

Sentencia T-614/17

ACCION DE TUTELA PARA PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre requisitos de procedencia excepcional

EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES-Naturaleza jurídica

Las Empresas de Servicios Temporales, por regla general, ostentan la condición de empleador respecto a los trabajadores en misión; los trabajadores en misión únicamente pueden prestar sus servicios en las Empresas Usuarias por un periodo de 6 meses prorrogable por máximo 6 meses más, sus funciones se pueden contratar (a) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; (b) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; (c) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios; cuando la Empresa Usuaria requiera los servicios del trabajador en misión de manera permanente, debe acudir a otra modalidad de contratación en procura del respeto de los derechos laborales y prestaciones; el incumplimiento del límite temporal puede implicar el desconocimiento de estos derechos ante este escenario se ha reconocido por parte de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que a la Empresa Usuaria le pueden asistir deberes laborales frente al trabajador.

RELACIONES LABORALES EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Definición

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS QUE OCUPAN EMPLEOS DE CARACTER TEMPORAL-Orden a Empresa reintegrar a trabajadora a un cargo donde pueda seguir desempeñando sus labores de acuerdo con las recomendaciones hechas por su médico tratante

Referencia: Expediente T-6.182.102

Demandante:

María Torcoroma Alvernia Lobo

Demandado:

Optimizar Servicios Temporales S.A. En liquidación. Vinculación en trámite: Empresa de Servicios Postales Nacionales 4-72 y Nueva EPS

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Norte de Santander, el 9 de febrero de 2017, mediante el cual declaró improcedente la acción de tutela presentada por la señora María Torcoroma Alvernia Lobo contra la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación y, por ende, revocó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pamplona (Norte de Santander), el 18 de enero de 2017, en la que se había concedido transitoriamente el amparo.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 13 de diciembre de 2016, la señora María Torcoroma Alvernia Lobo presentó acción de tutela contra la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación, con el fin de

que fueran protegidos sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud. Lo anterior, debido a que la empresa terminó unilateralmente su contrato de trabajo sin previo aviso, sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo a pesar de que para la fecha del despido se encontraba incapacitada.

2. Hechos relevantes

2.1. La accionante manifiesta que trabajó para la Empresa Servicios Postales Nacionales S.A., sede Pamplona (Norte de Santander) durante 6 años a través de diferentes empresas de servicios temporales, por medio de contrato por obra o labor determinada. Inicialmente, (i) a través de la Temporal Organización Servicios y Asesorías S.A.S., desde el 18 de marzo de 2010, hasta el 17 de marzo de 2011; (ii) por medio de la Temporal Sertempo Bogotá S.A., desde el 18 de abril de 2011 hasta el 11 de octubre de 2012; y (iii) mediante Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 31 de mayo de 2016.

2.2. Señala que durante la prestación de sus servicios a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. se desempeñó como líder operativo, coordinadora de su puesto de trabajo y asistente de procesos nivel 3, cargos en ejercicio de los cuales desarrollaba funciones correspondientes al giro ordinario de esta empresa.

2.3. El 31 de mayo de 2016 sufrió un accidente cuando se dirigía a su lugar de trabajo, el cual le ocasionó, según su médico tratante, un esguince en su rodilla derecha y, en virtud de ello, le fue prescrita una incapacidad por el término de 25 días. Al día siguiente, 1º de junio de 2016, intentó presentar la constancia de su incapacidad en su oficina, no obstante esta no le fue recibida, se le explicó que por disposición de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. ella, al igual que otros trabajadores en misión, fueron “devueltos” a Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación.

Advierte que puso en conocimiento del Personero Municipal lo ocurrido, quien se hizo presente en la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. y, al constatar lo dicho por la demandante, dejó constancia de ello mediante certificación expedida el 2 de junio de 2016.

2.5. Advierte que la terminación de su contrato de trabajo fue tácita, no se le notificó, tuvo

conocimiento de esta el 1º de junio de 2016 cuando intentó poner en conocimiento de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. que se encontraba incapacitada.

2.6. Aduce que le asiste derecho a la estabilidad laboral reforzada por cuanto al momento en que se terminó su vínculo laboral se encontraba incapacitada y, sin embargo, no se solicitó la autorización del Ministerio de Trabajo para su despido. A lo que agrega que sus problemas de salud continúan por cuanto al terminar su vínculo laboral, los servicios de salud fueron suspendidos y no le fue posible continuar con el tratamiento de su rodilla ni de otros adicionales derivados de dolencias en su mano derecha, ya que, antes de terminar el contrato, también tenía prescrita una “tenosinovitis inflamatoria”.

2.7. Finalmente, pone en conocimiento que es madre cabeza de familia, a cargo de su hija de 24 años de edad, a quien no le ha sido posible ubicarse laboralmente y su nieto, de 2 años de edad, a lo que se suma que tiene pendiente el pago de un crédito hipotecario con el Fondo Nacional del Ahorro, cuyas cuotas, desde que fue desvinculada las viene pagando con créditos adicionales adquiridos con particulares.

3. Pretensiones

La demandante solicita que, por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la salud y, en consecuencia, se ordene primero, el reintegro al trabajo que venía desempeñando o a uno de igual o mayor jerarquía, segundo, el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido, tercero, realizar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, pendientes desde el momento de la desvinculación y hasta cuando se haga efectivo su reintegro laboral y, cuarto, el pago de la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

* Copia de certificados expedidos el 15 de abril de 2010 y 11 de marzo de 2016 por la Organización Servicios y Asesorías S.A.S, en el primero, se deja constancia de que la demandante laboraba como trabajadora en misión a través de esa temporal en la Empresa de Servicios Postales Nacionales. En el segundo, se deja constancia de que la accionante prestó sus servicios como trabajadora en misión, mediante contrato por obra o labor determinada, en el cargo de líder de punto operativo, desde el 18 de marzo de 2010, hasta el 17 de marzo de 2011 (Cuaderno 2, folio 16).

