

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

La Corte, mediante la interpretación de los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra particulares: i) cuando está encargado de la prestación de un servicio público; ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo; o iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o iv) de indefensión frente a éste.

SUBORDINACION E INDEFENSION-Concepto

En efecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela. En cada caso concreto deberá verificarse si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación), o si por el contrario, la misma es consecuencia de una situación fáctica en la que una persona se encuentra en ausencia total o de insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión).

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en razón de la subordinación que se halla implícita en toda relación de naturaleza laboral

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Procedencia excepcional de la tutela cuando se ponen en riesgo derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL-Procedencia excepcional

En principio la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro laboral, comoquiera que existen acciones judiciales para lograr tal fin, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la

forma de vinculación del trabajador. Sin embargo, en determinadas circunstancias la acción constitucional desplaza el mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar idóneo y eficaz frente a la situación particular de quien reclama.

DISCAPACIDAD E INVALIDEZ-Conceptos

(i) el concepto de discapacidad se origina en un conjunto de barreras contextuales, que dificultan la inclusión y participación de las personas con discapacidad en la sociedad; (ii) el concepto de “invalidéz” se utiliza en el campo de la seguridad social para referirse a la prestación económica que le es reconocida a las personas que acrediten el cumplimiento de los requisitos legales, dentro de los cuales se encuentra la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%; (iii) no obstante, la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% no es sinónimo de invalidéz, pues en muchas circunstancias el otorgamiento de la referida mesada pensional no elimina la posibilidad de ejercer una actividad productiva.

DISCAPACIDAD NO ES SINONIMO DE INVALIDEZ

DERECHO AL TRABAJO DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección en el ámbito interno e internacional

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADOR EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-Carece de todo efecto despido o terminación de contrato sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA CON LIMITACIONES FISICAS, PSIQUICAS O SENSORIALES-Garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 y jurisprudencia constitucional sobre su aplicación

DERECHO A LA INTIMIDAD-Trabajador no está obligado a entregar información a empleador sobre presencia de enfermedades o condiciones de discapacidad

OBLIGACION RELATIVA DE ENTREGAR INFORMACION AL EMPLEADOR SOBRE PRESENCIA DE ENFERMEDADES O CONDICIONES DE DISCAPACIDAD-Reglas jurisprudenciales

(i) La solicitud de información sobre ciertas enfermedades o condiciones de discapacidad, constituye una práctica ilegítima que vulnera, entre otros, los derechos a la no discriminación

y a la intimidad. (ii) No constituye justa causa de despido el no haber suministrado información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad. El despido solo será justificado si se ha demostrado que la enfermedad y/o condición de discapacidad sobre la cual se ocultó información resulta incompatible con el cargo que se va a desempeñar. (iii) En la medida en que el reconocimiento de una pensión de invalidez supone la presencia de una situación de discapacidad, el aspirante tampoco está obligado a informar sobre dicha situación al empleador. (iv) La carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la enfermedad o condición de discapacidad que se presenta, no puede recaer en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es incompatible con el cargo que se pretende desempeñar, debe fundamentar y consignar por escrito este hecho, y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita. (v) En una entrevista de trabajo, las preguntas encaminadas a obtener información relevante, deben enfocarse en las necesidades del cargo a desempeñar. En esa medida, las preguntas que no guardan relación alguna con el cargo, se interpretan como posibles indicios de discriminación laboral, y en todo caso, no obligan al aspirante o trabajador a responderlas. De igual manera, el examen médico que se realice debe ser consistente con las necesidades de la profesión u oficio que habrá de desempeñar el trabajador. (vi) Si el empleador conoce de la enfermedad y/o situación de discapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, y considera que configura una incompatibilidad con la labor que el empleado lleva a cabo, debe adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la enfermedad y/o situación de discapacidad claramente es incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar.

DERECHO A LA INTEGRACION LABORAL DE PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-
Orden a empresa reintegrar a accionante, pagar salarios y prestaciones dejadas de percibir y pagar indemnización equivalente a 180 días del salario

Referencia: Expediente T-5.964.653

Acción de tutela presentada por Ilse Adriana Usma Quevedo contra Convergys Customer Management Colombia S.A.S.

Asunto: Derecho a la integración laboral de las personas en condición de discapacidad y la obligación relativa a entregar información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad.

Procedencia: Juzgado 68 Penal Municipal con

función de control de garantías de Bogotá

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida en única instancia el 5 de diciembre de 2016, por el Juzgado 68 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Ilse Adriana Usma Quevedo contra Convergys Customer Management Colombia S.A.S.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que efectuó la Secretaría del Juzgado 68 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, según lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 14 de febrero de 2017, la Sala Segunda de Selección de Tutelas de la Corte lo escogió para revisión.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones según la acción de tutela

1. La accionante, de 38 años de edad¹, indicó que fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, razón por la cual fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 61%² y el Fondo

de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo mensual³.

2. Señaló que el 4 de septiembre de 2016, su cónyuge⁴, el señor Juan Carlos Sanabria Argote, quien concurría con los gastos de vivienda, educación y vestido de sus dos hijos, falleció, razón por la cual se vio obligada a buscar empleo.

3. En razón de lo anterior, el 21 de septiembre de 2016 celebró contrato laboral a término indefinido⁵ con la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S., para ejercer labores en el cargo de representante de servicio al cliente y ventas, con una asignación básica mensual de \$800.000 pesos.

4. La demandante manifestó que, posteriormente, la compañía accionada tuvo conocimiento sobre su pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez. En consecuencia, el 18 de octubre de 2016 fue despedida con “justa causa”, toda vez que: i) al momento de firmarse el contrato laboral omitió mencionar que se encontraba pensionada por invalidez, y ii) estaba inhabilitada médica y legalmente para ejercer las funciones propias del empleo por su situación de discapacidad mental⁶.

5. Por esas razones, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo solicitó, como medida de restablecimiento de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la igualdad, que se ordenara a la empresa accionada reintegrarla al empleo que desempeñaba.

Fundamentos de la acción de tutela

Para fundamentar su solicitud, la accionante explicó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en ningún caso la discapacidad de una persona puede ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea demostrada como incompatible con las labores a desempeñar. En esa medida, la actora adujo que no podía ser despedida, pues si bien presenta una discapacidad, esto no le impide desempeñar correctamente su trabajo⁸.

II. Trámite Procesal

Por medio de auto del 21 de noviembre de 2016⁹, el Juzgado 68 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, avocó el conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado a la compañía demandada, con el fin de que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela.

Mediante escrito del 22 de noviembre de 2016¹⁰, el representante legal de la compañía accionada solicitó declarar improcedente la acción de tutela, al considerar que el despido de la accionante no obedeció a discriminación alguna, sino a otros motivos.

En particular, el apoderado relató que la accionante, al ingresar al proceso de selección para ocupar el empleo de representante de servicio al cliente y ventas, omitió dar información esencial para la compañía, en razón a las funciones que realizaría y a las gestiones de afiliación que adelantaría la compañía ante las entidades del Sistema de Protección Social. Por lo tanto, sostuvo que, cuando la compañía se dispuso a afiliar a la accionante a la Empresa Promotora de Salud y a la Administradora de Fondos de Pensiones, dichas entidades manifestaron que no era posible su afiliación, puesto que se encontraba pensionada y pertenecía a un régimen especial de salud.

Ante esta situación, el representante legal destacó que la compañía procedió a citar a la demandante para que rindiera sus descargos. En esa medida, durante la diligencia se solicitó a la señora Adriana presentar las razones por las cuales durante el proceso de selección ocultó a la compañía que se encontraba en situación de discapacidad y pensionada por invalidez. De acuerdo con el apoderado, en la diligencia de descargos, la accionante admitió que se encontraba pensionada por invalidez y, a su vez, manifestó que no comunicó dicha información, pues “leyó un artículo que decía que podía trabajar estando pensionada”¹¹.

En razón a lo anterior, el representante legal indicó que la compañía decidió terminar el contrato de trabajo con justa causa por dos razones. En primer lugar, porque la accionante “engañó” al empleador cuando omitió dar información fundamental en el proceso de selección (numeral 1º, artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo) y, en segundo lugar, porque la pensión de invalidez que en la actualidad recibe la accionante, legitima la terminación del contrato de trabajo (numeral 14, artículo 62 del CST).

Al respecto, en la carta de terminación del contrato con justa causa se le informó a la accionante que “de haber conocido su condición, la Compañía no habría celebrado el

contrato de trabajo, precisamente porque esta[ba] médica y legalmente inhabilitada para ello.”¹²

Adicionalmente, el apoderado destacó que si bien, por regla general, no es posible dejar de contratar laboralmente a una persona en razón de su situación de discapacidad, se presenta una excepción cuando la discapacidad es incompatible con el cargo que se va a desempeñar, como ocurre en el caso de la accionante.

