiende el porqué del especial tratamiento que las entidades públicas están en el deber de deparar a las personas con limitaciones, dentro de los procesos de reestructuración administrativa, a la luz de los artículos 189 y 209 de la Constitución Política, desarrollados por la Ley 489 de 1998, comoquiera que -como quedó explicado-“la protección especial a que tienen derecho las personas con discapacidad no se reduce (..) a la prestación de los servicios de salud, sino que comporta el deber del Estado de propender por su plena integración (art. 47 C.P.) en particular en la vida laboral en condiciones que atiendan su situación, respetando su dignidad y valorando la contribución que ellos pueda hacer a la sociedad (art. 54 C.P.)7”.

Señala al respecto el artículo 12 de la Ley 790 de 2002:

“Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley8”.

Como lo indica el recuento legislativo precedente, en el contexto de la política pública de

empleo tienen gran significación las medidas tendientes a la rehabilitación e inserción social de los grupos vulnerables de la población, no podrían en consecuencia un empleador público desconocer las previsiones constitucionales y legales en la materia, amparado en que el servidor no invocó en la oportunidad establecida la protección a su favor, porque la tutela del Estado hacia las personas en estado de debilidad manifiesta comprende el asesoramiento en sus derechos y la asistencia para que accedan a ellos.

Lo anterior, porque el compromiso del Estado con la rehabilitación e integración social de las personas afectadas con toda clase de limitaciones, comporta medidas de afirmación positiva a cargo de los empleadores públicos y privados capaces de contrarrestar la situación de discriminación y marginalidad a la que la sociedad de ordinario las somete.

Siendo así, conocido el estado de incapacidad de un trabajador, lo conducente tiene que ver con la asistencia y el acompañamiento de parte de su empleador, para que el mismo se beneficie de las medidas establecidas en el ordenamiento entre ellas la adaptación de las condiciones de trabajo o su reubicación, con la intervención de las entidades de medicina ocupacional, pues, solo en último caso y agotadas todas las posibilidades, el Ministerio de la Protección Social podría autorizar el despido.

## 5. Caso concreto

5.1 Indican los antecedentes que la señora Islena Mosquera prestó al Estado servicios personales durante 15 años, los últimos en calidad de empleada pública en la ESE Antonio Nariño, dada su vinculación automática a la entidad, dispuesta en el artículo 17 del Decreto ley 1750 de 2003.

Se conoce también que el cargo que la actora desempeñaba fue suprimido por razones de reestructuración y que, el 30 de marzo de 2007, el Gerente de su empleadora le comunicó la terminación de su vinculación legal y reglamentaria i) estando vigente su estado de incapacidad, a causa de la intervención quirúrgica que le fuera practicada el 2 de noviembre del año anterior y ii) sin que medie autorización del Ministerio de la Protección Social.

Está claro, además, que la actora acudió a la Junta Regional y que la entidad calificó la pérdida de su capacidad laboral en un 34.22%, mediante dictamen actualmente en conocimiento de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Siendo así la ESE accionada vulnera los derechos fundamentales de la actora a la igualdad y al debido proceso, porque, las medidas de afirmación positiva establecidas a su favor indican que la misma, por padecer una incapacidad inferior al 50%, tiene derecho a desempeñarse laboralmente en la actividad que desarrollaba antes de iniciar su incapacidad, de ser ello posible o en un cargo acorde con sus capacidades.

Siendo así lo conducente tenía que ver i) con aguardar a que el médico tratante permita la reincorporación de la actora para proceder asimismo a adaptar las condiciones del trabajo a su situación o a su reubicación, de ser preciso, en un cargo que permita su rehabilitación e integración social, sin poner en peligro su integridad física y moral y ii), en último caso, con solicitar, con la audiencia de la actora y sujeción al debido proceso, autorización del Ministerio de la Protección Social para proceder a su despido.

5.2 De manera que la señora Islena Mosquera Hidalgo será reintegrada al cargo que ocupaba el 30 de marzo de 2007, sin solución de continuidad y la empleadora le pagará, por haber procedido a desvincularla sin la intervención del Ministerio de la Protección Social, a título de sanción y sin perjuicio de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de ley, el equivalente a ciento ochenta días de salario, como lo dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en los términos de la Sentencia C-531 de 2000.

Para lo cual y con el objeto de establecer si la señora Mosquera Hidalgo se encuentra apta para reiniciar labores y determinar aquellas que la misma puede desempeñar sin afectar su dignidad e integridad, la actora será sometida a una valoración a cargo del equipo de salud ocupacional de la ESE accionada y su dictamen se cumplirá estrictamente, incluyendo el de la prolongación de la restricción de acudir al trabajo, si ello fuere necesario.