* Copia de certificado emitido el 14 de diciembre de 2011 por la Temporal Sertempo Bogotá S.A., según el cual la demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión, mediante contrato por obra o labor determinada, en el cargo de coordinadora de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., desde el 18 de abril de 2011. Para la fecha en que se expidió el certificado, el contrato estaba vigente (Cuaderno 2, folio 15).

* Copia de certificado librado el 13 de enero de 2017 por la Temporal Optimizar Servicios Temporales S.A., de acuerdo con la cual la tutelante demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión, mediante contrato por obra o labor determinada, en el cargo de asistente de procesos nivel 3, desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 31 de mayo de 2016 (Cuaderno 2, folio 113).

* Acta de entrega de puesto de trabajo, otorgada a ella cuando comenzó a cumplir funciones para la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., en el cual se lee “Modelo estándar de acta de entrega (...). Lugar y fecha de entrega, Pamplona, 31 de marzo de 2010. Intervienen María Torcoroma Alvernia Lobo y María Cristina García Piedrahita. Asunto: Trata de la entrega del cargo jefe de oficina por parte del empleado María Cristina García Piedrahita, al empleado María Torcoroma Alvernia Lobo líder operativa entrante”. Entre las funciones diarias se señaló:

* “Realizar el arqueo de estampillas, maquina flanqueadora y efectivo de las ventanillas de contado, licencia de crédito y franquicia.

* Realizar el recibo de caja correspondiente a la venta de contado; registrar diariamente la venta en el libro de control de caja de producto de la oficina;

- * Realizar la consignación del efectivo en el banco Bancolombia diariamente;
- * Revisar la liquidación de las planillas de licencia de crédito y franquicia diario e ingresarlo al archivo correspondiente magnético;
- * Realizar el movimiento diario financiero;
- * Ingresar los postexpress, notiexpress a la base de datos de contado y crédito diariamente;
- * Auditoria una vez a la semana al proceso de distribución;
- * Registrar el movimiento de las maquinas franquecedoras en las libretas a lapicero;
- * Realizar la auditoria de isolución de admisión;
- * Control de los horarios del personal de la oficina”.

(Cuaderno principal, folios 38 al 47).

- * Copia de carnets de la accionante, en la cual se la identifica como “líder operativo” de la Empresa de Servicios Postales Nacionales (Cuaderno principal, folio 31).
- * Copia de carnet de la accionante, en la cual se la identifica como “coordinadora de oficia” de la Empresa de Servicios Postales Nacionales (Cuaderno principal, folio 32).
- * Copia de correo electrónico enviado el 7 de mayo de 2015 a “pamplona oriente”, con copia a la accionante, en la cual se la identifica a esta como “asistente de procesos nivel 3”, se señala entre sus funciones “recibir franquicia y el crédito: lo admite, le pega la guía y hace el despacho hacia Cucuta”. Seguidamente, se indica “(e)l horario establecido para PDV es de lunes a viernes de 8 a 12 y de 1 a pm” (Cuaderno principal, folio 35).
- * Memorandos enviados a la accionante por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. por medio de oficios y correos electrónicos a través de los cuales le dieron diferentes instrucciones para el ejercicio de sus funciones entre el año 2010 y 2016 (Cuaderno principal,

folios 51 al 127).

* Copia de oficio enviado, el 27 de mayo de 2016, por la Directora de Gestión Humana de la Empresa de Servicios Postales Nacionales a la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., a través del cual le informó lo siguiente: “teniendo en cuenta el oficio radicado en sus instalaciones el 23 de mayo en relación a la devolución de algunos trabajadores, cordialmente me permito informarle que el personal relacionado a continuación no tendrá acceso a la entidad a partir del 01 de junio de 2016, lo anterior con el fin de que el personal sea notificado por parte de ustedes” (resaltado propio). Entre otros se mencionó a la señora María Torcoroma Alvernia Lobo (Cuaderno 2, folio 40).

* Copia de correo electrónico enviado el 1º de junio de 2016 por Luis Eduardo Pulido Gualdron, Profesional de Seguridad de la Regional Oriente de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., a la funcionaria “Fabiola”, en el que se ordena no permitir el ingreso a las instalaciones de esa entidad a la señora María Torcoroma Alvernia Lobo. (Cuaderno 2, folio 39).

* Copia de incapacidad médica ordenada, el 31 de mayo de 2016, a la accionante, por el ortopedista Harold Alonso Villamizar adscrito a la Nueva EPS, quien le diagnosticó a la accionante, entre otros, “contusión y esguince de rodilla derecha” (Cuaderno 2, folios 22 al 23).

* Copia de dos certificados de incapacidad médica emitidos, el 31 de mayo de 2016 y el 14 de junio de 2016, por la Nueva EPS, a nombre de la señora María Torcoroma Alvernia Lobo, el primero, por el término de 15 días (Cuaderno 2, folios 17) y, el segundo, por el término de 10 días (Cuaderno 2, folio 19).

* Copia de la historia clínica de la accionante expedida por la Nueva EPS, conforme con la cual padece “contusión y esguince de rodilla derecha” derivada de accidente acaecido el 31 de mayo de 2016, y la “tenosinovitis inflamatoria mano derecha” prescrita desde julio de 2015, para cuyo tratamiento se le ordenó una cirugía de tendones, pendiente de realización. La última fecha de atención fue el 1º de septiembre de 2016, por la mora en el pago y superación de los 3 meses desde el último pago (Cuaderno 2, folio 19 al 33).