Al respecto, el representante legal explicó que el trastorno afectivo bipolar es un trastorno mental que afecta el estado emocional de la persona, llevándola a diferentes extremos anímicos. Por su parte, el empleo de representante de servicio al cliente y ventas, implica la atención telefónica constante de clientes, muchos de los cuales tienen reacciones hostiles o agresivas, lo cual somete a los empleados a un determinado nivel de estrés.

Para soportar esta afirmación, el apoderado anexó un informe Diagnóstico de Condiciones Psicosociales¹³ realizado en el último trimestre del año 2013 a los empleados de la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S., donde se concluyó que el 75% de los trabajadores se encontraban con síntomas de estrés en niveles altos, debido a que estaban expuestos a tratos negativos de otras personas en el ejercicio de sus labores. En esa medida, el representante legal consideró que resultaba notoria la incompatibilidad de la discapacidad de la accionante con las labores que pretendía desempeñar, y que reintegrarla implicaría un riesgo para su salud mental y emocional.

Por otra parte, el representante legal sostuvo que al verificar que la accionante recibía una mesada pensional, se comprobó que su derecho al mínimo vital se encontraba garantizado, lo cual también habilitaba la terminación del contrato de trabajo, de acuerdo con las normas laborales y la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1037 de 2003, en la cual se declaró la constitucionalidad de la norma que establece que se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión.

Asimismo, agregó que para resolver el presente asunto, la accionante debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, toda vez que no se está frente a la configuración de un perjuicio irremediable, pues el ingreso mensual que recibe de forma vitalicia, le asegura la estabilidad económica que requiere y le permite acudir sin ningún apuro al procedimiento

ordinario idóneo.

Finalmente, el apoderado adujo que a la accionante se le garantizó el derecho a la defensa y al debido proceso, comoquiera que fue citada a la audiencia de descargos, en la que confirmó la configuración de las justas causas legales para terminar el contrato de trabajo.

B. Sentencia de única instancia

Mediante sentencia del 5 de diciembre de 2016¹⁴, el Juzgado 68 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá denegó el amparo que promovió la señora Ilse Adriana Usma Quevedo.

Para fundamentar su decisión, el juez consideró que la accionante, al ingresar a laborar a la compañía accionada ocultó su situación de discapacidad y su condición de pensionada, lo que facultó al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, amparado en el numeral 1° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra como causal de despido “el haber sufrido engaño por parte del trabajador”. En ese sentido, el juez advirtió que el despido de la accionante no se produjo como consecuencia de la discapacidad que padece, sino por una justa causa legal.

C. Pruebas aportadas, solicitadas y/o decretadas en el trámite de Revisión

1. Mediante auto del 10 de marzo de 2017¹⁵, la Sala Quinta consideró necesario solicitar pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el proceso de la referencia. En esa medida, le solicitó a la accionante información sobre su situación socioeconómica actual, y a la compañía accionada indicaciones en relación con la estructura organizacional de la empresa.

1.1. En comunicación del 22 de noviembre de 2017¹⁶, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo señaló, en primer lugar, que tiene dos hijos menores de edad, Ángel Gabriel Sotelo Usma (13 años) y Natalia Sanabria Usma (8 años)¹⁷. También indicó que la menor de edad Natalia Sanabria Usma es hija de su esposo, el señor Juan Carlos Sanabria, con quien convivió

durante ocho años, hasta el momento de su fallecimiento.

En segundo lugar, la accionante precisó que en la actualidad recibe una mesada pensional de \$674.441, y que los gastos familiares mensuales ascienden a \$2.051.337, los cuales relacionó con los soportes que lo acreditan de la siguiente manera:

Servicios públicos

\$62.000

\$58.500

Alimentación, útiles de aseo y medicinas

\$780.000

Útiles escolares

\$50.000

Recreación y otros

\$80.000

Transportes

\$ 83.140

Pensión escolar mensual del niño Ángel Gabriel

\$371.697

Ruta escolar mensual del niño Ángel Gabriel

\$186.000

Cursos extracurriculares de la niña Natalia

\$120.000

Ruta escolar mensual de la niña Natalia

\$120.000

En tercer lugar, la accionante manifestó que su estado de salud se encuentra estable, pese al último evento traumático ocurrido, esto es, el fallecimiento de su esposo. Además, añadió que su psiquiatra tratante le indicó que puede laborar sin problema alguno, y que el hecho de encontrarse desempleada y en una situación económica difícil puede ocasionar una desmejora en su estado de salud¹⁸.

Por último, agregó textualmente que durante el período que laboró con la compañía accionada su desempeño fue excelente, tanto así que “recibí en repetidas ocasiones por parte de mi entrenador Dairo, muchas felicitaciones por mis cualidades y habilidades para el cargo”¹⁹.

2. Mediante escrito recibido en este despacho el 29 de marzo de 2017²⁰, el representante legal de la empresa accionada presentó la estructura orgánica de Convergys Customer Management Colombia S.A.S. En la respuesta allegada, el funcionario describió en su mayoría cargos de socios, gerentes, directores, entrenadores y coordinadores de área.

3. En cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015²¹, las anteriores pruebas se pusieron a disposición de las partes mediante oficios del 23 de marzo de 2017, las cuales no emitieron pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para examinar la sentencia de tutela proferida en este asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. La señora Ilse Adriana Usma Quevedo, interpuso acción de tutela contra la empresa Convergys Customer Management Colombia S.A.S., al considerar que dicha entidad vulneró

sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital. Particularmente, la accionante sostuvo que la vulneración se generó por la decisión de la compañía accionada de terminar unilateralmente su contrato de trabajo en razón de su situación de discapacidad.

La peticionaria fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, razón por la cual fue calificada con PCL del 61% y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo mensual. Asimismo, la mesada pensional que actualmente recibe constituye una fuente económica que no le es suficiente para suplir los gastos básicos de subsistencia de ella y sus hijos menores de edad.

En ese sentido, se vio obligada a buscar empleo y, efectivamente, el 21 de septiembre de 2016 celebró contrato laboral a término indefinido con la compañía accionada para ejercer labores como representante de servicio al cliente y ventas. Sin embargo, al tener conocimiento la empresa demandada sobre su pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez, fue despedida con justa causa, toda vez que, durante el proceso de selección y al momento de firmarse el contrato laboral omitió mencionar que se encontraba en situación de discapacidad y pensionada por invalidez.

Específicamente, se invocó como justa causa legal, en primer lugar, “el engaño” que sufrió el empleador cuando la accionante omitió dar información fundamental en el proceso de selección (numeral 1°, artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo); y, en segundo lugar, el reconocimiento de la pensión de invalidez que, a juicio de la empresa legitima la terminación del contrato de trabajo (numeral 14, artículo 62 del CST).

Asimismo, la compañía demandada le indicó a la peticionaria que, de haber conocido con anterioridad su situación de discapacidad, no la habría contratado, pues ella se encontraba inhabilitada para desempeñar alguna labor. Además, dicha empresa refirió que la discapacidad que presenta la accionante es absolutamente incompatible con las labores a desempeñar.

Con base en lo anterior, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo solicitó, como medida de restablecimiento de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la igualdad, que se ordenara a la empresa accionada reintegrarla al empleo que desempeñaba.

Para fundamentar su solicitud, la accionante explicó que de acuerdo con la Ley 361 de 1997, en ningún caso la discapacidad de una persona puede ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea demostrada como incompatible con las labores a desempeñar. En esa medida, la actora adujo que no podía ser despedida, pues si bien presenta una discapacidad, esto no le impide desempeñar correctamente su trabajo. Incluso, añadió que durante el período que laboró con la compañía, su desempeño fue excelente, tanto así que en repetidas ocasiones recibió felicitaciones por sus cualidades y habilidades.

Además, refirió que su psiquiatra tratante le indicó que puede laborar sin problema alguno, y que el hecho de encontrarse desempleada y en una situación económica difícil puede ocasionar una desmejora en su estado de salud.

3. De acuerdo con lo expuesto, y en caso de ser procedente la acción de tutela, será preciso resolver los siguientes problemas jurídicos:

3.1. Antes de plantear el primer cuestionamiento, es preciso recordar que si el juez de tutela encuentra afectados o amenazados derechos no invocados por el actor, “(...) no sólo puede sino que debe referirse a ellos en su sentencia y decidir lo pertinente, impartiendo las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa.²² En efecto, el juez tiene a su cargo un papel activo e independiente, que implica la búsqueda de la verdad y la protección eficaz de los derechos fundamentales afectados.