Habría que entender, claro está, que la reincorporación de la actora procede en el evento de que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez hubiere confirmado el dictamen de la Junta Regional, porque, de afrontar una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la señora Mosquera Hidalgo no podría ser reintegrada, en cuanto ostentaría la condición que le permite acceder a pensión de invalidez.

5.3. Establecido entonces que le asiste razón al Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali, en lo relacionado con el restablecimiento del derecho de la actora a la estabilidad laboral reforzada, la sentencia proferida por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Santiago de Cali será revocada para, en su lugar, confirmar parcialmente el fallo de primer grado, proferido el 23 de julio del año 2007.

Lo anterior porque si bien el Juez Segundo Laboral dispuso el reintegro de la actora, como tenía que ser, i) declaró improcedente la protección en lo relacionado con el pago de los salarios y prestaciones que la misma habría percibido de no producirse su despido y ii) no se pronunció sobre el derecho de la señora Mosquera Hidalgo a percibir la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en todos los casos, a favor de las personas incapacitadas despedidas de su empleo sin autorización del Ministerio del ramo.

De manera que como el ordenamiento no cuenta con un recurso sencillo y ágil para que la actora acceda a la total protección de sus derechos constitucionales en condiciones de igualdad, dada la limitación que la misma padece, la acción que se revisa es procedente y la Empresa Social del Estado Antonio Nariño, en los diez días (10) siguientes a la notificación de esta decisión i) dispondrá sobre su reincorporación al cargo que ocupaba el 30 de marzo de 2007, cuando se produjo su despido, si la valoración médica lo permite o a su reubicación, de ser ello necesario y ii) adelantará las gestiones administrativas y presupuestales correspondientes para que la misma reciba los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, además de ciento ochenta (180) días de salario, en un término no superior a los dos meses siguientes a la notificación de esta decisión.

Para lo cual, previamente, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, la Empresa Social del Estado Antonio Nariño dispondrá la valoración médica de la señora Mosquera Hidalgo, de parte del departamento de medicina ocupacional de la entidad.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali el 28 de agosto de 2007, para revocar la Sentencia

proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Judicial de la misma ciudad el 23 de julio del mismo año.

En consecuencia i) CONFIRMAR los puntos 1°, 2°, 3° y 4° de la Sentencia de primer grado, en cuanto la providencia concede a la actora el amparo de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, al trabajo y al debido proceso y dispone su reintegro y permanencia en el cargo que la misma ocupaba el 30 de marzo de 2007 y ii) REVOCAR el punto 5° de la decisión, habida cuenta que la providencia considera improcedente la solicitud de la actora relacionada con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y no se pronuncia sobre la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

SEGUNDO. ORDENAR a la Empresa Social del Estado Antonio Nariño iniciar, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, los trámites administrativos y presupuestales necesarios para que en un término no superior a los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta decisión, la actora i) sea reincorporada al cargo que ocupaba el 30 de marzo de 2007 o reubicada en uno de igual o superior categoría, sin solución de continuidad y ii) reciba el equivalente a 180 días de salario, a título de sanción, por haber sido despedida sin autorización del Ministerio de la Protección Social -sin perjuicio de las sumas ya reconocidas, como tampoco de los valores que se le deberán cancelar por salarios, prestaciones e indemnizaciones no canceladas-, lo cual se dispondrá dentro del mismo término.

El departamento de Medicina Laboral de la accionada, dentro de las 48 horas a que se hace mención evaluará las condiciones de salud de la señora Mosquera Hidalgo, emitirá el dictamen sobre la oportunidad de la reincorporación e impartirá las recomendaciones para la reubicación de la actora, de ser ello necesario, con miras a lograr su rehabilitación e integración social.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En armonía con lo expuesto la Sala Novena de Revisión, mediante Sentencia C-050 de 2007 ordenó al Hospital del Tunal proceder a la reincorporación, de manera definitiva, de un trabajador, “por cuanto tal y como se estableció en las consideraciones precedentes, en el presente caso no existe un mecanismo de defensa judicial del cual pueda disponer el actor, razón por la cual la acción de tutela procede de manera directa y definitiva, y se convierte en el medio judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales invocados”.

2 Sentencia T-465 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, en igual sentido Sentencias T-994 de 2007 y T-632 y 406 de 2006, entre otras.

3 Al respecto se pueden consultar, entre otras decisiones las Sentencia C-410 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis

4 Artículos 16 y 17 Decreto 2177 de 1989, reglamentario de la Ley 82 de 1988, aprobatoria del Convenio 159 de al OIT sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas.

5 Sentencia C-531 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis. En esta oportunidad la Corte declaró exequible el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate

la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

6 Idem.

7 Sentencia C-174 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis. En igual sentido Sentencias C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-044 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

8 Sentencias C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-044 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería y C- 174 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.