* Copia de certificación emitida por la Nueva EPS el 1º de diciembre de 2016, conforme con

la cual María Torcoroma Alvernia Lobo está suspendida por mora superior a tres meses y se especifica como último periodo cotizado el 1º de junio de 2016 (Cuaderno 2, folio 35).

* Copia de 4 oficios enviados los días 10 de junio, 7 de julio, 23 y 29 de agosto de 2016, por María Torcoroma Alvernia Lobo al señor Freddy Jaramillo, funcionario de la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., en los cuales se solicita brindar una indicación respecto a su situación laboral y, según se anuncia, fueron anexadas sus incapacidades médicas (Cuaderno 2, folios 42 al 55).

* Copia de aviso emitido, el 24 de noviembre de 2016, por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Judicial de la Superintendencia de Sociedades, mediante el cual se puso en conocimiento el proceso de liquidación judicial de la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A., admitido por Auto proferido el 16 de noviembre de 2016 (Cuaderno 2, folio 64).

5. Respuesta de la entidad accionada y de las entidades vinculadas

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil Municipal de Pamplona, que resolvió, mediante Auto del 14 de diciembre de 2016, admitirla y correr traslado a la entidad demandada; posteriormente, mediante Autos del 19 de diciembre de 2016 y del 11 de enero de 2017, vinculó a la Empresa de Servicios Postales Nacionales y a la Nueva EPS. Y, aunado a ello, a través del proveído del 19 de diciembre de 2016, citó para declaración sobre los hechos que motivaron la acción de tutela a la accionante, así como a las señoras Leonor Jaimes Cerveleon e Isabel Patricia Becerra Santos.

5.1. La señora María Claudia Echandía Bautista, en calidad de liquidadora de la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A., en Liquidación, por medio de oficio, presentado el 19 de diciembre de 2016, puso en conocimiento, primero, que la Superintendencia de Sociedades, por medio de audiencia del 16 de noviembre de 2016, ordenó la liquidación judicial de esta empresa, en razón de lo cual, se encuentra imposibilitada para ejercer su objeto social¹ y los actos desarrollados en contravención resultan ineficaces y, segundo, que a partir de la apertura del proceso liquidatorio, se debieron terminar los contratos de trabajo, con el pago de la respectiva indemnización sin que exista autorización administrativa o judicial previa². Lo anterior, con base en el marco jurídico del proceso de liquidación judicial, normas preferentes en este caso, frente a cualquier otra que resulte contraria³. En consecuencia, explicó que si la accionante se consideraba acreedora de una obligación frente a esta

empresa debía solicitar su cumplimiento dentro del proceso liquidatario.

En cualquier caso, respecto a las sumas que no logren a ser canceladas, se solicitó vincular en solidaridad a la sociedad de Servicios Postales Nacionales 4-72, compañía usuaria de los trabajadores en misión, para el pago de prestaciones sociales, indemnizaciones y todos los rubros atinentes a la seguridad social de la accionante, conforme se debe proceder de acuerdo con el Decreto 4369 de 2006. Por último, respecto al estado de salud de la demandante, solicitó que se ordene a la Nueva EPS, suministrar la atención médica requerida y permitir el recobro ya sea al Fosyga o al proceso de liquidación concursal de la accionada.

5.2. La Empresa Servicios Postales Nacionales S.A., mediante escrito remido el 19 de diciembre de 2019, señaló que carece de legitimación en la causa por pasiva y se opuso a las pretensiones, bajo el argumento de que la demandante no es trabajadora de esta entidad, pues se desempeñó como contratista para prestar el servicio temporal de ciertas tareas o actividades, no obstante, la empresa de Servicios Temporales tuvo autonomía para el manejo del personal, en consecuencia, afirmó desconocer “a quienes la empresa contratista retira de su labor en misión”, así como “su estado físico o salud”. Preceptos tras los cuales adujo que no puede presumirse legalmente ninguna relación laboral entre la demandante y esta empresa que permita ordenar el reintegro.

5.3. La Nueva EPS, por medio de escrito presentado el 12 de enero de 2017, solicitó ser desvinculada del proceso, bajo el argumento de que carece de legitimación en la causa por pasiva, en la medida que las pretensiones de la demanda se centraron en los derechos laborales de la accionante.

5.4. Declaración de la señora María Torcoroma Alvernia Lobo presentada ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Pamplona, Norte de Santander, el 11 de enero de 2017

Conforme lo señalado por la actora (i) trabajó para la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. en los cargos de Líder Operativo, Coordinadora del Punto Operativo y Asistente de Procesos Nivel 3, desde el 18 de marzo de 2010 hasta el 31 de mayo de 2016, por intermedio de las empresas de servicios temporales Servicios y Asesorías S.A.S., Sertempo Bogotá S.A. y Optimizar Servicios Temporales S.A.; (ii) el 1º de junio de 2016 se terminó su vínculo laboral, pues desde esa fecha se le impidió el acceso a su puesto de trabajo; (iii) para la fecha en que se terminó el vínculo laboral se encontraba incapacitada,

pues el 31 de mayo de 2016 sufrió una lesión en su rodilla derecha; (iv) cuando intentó presentar su incapacidad en las oficinas de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., el 1º de junio de 2016, estas no le fueron recibidas, motivo por el cual las remitió vía correo certificado y electrónico.