En ese orden de ideas, aunque la accionante no cuestionó que el empleador no solicitara el permiso al inspector de trabajo para terminar su contrato laboral, la Sala, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, se ocupará de resolver si la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S. vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y a la no discriminación de la accionante, cuando puso fin a la relación laboral, pese al conocimiento de su situación de discapacidad, y sin contar con la autorización del inspector del trabajo.

3.2. Asimismo, la Sala debe estudiar si la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S. vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la señora Ilse Adriana Usma Quevedo, cuando decidió desvincularla de manera unilateral por ocultar a dicha empresa, durante el proceso de selección, que presentaba una

discapacidad y se encontraba pensionada por invalidez.

4. Para resolver los cuestionamientos la Sala estudiará los siguientes temas: i) la procedencia de la acción de tutela en el caso que se analiza; ii) se hará una breve referencia en relación con los conceptos de “discapacidad” e “invalidez”; iii) el derecho a la integración laboral de las personas en condición de discapacidad; iv) la obligación relativa a entregar información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad; y v) con fundamento en lo anterior se resolverá el caso concreto.

i) Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación para actuar

5. Legitimación por activa. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En el caso analizado, se observa el cumplimiento del requisito de legitimación por activa. En efecto, la accionante es una persona natural que reclama la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por la compañía accionada.

6. Legitimación por pasiva. Esta Corporación ha considerado que el amparo constitucional puede formularse de manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales pueden presentarse asimetrías que generan el ejercicio de poder de unas personas sobre otras²³.

De esta manera, la Corte, mediante la interpretación de los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra particulares: i) cuando está encargado de la prestación de un servicio público²⁴; ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo²⁵; o iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o iv) de indefensión frente a éste²⁶.

En efecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales²⁷ y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien

se dirige la acción de tutela²⁸. En cada caso concreto deberá verificarse si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación), o si por el contrario, la misma es consecuencia de una situación fáctica en la que una persona se encuentra en ausencia total o de insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión)²⁹.

Por consiguiente, al considerar que al momento de la presunta vulneración a sus derechos fundamentales la accionante se encontraba en una situación laboral de aquellas descritas por el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, dotada de la prestación personal del servicio, remuneración y sujeción patronal, la Sala concluye que la accionante estaba en una posición de subordinación frente a su empleador, y por ello procede esta acción contra el particular demandado.

En el presente asunto se cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela

7. La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha señalado que el respeto a los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de los derechos fundamentales, por vía excepcional.

De hecho, de manera reiterada, la Corte ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados, o cuando al existir otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Inmediatez

8. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional

a presentar una acción de tutela “en todo momento” y el deber de respetar la configuración de la acción como un medio de protección “inmediata” de las garantías fundamentales. Es decir, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

Para verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición de la tutela es razonable. En el caso concreto, la accionante fue despedida el 18 de octubre de 2016 y presentó la solicitud de amparo el 18 de noviembre siguiente. Quiere decir lo anterior que se ha cumplido un plazo más que razonable para la interposición de la acción de tutela.

Subsidiariedad

9. El Artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, destacan el carácter subsidiario por el que está revestida la acción de tutela. En consecuencia, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) mecanismo definitivo, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia³⁰; ii) procede la tutela como mecanismo transitorio, ante la existencia de un medio judicial idóneo que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario³¹. Además, iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional – como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, población en situación de discapacidad para proteger su derecho a la no discriminación, entre otros – el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³².

Adicionalmente, esta Corporación ha manifestado que por regla general la acción de tutela no es procedente para resolver las controversias que se susciten entre trabajador y empleador, o los reclamos que se deriven por prestaciones laborales pendientes. Esto, por cuanto el legislador laboral ha dispuesto mecanismos específicos de defensa judicial idóneos y eficaces para tramitar este tipo de demandas.

Así por ejemplo, en principio la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro

laboral, comoquiera que existen acciones judiciales para lograr tal fin, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación del trabajador. Sin embargo, en determinadas circunstancias la acción constitucional desplaza el mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar idóneo y eficaz frente a la situación particular de quien reclama.

En ese orden, la acción de tutela procede como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Así por ejemplo, la Corte ha enumerado los casos en los que el accionante se encuentra en una condición de debilidad manifiesta o es un sujeto protegido por el derecho a la estabilidad laboral reforzada, como las mujeres en estado de embarazo o lactantes, y las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas.

La procedencia principal de la tutela en estos asuntos, se ha justificado dado que, si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter preferente o sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral.³³

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el mecanismo ordinario puede resultar ineficaz para salvaguardar un derecho fundamental, dada su complejidad técnica, costos o tiempos de espera. En esa medida, el ejercicio de la acción de tutela no solamente resulta válido sino conveniente, en razón a la celeridad del procedimiento constitucional y a que el juez de tutela está particularmente dispuesto a resolver controversias entre derechos o principios fundamentales; así como a prestar atención al abuso que surja de situaciones de subordinación o indefensión, que en algunas ocasiones pasa inadvertido en un juicio estricto de legalidad.³⁴

De todas formas, aunque el examen de subsidiariedad se lleve con cierta flexibilidad en el caso de sujetos de especial protección constitucional, como por ejemplo, las personas en situación de discapacidad, esto no hace procedente la tutela de forma inmediata.

En efecto, para demostrar que el juicio ordinario resulta inadecuado, y que la vía constitucional es la apropiada para defender de forma definitiva los derechos de un trabajador en situación de discapacidad, es necesario que se valore no sólo su condición

como sujeto de especial protección constitucional, sino que se analicen los pormenores de su situación actual, como que el despido genere la desafiliación del sistema de salud a pesar de la necesidad de ser atendido o que la falta de ingresos afecte su mínimo vital. 35

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las relaciones laborales, implican, en principio, la improcedencia de aquella, pues los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos cuando han sido despedidos. No obstante, ante demostradas condiciones de debilidad del peticionario, las acciones ordinarias pueden resultar inidóneas e ineficaces para brindar un remedio integral, motivo por el que la protección procederá de manera definitiva.

9.1. La Sala advierte que en el caso objeto de estudio, la peticionaria es sujeto de especial protección constitucional por encontrarse en situación de discapacidad, dado que fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 61%. Además, por ser madre cabeza de familia de dos hijos menores de edad, Ángel Gabriel Sotelo Usma (13 años) y Natalia Sanabria Usma (8 años).

En relación con la protección a las madres cabeza de familia, esta Corporación ha precisado que la acción de tutela resulta procedente para reclamar el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada “no sólo porque se trata de un sujeto especial de protección constitucional, sino porque la posible amenaza de los derechos, se extiende a su núcleo familiar dependiente. Lo anterior, significa que, eventualmente, existe la posibilidad de que se configure un perjuicio grave por el hecho del despido, pues las personas a su cargo quedan totalmente desprotegidas y en un estado de indefensión inminente; lo cual hace procedente solicitar protección a través de la acción de tutela.³⁶

Aunado a lo anterior, de las pruebas que obran en el expediente, se observa que la situación económica de la accionante es apremiante, pues la fuente de ingresos con la que cuenta no asegura su mínimo vital ni el de su núcleo familiar. En esa medida, para su caso particular la prolongación del procedimiento ordinario afectaría desproporcionadamente el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En ese sentido, la Sala encuentra que el medio ordinario en el caso de la accionante es inadecuado e ineficaz. Lo expuesto se basa en que la accionante es una persona en situación

de vulnerabilidad manifiesta, comoquiera que su situación de discapacidad la enfrenta con diversas barreras sociales que le impiden el acceso a los diversos sistemas de la sociedad que están a disposición de los demás ciudadanos. Además, es madre cabeza de familia y la única fuente de ingresos con que cuenta, proveniente de la mesada pensional que corresponde a un salario mínimo mensual vigente, no le es suficiente para suplir sus necesidades básicas y las de sus hijos menores de edad.

Una vez superado el análisis de procedibilidad, la Sala pasará a realizar una breve referencia en torno a los conceptos de discapacidad e invalidez.

ii) Breve referencia en relación con los conceptos de “discapacidad” e “invalidez”

10. En el caso analizado se encuentra que la compañía accionada afirma que dado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la actora y el reconocimiento que se le otorgó de una pensión de invalidez, ella se encuentra médica y legalmente inhabilitada para desempeñarse laboralmente. En esa dirección, esta Corporación considera pertinente realizar un acercamiento a los conceptos de “discapacidad” e “invalidez”.

11. En el año 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009³⁷, la cual reforzó la transformación de dos paradigmas en relación con el concepto de discapacidad. Veamos: i) que la discapacidad no debe ser entendida como una enfermedad y ii) que comprende mucho más que un tratamiento médico de habilitación y rehabilitación³⁸.

El artículo 1° del referido instrumento internacional, que integra el bloque de constitucionalidad, precisó los elementos que delimitan el concepto de discapacidad, así: “...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas 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...”.

Es pertinente aclarar que la CDPD no señala de manera expresa lo que debe entenderse por discapacidad, toda vez que reconoce que la misma no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona

con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.³⁹

12. En ese sentido, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y los Estados de Salud (CIF)⁴⁰, considera la discapacidad como “un término genérico que engloba las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones para la participación; y que indica los aspectos negativos de la interacción entre el individuo y el contexto”.

13. En resumen, la discapacidad va más allá de un problema de salud individual y no se traduce en una desventaja. En efecto, es la situación que rodea a la persona y la falta de oportunidades lo que genera tal condición. Por tanto, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social.⁴¹

14. Por ejemplo, frente a las personas con discapacidad psíquica o mental, la Organización Mundial de la Salud en el informe sobre la salud en el mundo (2001) “Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas”, indicó que el enfoque de atención a las personas que tienen algún tipo de trastorno mental ha cambiado de paradigma, pues anteriormente eran tratadas sólo como pacientes y cuando presentaban alguna alteración en su conducta eran aisladas de la sociedad mediante su hospitalización.

No obstante, en la actualidad se ha propendido por su integración en la comunidad debido, principalmente, a los siguientes factores: (i) progreso de la psicofarmacología; (ii) movimientos de derechos humanos en defensa de las personas con trastornos mentales; y (iii) la definición de salud de la OMS que incluyó dentro de su contenido el componente social y mental⁴².

En ese sentido, el modelo social de la discapacidad, en especial, respecto de las personas con trastornos mentales, se enfoca en brindar a dicho grupo poblacional la posibilidad de desarrollarse al máximo desde el punto de vista funcional y con independencia en la comunidad, pero sobre todo de potenciar sus capacidades individuales e introducir cambios en el entorno, para que puedan acceder al sistema educativo, encontrar empleo, entre otras prácticas que los dignifican e integran a la sociedad.

15. Por otra parte, no debe confundirse la situación de discapacidad con la invalidez. En el

marco de las normas relacionadas con el sistema de seguridad social, la invalidez está atada al reconocimiento de una prestación que se otorga a las personas que cumplen con los requisitos exigidos en la ley, como por ejemplo, contar con una pérdida de capacidad laboral del 50% o superior a este.⁴³

En esa medida, el que exista la posibilidad de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez no significa que la persona con discapacidad, incluso con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 50% o más, no cuente con otras competencias y aptitudes para desarrollar actividades productivas que le permitan afirmar su dignidad, acceder a una fuente de ingresos complementaria y contribuir con la economía nacional.

16. Para ilustrar lo anterior, es pertinente referirse a dos casos en los que la Corte ha considerado que la situación de discapacidad no es sinónimo de invalidez y, por el contrario, aun cuando exista una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no implica que la persona no pueda desarrollar un trabajo de acuerdo con sus competencias e intereses.

17. En ejercicio del control judicial abstracto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-072 de 2003⁴⁴, estudió la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 361 de 1997, el cual consagra que el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, no implica la pérdida ni la suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

El demandante señalaba que la norma referida violaba el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social, pues no resultaba lógico que si estas personas ingresaban al servicio público o privado continuaran con la asignación de la mesada pensional.

18. Por otro lado, mediante Sentencia T-770 de 2012⁴⁵, la Sala Séptima de Revisión analizó la solicitud de un ciudadano que interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo al emitir una resolución que decretó su retiro del servicio activo por haber sobrepasado la edad correspondiente a su cargo y no cumplir con el requisito de aptitud psicofísica para ser ascendido. Lo anterior, por cuanto reportaba una disminución de capacidad laboral del 100% por pérdida total de la visión.

Sin embargo, de la situación fáctica pudo constatarse que, aunque la pérdida de capacidad laboral referida fue decretada en el año 2009, el peticionario continuó con la prestación de sus servicios en la Armada Nacional. En esa medida, ante la notificación de su desvinculación de la entidad accionada, el actor consideró que la decisión iba en contra de su rehabilitación integral porque se encontraba en capacidad de poner al servicio de la institución su conocimiento en el área de desarrollo de software y electrónica.

Para resolver este asunto, la Sala sostuvo que a pesar de que el actor reunía los requisitos legales para acceder a la prestación económica de invalidez, también se encontraba acreditado que contaba con la capacidad de ejercer una actividad productiva –además era su deseo desarrollarla–, situación que la institución debió analizar antes de ordenar su retiro.

Así, la Corte consideró que, con el retiro del accionante se incurrió en el desconocimiento del derecho a la igualdad y el principio de integración laboral de las personas con discapacidad, el cual va más allá de la posibilidad de que este grupo poblacional pueda tener ingresos económicos, pues implica que logren desarrollarse en el ámbito laboral y se sientan útiles para los que los rodean. Por las anteriores razones, la Sala dejó sin efecto la resolución y ordenó el reintegro del accionante al cargo que ocupaba.

19. Con fundamento en todo lo anterior, se concluye que (i) el concepto de discapacidad se origina en un conjunto de barreras contextuales, que dificultan la inclusión y participación de las personas con discapacidad en la sociedad; (ii) el concepto de “invalidez” se utiliza en el campo de la seguridad social para referirse a la prestación económica que le es reconocida a las personas que acrediten el cumplimiento de los requisitos legales, dentro de los cuales se encuentra la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%; (iii) no obstante, la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% no es sinónimo de invalidez, pues en muchas circunstancias el otorgamiento de la referida mesada pensional no elimina la posibilidad de ejercer una actividad productiva.

Definidos los conceptos de “discapacidad” e “invalidez”, la Sala pasará a pronunciarse sobre la importancia del derecho a la integración laboral de las personas en condición de discapacidad.

iii) El derecho a la integración laboral de las personas en condición de discapacidad

20. El trabajo no sólo significa la posibilidad de obtener un salario para el sustento de las necesidades básicas, sino también es el principal mecanismo de inclusión social, por medio del cual las personas afirman su identidad y desarrollan su existencia conforme a la dignidad humana.

21. Para las personas con discapacidad (en adelante PCD), el empleo fomenta la autonomía, autoestima y realización profesional, además de aportar beneficios para toda la comunidad, ya que promueve la cohesión social y permite aprovechar el capital humano. No obstante, los prejuicios, los estigmas y las barreras de diferente naturaleza a las que se enfrentan las personas con discapacidad para acceder a un empleo son numerosos. Todo ello, origina que un gran número de las PCD estén desempleadas, lo que aumenta su riesgo de caer en la pobreza.

22. En un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes⁴⁶, sobre las barreras y discriminación de las PCD en el mercado laboral de nuestro país, se encontró que la percepción de pobreza en los hogares de personas con discapacidad es mucho más alta que para el resto de las familias.

Además, se identificó la existencia de obstáculos socioeconómicos, físicos y legales para la inserción de las PCD al mercado laboral. Pero incluso se comprobó que cuando se superan estas barreras, surgen otras que dificultan su permanencia en los puestos de trabajo que consiguen.

De acuerdo con la investigación realizada, un primer tipo de obstáculo consiste en la percepción de empleadores y empleados sobre la discapacidad y sus efectos. Según los entrevistados, la mayoría de estas percepciones provienen del desconocimiento, la ignorancia, el rechazo o el temor a la discapacidad, hasta crear un conjunto de creencias sobre las características, causas, efectos y consecuencias de la misma. Estos imaginarios atraviesan materias como los riesgos de productividad, el daño a la imagen empresarial, y un supuesto mayor nivel de ausentismo a causa de las incapacidades médicas.

Asimismo, se expuso que “muchas personas con discapacidad en edad de trabajar se encuentran fuera del mercado de trabajo engrosando las listas de pobreza en Colombia, y la mayoría terminan confinadas en sus casas o sobreviviendo en el mercado laboral informal.”⁴⁷

23. Lo anterior, demuestra que debe avanzarse en esfuerzos de sensibilización y promoción de las capacidades de este grupo humano, seriamente afectado por la ausencia de oportunidades laborales. Al respecto, es pertinente traer a colación, una publicación de la Oficina Internacional del Trabajo sobre el derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades⁴⁸, en la que textualmente se indicó siguiente:

“Cuando se han brindado a las personas con discapacidades oportunidades de trabajar en puestos que se adapten a sus competencias, intereses y aptitudes, muchas han puesto de manifiesto su valía como empleados y empresarios de éxito y, al mismo tiempo, han demostrado que eran erróneos los prejuicios acerca de su capacidad de trabajo. Como consecuencia, los países de todo el mundo reconocen cada vez más que las personas con discapacidades representan un enorme potencial a menudo desaprovechado; que tienen una valiosa contribución que aportar a la economía nacional; que su empleo conlleva un recorte en los gastos por prestaciones por discapacidad y puede reducir la pobreza y que hace falta una acción mancomunada para destruir las barreras que impiden que muchas personas con discapacidades puedan participar en la economía y la sociedad.”