5.5. Declaraciones de las señoras Leonor Jaimes Cerveleon e Isabel Patricia Becerra Santos presentadas el 17 de enero de 2017

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Civil Municipal de Pamplona (Norte de Santander), mediante providencia del 18 de enero de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda al considerar probado que entre la accionante y la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. existía una relación laboral, conforme se desprende del elevado número de años que ella trabajó para esta entidad, práctica que, además, se llevó a cabo en desconocimiento de la naturaleza transitoria de los contratos celebrados mediante las empresas de servicios temporales, ya que la empresa usuaria contrató con empresas de servicios temporales “una trabajadora en misión para que desarrollara labores de carácter permanente, práctica ilegal y abusiva” que repercutió en el desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales.

Situación a la que se suma que quien ordenó la terminación del vínculo laboral fue esta empresa y no la empresa de servicios temporales, según se desprende del oficio enviado por la oficina de gestión humana, el 27 de mayo de 2016, a la temporal (Cuaderno 2, folio 64). En todo caso, no se puede señalar que la demandante fue desvinculada por el proceso de liquidación de la empresa de servicios temporales debido a que la apertura de este no se determinó sino hasta el 16 de noviembre de 2016 y la terminación del vínculo laboral fue el 1º de junio de 2016.

Demostrado el vínculo laboral, explicó que la accionante estaba incapacitada cuando este fue terminado y, sin embargo, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. no siguió el procedimiento determinado por la Ley 361 de 1997 para esta clase de despidos, habida cuenta que no solicitó la autorización a la oficina de trabajo ni realizó el pago de la indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la mencionada ley.

2. Impugnación

2.1. Inconforme, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. impugnó el fallo de primera instancia, por medio de oficio fechado el 19 de enero de 2017, en el cual señaló que no se encuentra demostrado un eventual perjuicio irremediable, por cuanto las incapacidades en virtud de las cuales se pretendió demostrar la estabilidad laboral reforzada de la accionante, fueron temporales y no existe certeza de que se hubieran prorrogado. Por consiguiente, la demandante cuenta con la vía ordinaria para alegar sus pretensiones. Adicionalmente, enfatizó en que esta empresa no tuvo vínculos laborales con la accionante y es Optimizar Servicios Temporales S.A. el verdadero empleador. En consecuencia, adujo, no era a esta empresa a quien le correspondía terminar su vínculo laboral, situación de la que da cuenta, según informa, que esta nunca suscribió un contrato con la accionante.

A lo que agregó que (i) el juez de tutela desconoció que, esta empresa, con base en su oficina de gestión humana, certificó que la accionante nunca había trabajado para esa entidad y solo fue colaboradora de la misma. Después de lo cual aseguró que (ii) el operador judicial de instancia carecía de competencia respecto a la decisión asumida y, aunado a ello, (iii) las pruebas testimoniales no debieron tenerse en cuenta por cuanto no tuvo oportunidad de controvertirlas. Situación a la que se sumó (iv) la ausencia de congruencia entre las pretensiones de la demanda y el fallo de tutela.

2.2. En vista de lo anterior, la accionante, el 25 de enero de 2017, allegó un oficio contradiciendo lo señalado por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., en relación con la supuesta ausencia del vínculo laboral. Al respecto reiteró que había trabajado para esa entidad al menos desde hace 6 años, por intermediación de diferentes temporales, en el transcurso de los cuales incluso recibió felicitaciones por su gestión y le fueron dadas diferentes instrucciones. A su escrito anexó:

* Dos oficios enviados a ella por parte de la entidad en comento, el primero en diciembre de 2010 y, el segundo en agosto de 2013, el primero contiene un agradecimiento por el servicio prestado y, el segundo, un instructivo para el pago de pensionados del servicio de la Policía Nacional, en este último se señala a la accionante como funcionaria con cargo “jefe de oficina Pamplona”.

* Copia de oficio enviado, el 14 de noviembre de 2012 por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. a la demandante, con asunto “confidencial envío de recursos de impuestos para pago de Reteica”

* Copia de acta de entrega de elementos tecnológicos del 4 de febrero de 2015, a la demandante por parte de la Empresa de Servicios Postales Nacionales, quien la menciona en el documento como “Asistente de Procesos Nivel 3”.

* Copia del carnet de trabajo de la accionante en la Empresa de Servicios Postales Nacionales y fotos de sus uniformes de trabajo (Cuaderno 3, folios 4 al 11).

3. Trámite y decisión en segunda instancia

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona (Norte de Santander), conoció del proceso después de la presentación del recurso de apelación. Antes de tomar la decisión decidió citar a una nueva declaración a la accionante, la cual fue realizada el 7 de febrero de 2017.

3.1. Declaración de la señora María Torcoroma Alvernia Lobo

En esta diligencia se informó, además de lo señalado hasta el momento, que (i) la accionante es administradora de empresas con especialización en control interno; (ii) no le ha sido posible vincularse laboralmente debido a su situación de salud; (iii) nunca tuvo contacto con las empresas de servicios temporales por medio de las cuales se vinculó a la Empresa de Servicios Postales Nacionales 472 S.A; Sin embargo, (iv) por instrucción de esta entidad su reclamo lo dirigió a la Temporal Optimizar Servicios Temporales S.A.; (v) destacó que, además de cumplir horario, recibir remuneración e instrucciones del personal de esta entidad para el desarrollo de sus funciones normales, se encargaba de hacer mercadeo consiguiendo contratos para mantener los puntos de servicio y elevar los ingresos, así como del pago de servicios e incluso del cobro de cuentas; (vi) las dolencias en su rodilla derecha por el accidente que padeció persistente, de tal manera que debe permanecer con instrumentos de ortopedia para su cuidado.