24. Asimismo, en el Manual de la Organización de Naciones Unidas para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las PCD denominado “De la exclusión a la igualdad”, se destacó que, de acuerdo con estudios empíricos las personas con discapacidad reciben calificaciones altas por su desempeño en el trabajo y tienen elevadas tasas de retención del empleo, y mejores historiales de asistencia que sus compañeros sin discapacidad. Además, el costo de adaptarse a los trabajadores con discapacidad es muchas veces mínimo, y en la mayoría de los casos no requiere ningún ajuste especial. Los estudios han demostrado que hay otros beneficios que perciben los que dan empleo a personas con discapacidad, entre ellos una mejor moral del personal y mejor disposición de la clientela hacia la empresa.⁴⁹

25. Ahora bien, para aunar esfuerzos y voluntades en relación con la protección del derecho al trabajo de las PCD, el Estado colombiano a través de distintos instrumentos internacionales, se ha comprometido a la eliminación de la discriminación por motivos de discapacidad y a la promoción de la inclusión laboral de las PCD.

26. Conforme al Convenio 159 de la OIT⁵⁰ sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad, los Estados se obligan a posibilitar la readaptación profesional de

este grupo poblacional, lo cual conlleva a que la persona obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración de esta persona en la sociedad.

En este orden de ideas, corresponde a los Estados formular, aplicar y revisar periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de PCD, la cual se debe basar en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores en general.

27. Así mismo, en el ámbito americano cabe destacar la expedición de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, e incorporada al derecho interno por la Ley 762 de 2002.

En esta Convención se consagra que los Estados deben adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración.

28. Especial relevancia reviste la Convención referida en el capítulo anterior, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009.

De acuerdo con el artículo 27 de la Convención, los Estados reconocen el derecho de las PCD a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en el mercado y en un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible a las PCD.

Además, los Estados salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, a través de la adopción de medidas que prohíban la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables.

Asimismo, los Estados emplearán a PCD en el sector público y promoverán su empleo en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas.

Conforme a los principios de la Convención, dentro de los cuales se encuentran la no discriminación y la igualdad de oportunidades, los Estados también se obligan a adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, con el fin de acelerar o lograr la igualdad de hecho de las PCD.

La expresión “ajustes razonables” se conoce como la obligación de dar facilidades, adaptarse o tomar medidas, o de efectuar modificaciones efectivas o adecuadas, tales como, efectuar adaptaciones en la organización de un ambiente de trabajo, a fin de eliminar los obstáculos que impidan a una PCD participar en una actividad o recibir servicios en igualdad de condiciones con las demás. En el caso del empleo, esto podría significar modificaciones materiales de los locales, adquirir o modificar equipos, ofrecer un lector o intérprete o la capacitación o supervisión pertinentes, adaptar los procedimientos de examen de ingreso o evaluación, modificar las horas de trabajo normales.⁵¹

Para ilustrar lo anterior, si un empleado sufre un accidente, ya sea en el puesto de trabajo o fuera de éste, que dé por resultado una incapacidad física que obligue a ese empleado a utilizar desde ese momento una silla de ruedas, el empleador tiene la obligación de proporcionar rampas y pasillos sin obstáculos, de manera que esa persona pueda laborar como empleado activo.

No obstante, los ajustes que el empleador debe realizar no son ilimitados; tan sólo deben ser “razonables”. Por ejemplo, una remodelación desproporcionadamente costosa del lugar de trabajo no es obligatoria, especialmente si la empresa es pequeña o sus instalaciones no pueden modificarse fácilmente.⁵²

29. De conformidad con la reseña sobre los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan el derecho al trabajo de las PCD, es evidente que (i) el trabajo es un derecho de trascendental importancia para la realización plena del ser humano. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de garantizar que todos, en consideración de sus posibilidades, vean protegido este derecho y, (ii) la garantía del derecho al trabajo de las PCD está estrechamente ligada al derecho a la igualdad en su dimensión material, por cuanto requiere

la implementación de medidas que propicien la plena integración de las personas con discapacidad, su rehabilitación vocacional y profesional, el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo.

30. En el ámbito interno, la Constitución Política de 1991 consagra en múltiples disposiciones –artículos 13, 47, 54 y 68- la especial protección que gozan las PCD, y la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de referirse ampliamente al tema de la protección de los derechos de este grupo poblacional.

En este sentido, el artículo 13 Superior establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. De este artículo se deriva la obligación del Estado y las autoridades de adoptar medidas afirmativas para evitar la discriminación y garantizar la igualdad real y efectiva de las PCD⁵³.

En materia laboral, el artículo 54 de la Carta Política consagra que “El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.” De esta disposición se infiere una obligación clara y expresa del Estado de propender por la inserción y ubicación laboral de las PCD, la cual debe darse en un ámbito laboral en condiciones adecuadas y acordes con el tipo y grado de discapacidad.

31. En el ámbito legislativo interno, cabe destacar la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

En ese sentido, el artículo 4° establece la obligación ineludible del Estado de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de las PCD. Entre los objetivos de tal protección está la integración laboral. Por su parte, el artículo 22 establece que el Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las PCD.

A su vez, el artículo 26 estipula para el empleador la prohibición de despedir o terminar los contratos de trabajo en razón de la discapacidad que sufra el trabajador, salvo que medie

autorización de la oficina del trabajo. Según la disposición, quienes procedan en forma contraria a ella, estarán obligados al pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo.

Este requisito consiste en que el Inspector del Trabajo tiene el deber de autorizar o no el despido del trabajador. De esa manera, debe analizar si existe la justa causa alegada por el empleador o si tal decisión resolutoria obedece a la condición de discapacidad del empleado. En esa medida, el permiso no es una mera formalidad puesto que se estableció con el fin de que la autoridad verifique que cuando el empleador despide a un trabajador con discapacidad no vulnere los derechos de esa persona que cuenta con especial protección constitucional.

Al respecto, la Sentencia C-531 de 200054 señaló que, la autorización de la Oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional, y para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

Al estudiarse en la referida sentencia la constitucionalidad del artículo 26, la Corte declaró su exequibilidad, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su discapacidad, sin la autorización de la Oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.

Además, esta Corporación ha precisado que el Ministerio del Trabajo tiene la obligación de pronunciarse respecto de las autorizaciones de despido que le sean presentadas⁵⁵, pues omitir dicho deber vacía el contenido del derecho a la estabilidad laboral reforzada y aumenta el estado de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores con discapacidades.

En síntesis: (i) no procede el despido de una persona en situación de discapacidad sin que exista autorización del Ministerio de Trabajo, (ii) cuando el empleador alega justa causa, el

Ministerio debe verificar si la causal alegada es justa o no, esto con la finalidad de proteger al trabajador que se encuentra en situación de discapacidad, y (iii) aun cuando se reconozca la indemnización, no procede el despido sin previa autorización⁵⁶.

32. De otro lado, la Ley 789 de 2002 “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, consagra beneficios para los empleadores que vinculen personas con disminución de su capacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%).

Lo anterior encuentra un claro fundamento en la Responsabilidad Social Empresarial (artículo 333 Superior), según la cual la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y su actividad debe ser un instrumento de mejora social y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de construcción social. ⁵⁷

33. Por último, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, contempla medidas para garantizar el derecho al trabajo de la población con discapacidad. A este respecto, establece en el artículo 13 que el Ministerio de Salud y Protección Social deberá desarrollar planes y programas de inclusión laboral y generación de ingresos flexibles para las personas que por su discapacidad severa o discapacidad múltiple, no puedan ser fácilmente incluidas en el mercado laboral, o vinculados en sistemas de producción rentables o empleos regulares.

34. Ahora bien, en relación con la jurisprudencia sobre el tema de la discapacidad y su incidencia en el ámbito del trabajo, esta Corporación ha reiterado que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos de que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable respecto de las funciones esenciales del cargo que se va a desempeñar⁵⁸.

De la misma forma, la jurisprudencia ha afirmado de manera indiscutible que a las personas con discapacidad no se les puede negar, condicionar o restringir el acceso a un puesto trabajo – público o privado – o la obtención de una licencia para ejercer cualquier cargo, con fundamento en la discapacidad respectiva, a menos que se demuestre que la función que se encuentra afectada o disminuida resulta imprescindible para las labores esenciales del cargo o empleo respectivo.

Asimismo, a las personas que se encuentran pensionadas por invalidez tampoco se les puede restringir el acceso a un puesto trabajo, ya que aun cuando exista una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no implica que la persona no pueda desarrollar una actividad productiva, de acuerdo con sus competencias. Así lo reconoció esta Corporación en la Sentencia C-072 de 200359, al estudiar la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 361 de 1997, el cual consagra que el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, no implica la pérdida ni la suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

En esa medida, resulta inconstitucional la norma o actuación que impida el acceso al cargo respectivo de personas (i) cuya situación de discapacidad no está demostrada como incompatible con las funciones esenciales a desempeñar; (ii) que tienen discapacidades incompatibles con las funciones accidentales accesorias o delegables del cargo, pero compatibles con las funciones esenciales; (iii) que podrían desempeñar adecuadamente las funciones del respectivo cargo o empleo si se adoptaran adecuaciones laborales razonables.⁶⁰

Bajo esa perspectiva, esta Corporación ha considerado que para efectos laborales, el empleador debe asignarle al trabajador con discapacidad funciones acordes con su limitación o trasladarlo a otro cargo, siempre y cuando la discapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni suponga un riesgo para su integridad personal.⁶¹

En todo caso, la Corte ha reconocido que, en algunos casos, la disminución de la capacidad puede ser de tal envergadura que conlleve la terminación del contrato de trabajo “en virtud de la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada”⁶².

Sobre este particular, ha señalado que existen distintas formas de discapacidad y, en algunos casos el grado de la misma puede impedirle a la persona continuar su desempeño laboral o concurrir al mercado abierto de trabajo para obtener una ocupación. En este último supuesto las medidas más habituales de protección a las personas con discapacidad “encuentran un límite, ya que están concebidas para facilitar la incorporación laboral de personas con una afectación menos severa y quedan descartadas cuando se comprueba que la invalidez le impide a la persona cumplir cometidos de índole laboral y que, por lo tanto, es indispensable pensar en otras formas de protección del ingreso económico y de la integridad física y síquica

de la persona con discapacidad”⁶³.

35. Del recuento normativo y jurisprudencial sobre el derecho a la integración laboral y al trabajo de las personas con discapacidad, se observa que se han abierto caminos importantes en la lucha contra la discriminación y la promoción de la inclusión.

Sin embargo, la práctica demuestra que aún existe un medio social indiferente a la suerte de las personas con discapacidad, donde se les discrimina y se vulneran sus derechos fundamentales. En esa medida, la labor del juez constitucional es fundamental, por cuanto son ellos los que están en capacidad de asegurar que ese conjunto de normas nacionales e internacionales sean debidamente aplicadas y de esa manera se disminuya la distancia entre lo reconocido y la aplicación efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Precisadas las normas nacionales e internacionales y la jurisprudencia en relación con la importancia de la integración laboral de las personas con discapacidad, la Sala pasará analizar si existe una obligación relativa de entregar información sin requerimiento expreso al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad.

iv. Obligación relativa de entregar información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad

36. En relación con la obligación de entregar información al empleador sobre las condiciones de salud en las que se encuentra el aspirante o el trabajador, la Corte ha analizado diferentes asuntos.

37. Para el caso de las personas que padecen el virus de VIH/SIDA, el Decreto 780 de 2016, - Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social-, señala que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de afectados por el virus de VIH⁶⁴.

No obstante, dicho Decreto estipula que si el empleado decide comunicar su afección al empleador, éste debe brindarle las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad y reubicarlo en caso de ser necesario.

De igual manera, esta Corporación ha considerado que el trabajador, tanto al inicio de la relación laboral como en el transcurso de la misma, no está obligado a divulgar el referido

hecho. Así lo ha reconocido en múltiples pronunciamientos, entre los cuales cabe destacar la Sentencia T-628 de 201265, mediante el cual precisó que el ser portador del VIH o de enfermo de SIDA pertenece a la esfera íntima o privada pues, al menos en principio, a la sociedad no le asiste ningún interés legítimo para conocer esta información y su divulgación podría, además, activar las conductas discriminatorias que usualmente sufren estas personas.⁶⁶

38. En esa misma línea, este Tribunal también ha condenado la práctica de ciertos empleadores de exigir pruebas de embarazo como condición para el ingreso o la estabilidad en el empleo, por considerar tal actuación violatoria de los derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1002 de 199967, la Corte precisó que la exigencia de pruebas de embarazo por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina de la misma, expone a las mujeres a una forzada escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad. Además, es una conducta reprochable que implica la vulneración de los derechos a la intimidad de la empleada, del libre desarrollo de su personalidad y su derecho al trabajo.

En efecto, el empleador sólo puede ordenar la prueba de embarazo, cuando se trate de empleos en los que existan riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el normal desarrollo de la gestación.

En la referida providencia, la Corte estudió el caso de una persona que en la entrevista de trabajo para obtener el empleo de -asistente de poda- ocultó que padecía diabetes y quien, a pesar de haber cumplido adecuadamente con sus labores, en el transcurso de la relación laboral sufrió unos desmayos que revelaron dicha condición a su empleador. En ese momento el empleador decidió dar por terminada la relación laboral, debido al ocultamiento de ese padecimiento.

El accionante alegó que al momento de su vinculación no informó sobre su enfermedad de diabetes, porque este hecho le había impedido encontrar trabajo en el pasado y siempre que comunicaba era rechazado inmediatamente en los procesos de selección. En consecuencia, el actor interpuso acción de tutela y solicitó ser reintegrado a su trabajo.

Al resolver dicha cuestión, la Corte sostuvo que la persona enferma de diabetes no está en la obligación de entregar información al empleador acerca de su enfermedad, a menos que la misma sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

En esa misma sentencia, esta Corporación expresó que la carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la diabetes, no puede recaer exclusivamente en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera la enfermedad de diabetes incompatible e insuperable en el cargo que se pretende desempeñar, debe consignar éste hecho por escrito y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita.

Para la Corte este procedimiento escrito faculta el control de la decisión de la empresa y contribuye a prevenir posibles discriminaciones, en tanto que permite evaluar el requerimiento de la empresa respecto de las funciones a desarrollar. Todo lo anterior, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Además, para asegurar que la no selección de una persona que padece diabetes no se deba a prejuicios no fundamentados sobre dicha dolencia.

Asimismo, esta Corporación sostuvo que en una entrevista de trabajo, las preguntas encaminadas a obtener información relevante, deben enfocarse en las necesidades del cargo a desempeñar. Por lo tanto, las preguntas que no guardan relación alguna con el cargo, se interpretan como posibles indicios de discriminación laboral, y en todo caso, no obligan al aspirante o trabajador a responderlas.

En efecto, la Corte precisó que para evitar actuaciones discriminatorias, el trabajador sólo está en la obligación de informar al empleador sobre su dolencia, en el momento en que advierta o le sea puesto de presente, por escrito, que esta dolencia puede resultar claramente incompatible e insuperable con el cargo que viene desempeñando o que va desempeñar.

En todo caso, advirtió que para proteger el derecho a la intimidad del trabajador, la información obtenida respecto de la condición particular del aspirante al empleo, debe permanecer en archivos médicos separados y debe ser tratada con estricta confidencialidad.

Al abordar el caso concreto, este Tribunal adujo que el trabajador no estaba en la obligación de informar su dolencia en la entrevista realizada por la empresa para seleccionar al trabajador que requería. Además, no se encontraba plenamente demostrada por el empleador la existencia de una incompatibilidad de la diabetes con las funciones que desempeñaba el actor. En consecuencia, la entonces Sala Cuarta de Revisión ordenó reintegrar al demandante.

No obstante, la Corte advirtió que debido a que, no había sido posible descartar en el proceso de tutela que la diabetes del actor resultaba incompatible con el cargo desempeñado, y si la empresa insistía en la incompatibilidad, debía adelantarse el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo del Ministerio de Protección Social, quien en virtud de las reglas antidiscriminación establecidas en la sentencia, podía autorizar el despido del trabajador si se demostraba que la diabetes resultaba claramente incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar.

Por último, precisó que la anterior decisión no significaba que en el futuro el actor no pudiese ser desvinculado por incumplir sus deberes como empleado en los términos establecidos en el Código Sustantivo de Trabajo con las garantías propias del debido proceso.