3.2. Sentencia de Segunda Instancia

Cumplido lo anterior, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Norte de Santander, por

medio de Sentencia del 9 de febrero de 2017, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente el amparo. Este operador judicial advirtió que si bien, al parecer, la demandante desarrolló funciones al servicio de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. que desatendieron la naturaleza de los contratos en misión, lo cierto es que no se cumple con el requisito de subsidiariedad ni de inmediatez para la procedencia de la tutela.

Lo primero, por cuanto cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para el reclamo de sus derechos y no se avizora un perjuicio irremediable debido a que sus necesidades básicas las “suple con préstamos desde que fue desvinculada del trabajo”. Adicionalmente, manifestó que la incapacidad médica de la demandante no fue prorrogada y sus servicios de salud no fueron suspendidos al momento en que finalizó el contrato de trabajo, pues hasta septiembre de 2016 fue atendida en la Nueva EPS y, aunado a ello, aunque el diagnóstico persiste, puede movilizarse. Lo segundo, esto es, respecto al requisito de inmediatez, señaló que el 31 de mayo de 2016 terminó su vínculo laboral y solo hasta el 13 de diciembre de 2016 cuando presentó la tutela.

III. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN DE TUTELA

1. Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 12 de julio de 2017, en procura de aclarar los elementos facticos que motivaron la tutela y lograr un mejor proveer, solicitó diferentes elementos probatorios a las partes.

1.1. La señora María Torcoroma Alvernia Lobo, por medio de oficio fechado el 31 de julio de 2017, señaló que trabajó ininterrumpidamente para la Empresa Servicios Postales Nacionales S.A. desde el 18 de marzo de 2010 hasta el 31 de mayo de 2016 y reiteró que, por su desvinculación laboral, no cuenta con afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a pesar de que aún padece problemas en su rodilla, los cuales, por ausencia de tratamiento, le están generando molestias en su cadera. A lo que agregó que persiste el dolor en su mano derecha, respecto a la cual está pendiente una operación de tendones y que por su situación socioeconómica padece depresión. Aclaró que aún no ha sido valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. A su escrito adjuntó:

* Acta de entrega de puesto de trabajo, otorgada a ella cuando comenzó a cumplir funciones para la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., en el cual se lee “Modelo estándar de acta de entrega (...). Lugar y fecha de entrega, Pamplona, 31 de marzo de 2010. Intervienen María Torcoroma Alvernia Lobo y María Cristina García Piedrahita. Asunto: Trata de la entrega del cargo jefe de oficina por parte del empleado María Cristina García Piedrahita, al empleado María Torcoroma Alvernia Lobo líder operativa entrante”. Entre las funciones diarias se señaló:

* Realizar el recibo de caja correspondiente a la venta de contado; registrar diariamente la venta en el libro de control de caja de producto de la oficina;

* Realizar la consignación del efectivo en el banco Bancolombia diariamente;

* Revisar la liquidación de las planillas de licencia de crédito y franquicia diario e ingresarlo al archivo correspondiente magnético;

* Realizar el movimiento diario financiero;

* Ingresar los postexpress, notiexpress a la base de datos de contado y crédito diariamente;

* Auditoria una vez a la semana al proceso de distribución;

* Registrar el movimiento de las maquinas franqueadoras en las libretas a lapicero;

* Realizar la auditoria de isolución de admisión;

* Control de los horarios del personal de la oficina”.

(Cuaderno principal, 38 al 47).

* Memorandos enviados a la accionante por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A.

por medio de oficios y correos electrónicos a través de los cuales le dieron diferentes instrucciones para el ejercicio de sus funciones entre el año 2010 y 2016 (Cuaderno principal, folios 51 al 127).

* Declaración juramentada presentada ante notario por la señora Torcoroma Peñaranda Gómez, el 31 de julio de 2017, ante la Notaría Segunda del Circulo de Pamplona, por medio del cual pone en conocimiento que conoce a la accionante por los servicios prestado en la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. y, en este momento, le adeuda \$9.000.000 (Cuaderno principal, folio 151).

* Copia de recibo enviado por el Fondo Nacional del Ahorro a la accionante el 5 de julio de 2017, en el cual se señala como cuota de pago \$709.785 por el crédito de vivienda (Cuaderno principal, folio 180).

1.2. La Nueva EPS, por medio de oficio presentado el 1º de agosto de 2017, puso en conocimiento que la accionante se encuentra “suspendida y retirada por mora mayor a 3 meses”, y certificó que el último pago registrado a esa EPS fue en el mes de junio de 2016 (Cuaderno principal, folio 180 al 183).

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de la Sala Cuarta de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Bajo los elementos aducidos, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la empresa usuaria, Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., y la empresa de servicios temporales, Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación, vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, la seguridad social y a la salud de la señora María Torcoroma Alvernia Lobo, quien fue desvinculada laboralmente sin autorización del Ministerio de Trabajo a pesar de que para entonces se

encontraba incapacitada.

En procura de responder este cuestionamiento, se estudiarán los temas siguientes: (i) procedencia de la acción de tutela para el reintegro y pago de prestaciones sociales; (ii) el régimen jurídico de las empresas de servicios temporales, los trabajadores en misión y las empresas usuarias. Reiteración de jurisprudencia; (iii) principio de primacía de la realidad sobre las formas; (iv) estabilidad laboral reforzada; y, finalmente, se estudiará el (v) caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación por activa:

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. En este sentido, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece lo siguiente: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos (...)”. En el presente caso, la tutela fue presentada por la señora María Torcoroma Alvernia Lobo en nombre propio en procura de lograr la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, la seguridad social y a la salud, los cuales considera vulnerados. En consecuencia, se encuentra legitimada para actuar.