40. En síntesis, las reglas que pueden extraerse de la jurisprudencia en relación con el deber de informar al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad, son las siguientes:

i. La solicitud de información sobre ciertas enfermedades o condiciones de discapacidad, constituye una práctica ilegítima que vulnera, entre otros, los derechos a la no discriminación y a la intimidad.

i. No constituye justa causa de despido el no haber suministrado información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad. El despido solo será justificado si se ha demostrado que la enfermedad y/o condición de discapacidad sobre la

cual se ocultó información resulta incompatible con el cargo que se va a desempeñar.

i. En la medida en que el reconocimiento de una pensión de invalidez supone la presencia de una situación de discapacidad, el aspirante tampoco está obligado a informar sobre dicha situación al empleador.

i. La carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la enfermedad o condición de discapacidad que se presenta, no puede recaer en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es incompatible con el cargo que se pretende desempeñar, debe fundamentar y consignar por escrito este hecho, y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita.

i. En una entrevista de trabajo, las preguntas encaminadas a obtener información relevante, deben enfocarse en las necesidades del cargo a desempeñar. En esa medida, las preguntas que no guardan relación alguna con el cargo, se interpretan como posibles indicios de discriminación laboral, y en todo caso, no obligan al aspirante o trabajador a responderlas. De igual manera, el examen médico que se realice debe ser consistente con las necesidades de la profesión u oficio que habrá de desempeñar el trabajador.

De lo anterior se desprende como principio básico de la no discriminación en el empleo, que el criterio utilizado para seleccionar empleados debe estar relacionado con el trabajo específico que se va a desarrollar, y que cualquier información que se solicite debe estar directamente relacionada con éste.

Con base a todos los elementos de juicio esbozados, entrará la Corte a estudiar el presente

asunto.

Del caso concreto

41. La señora Ilse Adriana Usma Quevedo, interpuso acción de tutela contra la empresa Convergys Customer Management Colombia S.A.S., al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital. Particularmente, la accionante sostuvo que la vulneración se generó por la decisión de la compañía accionada de terminar unilateralmente su contrato de trabajo en razón de su situación de discapacidad.

La peticionaria fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, razón por la cual fue calificada con PCL del 61% y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo mensual. Asimismo, la mesada pensional que actualmente recibe constituye una fuente económica que no le es suficiente para suplir los gastos básicos de subsistencia de ella y sus hijos menores de edad.

En ese sentido, se vio obligada a buscar empleo y efectivamente, el 21 de septiembre de 2016 celebró contrato laboral a término indefinido con la compañía accionada para ejercer labores como representante de servicio al cliente y ventas. Sin embargo, al tener conocimiento la empresa demandada sobre su pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez, fue despedida con justa causa, toda vez que, durante el proceso de selección y al momento de firmarse el contrato laboral omitió mencionar que se encontraba en situación de discapacidad y pensionada por invalidez.

Específicamente, se invocaron como justas causas legales, en primer lugar, el “engaño” que sufrió el empleador cuando la accionante omitió dar información fundamental en el proceso de selección (numeral 1°, artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo) y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la pensión de invalidez, legitima la terminación del contrato de trabajo (numeral 14, artículo 62 del CST).

Asimismo, la compañía demandada le indicó a la peticionaria que de haber conocido con anterioridad su situación de discapacidad no la habría contratado, pues ella se encontraba inhabilitada para desempeñarse laboralmente. Además, dicha empresa refirió que la discapacidad que padece la accionante es absolutamente incompatible con el cargo a

desempeñar.

Con base en lo anterior, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo solicitó, como medida de restablecimiento de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la igualdad, que se ordenara a la empresa accionada reintegrarla al empleo que desempeñaba.

Para fundamentar la solicitud de reintegro, la accionante adujo que si bien presenta una discapacidad, esto no le impide desempeñar correctamente su trabajo, pues durante el período que laboró con la compañía, su desempeño fue excelente, tanto así que en repetidas ocasiones recibió felicitaciones por sus cualidades y habilidades. Además, refirió que su psiquiatra tratante le indicó que puede laborar sin problema alguno, y que el hecho de encontrarse desempleada y en una situación económica difícil puede ocasionar una desmejora en su estado de salud.

42. Para resolver esta cuestión, la Sala recuerda que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, señala que todo despido de un trabajador en situación de discapacidad debe contar con la autorización previa de la autoridad de trabajo correspondiente, en la medida que sin ese permiso la terminación del contrato laboral será ineficaz, y en consecuencia el empleador deberá reintegrar al empleado y pagar la indemnización de 180 días de salario.

De esta manera, ninguna actuación del empleador torna eficaz el despido de un trabajador en situación de discapacidad si no existe autorización de la autoridad competente. Este requisito es fundamental en razón de que el inspector del trabajo debe valorar si la causa alegada por el empleador es justa o no. Por tanto, el permiso no es una simple formalidad, puesto que se estableció con el fin de que la autoridad administrativa verifique la ausencia de vulneración por parte del empleador de los derechos de una persona en situación de discapacidad que cuenta con especial protección constitucional.

43. En el asunto objeto de estudio, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, razón por la cual fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 61% y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo mensual. En esa medida, la Sala encuentra

comprobado que la accionante es una persona en situación de discapacidad.

En este punto, es importante destacar que, contrario a lo indicado por la empresa accionada, en relación con la supuesta incapacidad de la peticionaria para desempeñarse laboralmente, para la Sala de Revisión es claro que la señora Usma Quevedo lleva en sí un potencial productivo, tanto así que su psiquiatra tratante le indicó que puede laborar sin problema alguno y durante el período que trabajó con la compañía accionada su desempeño fue excelente. Afirmaciones que no fueron desvirtuadas en el trámite de revisión, cuando mediante oficio del 23 de marzo de 2017, se corrió traslado al empleador de la prueba presentada por la peticionaria.

En esa medida, el que exista la posibilidad de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez no significa que la persona con discapacidad, incluso con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 50% o más, no cuente con otras competencias y aptitudes para desarrollar actividades productivas que le permitan afirmar su dignidad, acceder a una fuente de ingresos complementaria y contribuir con la economía nacional.

A su vez, a las personas que se encuentran pensionadas por invalidez no se les puede restringir el acceso a un puesto trabajo, ya que aun cuando exista una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no implica que la persona no pueda desarrollar una actividad productiva, de acuerdo con sus competencias. Así lo reconoció esta Corporación en la Sentencia C-072 de 200369, al estudiar la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 361 de 1997, el cual consagra que el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, no implica la pérdida ni la suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público, tal como no ocurre en el presente asunto.

Asimismo, es preciso señalar que contratar a un empleado que se encuentra pensionado por invalidez, no exime al empleador, ni al mismo trabajador, dependiendo de la modalidad contractual celebrada, de realizar aportes al Sistema de Seguridad Social. Por ejemplo, la Ley 1562 de 2002 “por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”, establece en su artículo 2° que son afiliados al sistema General de Riesgos Laborales, los jubilados o pensionados, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o

como servidores públicos.

45. Por otra parte, es irrefutable que la compañía demandada conocía de la situación de discapacidad de la accionante al momento de la terminación de la relación laboral, pues incluso en la carta de terminación del contrato con justa causa se le informó que de haber conocido con anterioridad su “condición”, la Compañía no habría celebrado el contrato de trabajo, precisamente porque estaba “médica y legalmente inhabilitada para ello.”

46. A su vez, en este proceso se encuentra acreditado que la peticionaria sostuvo un vínculo laboral con la empresa accionada y que, previo a la notificación que Convergys Customer Management Colombia S.A.S. le remitiera sobre la finalización de su relación laboral, no existió autorización del Ministerio de Protección Social.

Esa situación tal vez se explicaría, porque la compañía demandada consideró que al existir justas causas que sustentaran el despido no se requería de ese permiso. Sin embargo, los empleadores bajo ningún pretexto pueden omitir dicha exigencia para la desvinculación de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, pues el inspector del trabajo tiene la obligación de verificar si existe o no justa causa, ya que es su deber velar por la protección de los derechos del trabajador en condiciones especiales.

47. Verificada la existencia de un vínculo laboral que culminó sin la autorización requerida, también es importante en el presente asunto referirse a la conexión entre el despido y la condición de discapacidad de la accionante.

La Sala recuerda que en este escenario debe aplicarse la presunción de despido discriminatorio en favor de la accionante, pues resulta una carga desproporcionada para ella demostrar un hecho que reside en el fuero interno del empleador. De ahí que sea Convergys Customer Management Colombia S.A.S., quien debe demostrar que el despido de la peticionaria se produjo como resultado de una justa causa.

Al respecto, la empresa accionada argumentó que la desvinculación de la peticionaria se originó por dos justas causas legales. En primer lugar, por el “engaño” que sufrió el empleador cuando la accionante omitió dar información fundamental en el proceso de selección (numeral 1°, artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo). En segundo lugar porque constituye una justa causa “el reconocimiento al trabajador de la pensión de

la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa” (numeral 14, artículo 62 del CST).

Estas razones no son de recibo para desvirtuar la presunción de despido discriminatorio. Por el contrario, constituyen evidencias de discriminación, como quiera que son barreras que impactan la vida de una persona con discapacidad y anulan sus perspectivas de integración laboral y de llevar una vida digna.

La primera causal alegada no puede entenderse configurada, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la solicitud de información sobre ciertas enfermedades o condiciones de discapacidad constituye una práctica ilegítima que vulnera, entre otros, los derechos a la no discriminación y a la intimidad.