3.2. Legitimación por pasiva:

La acción de tutela, conforme con el artículo 86 Superior, procede contra toda autoridad pública que amenace o vulnere un derecho fundamental y contra los particulares cuando (i) se encuentren a cargo o presten el servicio público de salud; (ii) afecten grave y directamente un interés colectivo; o (iii) respecto de los cuales exista un estado de subordinación o indefensión, conforme con esta disposición y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numerales 3º, 4º y 9º.

La entidad demandada, Optimizar Servicios Temporales S.A. y las empresas vinculadas Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. y la Nueva EPS, se encuentran legitimadas para actuar por cuanto se les acusa de haber incurrido en la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante. Particularmente, Optimizar Servicios Temporales S.A. es la empresa de servicios temporales con la cual la accionante firmó el último contrato de trabajo, en virtud del cual prestó sus servicios a la empresa usuaria. De acuerdo con la Ley 50 de 1990, en este tipo de casos, la empresa de servicios temporales es el empleador. Por consiguiente, en principio, esta entidad tiene obligaciones laborales con la demandante, las cuales se reclaman mediante la demanda constitucional.

Igual deber le asiste a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. Esta empresa fue vinculada por el Juez de Primera Instancia porque, según puso en conocimiento la accionante, primero, esta trabajó a su servicio a lo largo de 6 años mediante contratos firmados con diferentes empresas de servicios temporales y, segundo, fue por discreción de tal entidad que se terminó su vínculo laboral, a pesar de que estaba incapacitada para entonces, 1º de junio de 2016. Situación que evidencia que, eventualmente, le asiste a esta empresa usuaria responsabilidad frente a los derechos laborales de la demandante por ser quien dio instrucciones para el desarrollo de funciones, se benefició de su trabajo y, al final decidió, según se alega, sobre la terminación del vínculo laboral. Es decir, conforme con lo alegado en el libelo, la accionante se encontraba frente a esta en condición de subordinación, lo que la legitima para actuar en el presente proceso.

Bajo ese entendido, a pesar de que no se presentó la demanda en su contra, ni se solicitó su vinculación, era deber del juez garantizar la correcta conformación del contradictorio y su ejercicio de defensa y contradicción. Se recuerda que el juez constitucional tiene el deber oficioso de vincular a las partes y terceros interesados que puedan resultar afectados con el proceso de tutela y ese “deber oficioso del juez se aplica no solo cuando el accionante omite vincular a quien esté real o aparentemente involucrado en los hechos, sino en los casos en que aparezca otro ente que por su actividad, funciones o actos ha debido ser vinculado; es decir, cuando el juez, en el ejercicio de análisis de los hechos y las pruebas encuentra un nexo causal entre estos y las funciones u obligaciones de otra entidad”⁴.

3.3. Subsidiariedad

La acción de tutela (i) se torna improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales; (ii) cuando estos existan procede transitoriamente ante la eventual consumación de un perjuicio irremediable; y (iii) procede de manera definitiva cuando no existan mecanismos judiciales para la protección de estas garantías superiores.

La accionante solicita el reintegro a un cargo igual o mejor que aquel que venía desempeñando en la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., la correspondiente afiliación al Sistema de Seguridad Social, el pago de los sueldos y las prestaciones dejadas de percibir desde la fecha en que fue despedida y el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Por regla general, la acción de tutela resulta improcedente ante este tipo de pretensiones por la existencia de otros medios de defensa judicial, idóneos y eficaces. Sin embargo, excepcionalmente, se ha reconocido el amparo, de forma transitoria o, incluso, de manera permanente cuando se trata de sujetos en condición de debilidad manifiesta⁵, lo cual depende de las particularidades del caso concreto.

En este sentido, se ha señalado que “el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela⁶. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva”⁷.

En el presente caso, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio, pues, a pesar de que la demandante cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, lo cierto es que someterla a estos puede implicar un perjuicio irremediable. Para la procedencia de la acción de amparo en estos escenarios se requiere que el perjuicio alegado debe ser “(i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”⁸.

Se recuerda que, antes de la desvinculación de la accionante de la Empresa de Servicios

Postales Nacionales S.A. esta sufrió un esguince en su rodilla derecha, en virtud del cual le prescribieron 25 días de incapacidad y el correspondiente tratamiento médico. Lo anterior ha implicado, según esta manifiesta, la amenaza de sus derechos fundamentales por un perjuicio inminente y grave dado que, primero, por su condición de salud no ha logrado vincularse laboralmente, situación que resulta preocupante debido a que carece recursos económicos, es madre cabeza de familia a cargo de un menor de 2 años de edad y adeuda un crédito hipotecario al Fondo Nacional del Ahorro adquirido para acceder a la vivienda suya y de su familia, situación que la ha obligado a recurrir a préstamos adicionales con particulares. Es decir, en caso de que continúe esta situación no solo pueden resultar afectados los derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral de la demandante, sino también el mínimo vital suyo y de su familia, lo que tiene consecuencias directas sobre su dignidad humana.

Segundo, debido a que por la terminación de su contrato de trabajo, esta no ha podido acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, de ahí que no ha seguido el tratamiento ordenado para su rodilla derecha ni para otros padecimientos adicionales, de ahí que la anterior situación también repercute sobre su derecho fundamental a la salud.

En consecuencia, los derechos fundamentales de la accionante se encuentran ostensiblemente amenazados y, por ende, en caso de que le asista derecho, este juez constitucional debe tomar medidas urgentes e impostergables, en procura de que cese su vulneración.

3.4. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se fundamenta la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el presente caso, la tutela fue presentada dentro de un término razonable, debido a que (i) el vínculo laboral de la accionante terminó el 1 de junio de 2016 y la acción de tutela fue presentada el 16 de diciembre de 2016, es decir, alrededor de 6 meses después, lo que no se considera un tiempo desproporcionado; (ii) a partir del 1º de junio de 2016 la demandante realizó peticiones verbales y escritas a los sujetos pasivos de este proceso, particularmente, se

destacan 4 oficios enviados los días 10 de junio, 7 de julio, 23 y 29 de agosto de 2016, por María Torcoroma Alvernia Lobo al señor Freddy Jaramillo, funcionario de la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., en los cuales se solicita brindar una indicación respecto a su situación laboral y, según se anuncia, fueron anexadas sus incapacidades médicas; (iii) la salud de accionante aún se encuentra afectada a raíz del accidente que sufrió el 31 de mayo de 2016 previo a su desvinculación laboral y, sin embargo, no ha podido continuar con su tratamiento debido a que, por su desvinculación laboral, no cuenta con afiliación al Sistema de Seguridad Social y (iv) por las secuelas en su salud no se ha podido ubicar laboralmente, motivo por el cual se encuentra afectado su mínimo vital y el de su familia. En consecuencia, los elementos fácticos que motivaron el amparo aún continúan generando un impacto negativo en los derechos fundamentales de la accionante, situación que torna procedente la acción de tutela.

4. El régimen jurídico de las Empresas de Servicios Temporales. Reiteración de jurisprudencia⁹

La Ley 50 de 1990, “(p)or la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, estableció el marco jurídico de las empresas de servicios temporales, los usuarios y el régimen laboral de los trabajadores a estas vinculados, a fin de proteger las partes de la relación laboral. De acuerdo con los artículos 71 y 72 de esta Ley, tales empresas son personas jurídicas dedicadas a la contratación de la prestación de servicios con terceros beneficiarios para “colaborar temporalmente” en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Los usuarios, conforme con el artículo 73 siguiente, se denomina a toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales. Por su parte, los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales, según el artículo 74, son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores en misión. Estos últimos son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos. Se les aplica, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral.

Las empresas usuarias únicamente puede contratar trabajadores en misión por medio de las empresas de servicios temporales, conforme con el artículo 7710 en los siguientes casos: (i) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo¹¹; (ii) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; (iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

En este mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, señala que: “Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.” Y, ante el incumplimiento de ello, el Decreto en comento, establece las correspondientes multas, sanciones e incluso la eventual cancelación de la autorización de funcionamiento, artículos 20, 21 y 22.

En consecuencia, la relación laboral entre el trabajador y la empresa de servicios temporales “subsiste mientras el usuario necesite de los servicios del trabajador o se haya finalizado la obra para la cual fue contratado”¹². No obstante, esta relación se encuentra sujeta a un límite temporal correspondiente a máximo un año, restricción que tiene el objeto de proteger los derechos de los trabajadores, impidiendo a las empresas que contraten trabajadores temporales en procura de evadir las obligaciones que derivan los contratos con trabajadores permanentes. En consecuencia, cuando la empresa usuaria requiera los servicios del trabajador en misión ya no de forma temporal sino de manera permanente, debe acudir a otra modalidad de contratación en procura del respeto de los derechos laborales y prestaciones del trabajador, so pena de su vulneración. En este sentido, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que:

“se debe evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales en la práctica se conviertan en permanentes ya que de ese modo se desconocerían los derechos prestacionales de los trabajadores. En el evento de que la necesidad del usuario por el servicio de los trabajadores en misión sea permanente, debe acudirse a otra forma de contratación distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales.

Con ello se evita que lo que es excepcional, la contratación de servicios temporales, se convierta en lo ordinario, en la regla general” (negrillas fuera de texto)¹³.

Bajo esta misma lectura, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 1997, reiterada en la Sentencia del 21 de febrero de 2006, explicó que:

“En virtud de este contrato las E.S.T. a cambio de determinada remuneración, se comprometen a remitir el personal requerido por el usuario, para lo cual han de enganchar los pertinentes trabajadores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la respectiva necesidad de servicio. Pero si esto persiste para el correspondiente servicio contratado una vez agotados los plazos máximos permitidos por la ley, ya no podrá utilizar válidamente los servicios de una E.S.T., la misma que venía contratando o de otra; así lo reconoce el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1707 de 1991 y el Consejo de Estado cuando decidió la legalidad de este texto así: “A juicio de la Sala esta disposición se limita a preservar el espíritu de la ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores” (negrillas fuera de texto).

Preceptos que asumen mayor entidad ante trabajadores en condición de debilidad manifiesta, conforme lo sostuvo la Sala Plena de esta Corte en estudio del carácter temporal propio de la naturaleza de este tipo de vínculos: “El fijar límites a la forma de contratar de las empresas de servicios temporales, consulta su razón de ser. Y esos límites que se establecen para la protección de los trabajadores, interpretan el inciso final del artículo 13, según el cual “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”. Pues, dígame lo que se quiera, en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último”¹⁴.

En esta línea se ha sostenido que cuando el usuario obtiene del trabajador sus servicios de manera permanente, la figura del “usuario” se puede tornar ficticia: se genera “una contratación fraudulenta, por recaer en casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o también cuando se presenta desconocimiento en el plazo máximo permitido en estos preceptos, caso en el cuál sólo se puede catalogar a la

empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T., lo que determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador”¹⁵ (subrayado y resaltado propio).