En esa medida, la accionante no engañó ni omitió entregar datos relevantes en el proceso de selección, pues queda claro que la información sobre su condición de discapacidad y el reconocimiento de la pensión de invalidez hacen parte de su esfera íntima. Además, la necesidad de revelar dicha información por una fundamentada incompatibilidad con el cargo a desempeñar, nunca le fue puesta de presente por la compañía accionada en el proceso de selección.

La segunda justa causal alegada se refiere al “reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa” (numeral 14, artículo 62 del CST). Para la Sala es evidente que dicha causal no resulta aplicable en el caso de la accionante, pues la pensión de invalidez se reconoció tiempo atrás, cuando ella niquiera se encontraba al servicio de dicha compañía.

Además, de conformidad con el citado artículo 33 de la Ley 361 de 1997, el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, no implica la pérdida ni la suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

48. De acuerdo con lo anterior, se comprueba que la empresa accionada (a) despidió a una trabajadora que se encuentra en situación de discapacidad; (b) sin solicitar la autorización del inspector del trabajo; (c) con conocimiento de la situación de discapacidad de la empleada, y (d) sin lograr desvirtuar la presunción de despido discriminatorio que existe a

favor de la trabajadora con discapacidad.

A partir de ello, la Sala concluye que en este caso Convergys Customer Management Colombia S.A.S. vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al mínimo vital de la señora Ilse Adriana Usma Quevedo, cuando decidió desvincularla de manera unilateral por no informar a dicha empresa durante el proceso de selección que presentaba una discapacidad y se encontraba pensionada por invalidez.

Particularmente, con el retiro del accionante se incurrió en el desconocimiento del derecho a la igualdad y el principio de integración laboral de las personas con discapacidad, el cual va más allá de la posibilidad de que este grupo poblacional pueda tener ingresos económicos, pues implica que logren desarrollarse en el ámbito laboral y se sientan útiles para los que los rodean.

Resulta indiscutible que a las personas con discapacidad no se les puede negar, condicionar o restringir el acceso a un puesto trabajo – público o privado – con fundamento en la discapacidad respectiva, a menos que se demuestre que la función que se encuentra afectada o disminuida resulta imprescindible para las labores esenciales del cargo o empleo respectivo.

A partir de ello, si el empleador conoce de la situación de discapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, y considera que configura una incompatibilidad con la labor que el empleado lleva a cabo, debe adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la situación de discapacidad claramente es incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar.

En el presente asunto, el representante legal de la empresa accionada alegó que la situación de discapacidad de la accionante resulta incompatible con el cargo de “representante de servicio al cliente y ventas”. No obstante, esta simple afirmación es insuficiente para justificar el despido de la señora Ilse Adriana Usma Quevedo, pues resulta fundamental que dicha incompatibilidad se encuentre probada y además avalada por el inspector del trabajo.

49. En esa medida, existe el deber, prima facie, de reconocer a la accionante: en primer lugar, la ineficacia del despido laboral; en segundo lugar, el derecho a ser reintegrada a un

cargo que ofrezca condiciones iguales o mejores que las del cargo desempeñado hasta su desvinculación; y en tercer lugar, el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

50. De otra parte, es preciso aclarar que si el empleador insiste en la supuesta incompatibilidad de la situación de discapacidad de la accionante con la labor que desempeñe, deberá adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo del Ministerio de Protección Social, quien podrá autorizar el despido de la trabajadora si se demuestra que la situación de discapacidad es claramente incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2016, por el Juzgado 68 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, que negó el amparo, y en su lugar, CONCEDER el amparo.

Segundo.- ORDENAR a la empresa Convergys Customer Management Colombia S.A.S., que dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a reintegrar a la accionante, a un cargo de iguales o mejores condiciones que aquél que desempeñaba al momento de la finalización del vínculo laboral.

Tercero.- ORDENAR a la empresa Convergys Customer Management Colombia S.A.S., que dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente decisión, le cancele a la actora todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de expedición de esta sentencia y le pague la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ROCIO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 A folio 5 del cuaderno 1 reposa una copia de la cédula de ciudadanía de la accionante, donde consta que su fecha de nacimiento es el 8 de mayo de 1979.

2 En folios 6 y 7 del cuaderno 1 se observa el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la accionante proferido el 13 de enero de 2016 por la Unión Temporal Medicol Salud.

3 A folio 16 del cuaderno 1 reposa una copia del comprobante de pago de la mesada pensional de octubre de 2016, donde consta que recibió la suma de \$642.505.00.

4 A folio 4 del cuaderno 1 obra una copia del certificado de defunción del señor Juan Carlos Sanabria Argote.

5 A folios 8-12 del cuaderno 1 se observa una copia del contrato a término indefinido suscrito el 21 de septiembre de 2016 entre la accionante y la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S.

6 La copia de la carta de terminación del contrato de trabajo se encuentra a folios 14 y 15 del cuaderno 1.

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

8 Folio 2 del cuaderno 1.

9 Folios 18 ibíd.

10 Folios 20-25 ibíd.

11 Folio 20 ibíd.

12 Folio 14 ibíd.

13 Folios 31-95 ibíd.

14 Folios 104-108, cuaderno 1.

15 Folios 13-14, cuaderno Corte.

16 Folios 18-35 ibíd.

17 En folios 20-21 del cuaderno Corte se observa el registro civil de los menores de edad.

19 Folio 19 ibíd.

20 Folios 36 a 75 ib.

21 “Artículo 64. Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General (...).”

22 Sentencia T-463 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

23 Sentencia T-909 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

24 Numerales 1, 2 y 3 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Al respecto ver sentencias T-632 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-655 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-419 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

25 La Corte ha considerado que se trata de un interés que abarca un número plural de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular. Al respecto ver las sentencias T-025 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, T-028 de 1994, M.P.

Vladimiro Naranjo Mesa, T-357 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

26 Sentencia T-909 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

27 Sentencias T-290 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-632 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

28 Sentencia T-909 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

29 Sentencia T-122 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-030 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

30 Sentencias T-800 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T- 436 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas, y T - 108 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T- 859 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas.

32 Sentencias T -328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-736 de 2015, M.P, Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

33 Sobre este asunto consultar la Sentencia T-431 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

34 T-136 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

35 T-431 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

36 T-345 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 Declarada exequible en la Sentencia C-293 del 21 de abril de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

38 Sobre el modelo social de discapacidad ver Sentencia T-933 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

39 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, pár. 133

40 Organización Mundial de la Salud. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud CIF: 2002. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43360/1/9241545445_spa.pdf

41 Discapacidad y derecho al trabajo. César Rodríguez Garavito, Laura Rico Gutiérrez de Piñeres (coordinadores); investigadores: Juan Pablo Mosquera Fernández, Luis Eduardo Pérez Murcia y Edna Yiced Martínez. Bogotá: Defensoría del Pueblo: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2009. Página 18.

42 Informe sobre la salud en el mundo 2001. Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas.

43 Ley 100 de 1993 “ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

44 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

45 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

46 Discapacidad y derecho al trabajo. César Rodríguez Garavito, Laura Rico Gutiérrez de Piñeres (coordinadores); investigadores: Juan Pablo Mosquera Fernández, Luis Eduardo Pérez Murcia y Edna Yiced Martínez. Bogotá: Defensoría del Pueblo: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2009. Página 18.

47 Ibíd. Página 74.

48 OIT. O’ Reilly Arthur. El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

49 Organización de las Naciones Unidas: “De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”. Ginebra: 2007. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>

50 Ratificado por Colombia el 7 diciembre 1989.

51 Sobre el alcance del concepto “ajustes razonables” consultar la publicación “De la

exclusión a la igualdad” de la Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>. Consulta efectuada el 3 de mayo de 2017.

52 Ibíd.

53 Sentencia T-394 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y C-824 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

54 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

55 Sentencia T-313 de 2012 y T-772 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub.

56 Ibídem.

58 Ver Sentencia C-076 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

59 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

60 Sentencia C-076 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

61 Ver Sentencia C-810 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

62 Ibíd.

63 Ibíd.

64 Decreto 780 de 2016: “Artículo 2.8.1.5.6 Situación laboral. Los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes. Parágrafo 1. Quienes decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, este deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral. Parágrafo 2. El hecho de que una persona esté infectada con Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), no será causal de despido sin perjuicio de

que conforme al vínculo laboral, se apliquen disposiciones respectivas relacionadas al reconocimiento la pensión invalidez por pérdida la capacidad laboral.”

65 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

66 En igual sentido ver Sentencias SU- 256 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-295 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-447 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T461 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán, T-513 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa, entre muchas otras.

67 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

68 M.P. Jaime Cordoba Triviño.

69 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.