Bajo estos parámetros, cuando esta Corporación ha conocido casos en los que un trabajador en misión tiene una vinculación con la empresa usuaria que se tornó permanente, en detrimento de sus derechos laborales y prestacionales, ha condenado a esta empresa. Supuestos que se tornan evidentes cuando estas contratan a la misma persona por un lapso superior al permitido (máximo un año) valiéndose de diferentes empresas de servicios temporales. Así, por ejemplo, cuando se trata de garantizar la estabilidad laboral reforzada de un trabajador en condición de debilidad manifiesta sometido a estas condiciones, se ha ordenado el reintegro a la empresa usuaria, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al efecto, se destacan, por ejemplo, las Sentencias T-1058 de 2007¹⁶ y T-503 de 2015¹⁷. Cabe advertir que, dependiendo de las particularidades del caso concreto, la condena se ha dirigido contra las empresas usuarias pero también contra las empresas de servicios temporales en virtud del deber de solidaridad que se genera entre ambas, conforme con el Decreto 4369 de 2006, artículo 20.

En conclusión (i) las Empresas de Servicios Temporales, por regla general, ostentan la condición de empleador respecto a los trabajadores en misión; (ii) los trabajadores en misión únicamente pueden prestar sus servicios en las Empresas Usuarias por un periodo de 6 meses prorrogable por máximo 6 meses más, sus funciones se pueden contratar (a) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo¹⁸; (b) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; (c) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios; (iii) cuando la Empresa Usuaria requiera los servicios del trabajador en misión de manera permanente, debe acudir a otra modalidad de contratación en procura del respeto de los derechos laborales y prestaciones; (iv) el incumplimiento del límite temporal puede implicar el desconocimiento de estos derechos (v) ante este escenario se ha reconocido por parte de la Corte Constitucional¹⁹, la Corte Suprema de Justicia ²⁰y el Consejo de Estado²¹, que a la Empresa Usuaria le pueden asistir deberes laborales frente al trabajador.

5. Principio de primacía de la realidad sobre las formas

El artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, precepto a partir del cual surge el concepto de contrato realidad. Bajo este precepto las relaciones jurídicas sustanciales derivadas de una relación laboral entre empleador y trabajador, priman sobre las formas jurídicas que de manera general permiten documentar una relación de este estilo²². En este sentido se ha señalado que: “el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, se sustenta en la existencia de una relación de trabajo que se convalida por la situación real y las condiciones en que se encuentra el trabajador respecto de su empleador, y no depende de las situaciones subjetivas, ni de la apariencia contractual que se haya adoptado. Así, el alcance del principio de la primacía de la realidad pretende esencialmente es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, siendo ello compatible con el carácter irrenunciable de los derechos laborales y con la índole protectora del derecho del trabajo”²³.

Al efecto, se recuerda que de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22, se define contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Por su parte, quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario. En los contratos de los trabajadores en misión se ha señalado que la subordinación es un elemento normal a este tipo de vínculo laboral “dado que este tipo de trabajadores realiza labores en las empresas beneficiarias y actúa bajo su dirección y control”²⁴. No obstante, lo que no es posible hacer es que el trabajador en misión, sea contratado bajo esta modalidad para desempeñar las funciones en la empresa usuaria de manera permanente, pues ello puede derivar en el desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales. En estos casos, se ha señalado por parte de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que a la empresa usuaria le asisten deberes en calidad de empleador frente al trabajador, pues, lo que se pretende, es ocultar una relación laboral que debió contratarse de manera permanente.

6. Estabilidad laboral reforzada. Reiteración de jurisprudencia

El derecho a la estabilidad laboral se predica de toda relación laboral, “(d)esde su perspectiva deóntica, supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido”²⁵. Sin embargo, este derecho acoge mayor relevancia cuando el empleado se encuentra en condición de debilidad manifiesta, debido, entre otros, a las particulares condiciones de salud y capacidad económica, evento en el cual surge el derecho a la estabilidad laboral reforzada, la cual “se materializa en la obligación impuesta al empleador de mantenerlo en su puesto de trabajo²⁶ en razón de su condición especial”²⁷.

Esta garantía superior hunde sus raíces, al menos, en los siguientes preceptos constitucionales²⁸, el cual consagra el derecho a “la estabilidad en el empleo” (artículo 53 CP); el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (artículo 13 CP); en el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” (artículo 25 CP); en el deber del Estado de adelantar una política de “integración social” para quienes pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (artículos 47 CP); la protección del derecho fundamental al mínimo vital, como el derecho a la vivienda, salud, vestido, aseo y educación (artículos 1, 53, 93 y 94 CP); y el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social”, en especial cuando se encuentre en peligro la salud y la vida de una persona (95 CP)²⁹.

Están en condición de debilidad manifiesta los trabajadores que puedan catalogarse como “(i) inválidos, (ii) en situación de discapacidad, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”³⁰, y que, por sus condiciones particulares, puedan ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada”³¹.

La protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada se genera para quienes ven disminuida su fuerza de trabajo independientemente de que se hubiese emitido o no el certificado de pérdida de capacidad. Anteriormente, se señalaba que la estabilidad laboral reforzada, siguiendo la Ley 361 de 1997, únicamente contemplaba este derecho para

quienes contarán con la correspondiente certificación emitida por la Junta Regional de Calificación de. Invalidez o quien haga sus veces. Sin embargo, esta distinción carece de entidad en la vigente jurisprudencia constitucional, pues en criterio de esta Corporación la protección constitucional en comento se predica de quienes padecen problemas de salud durante la vigencia del contrato laboral³², que dificulte sustancialmente el ejercicio de sus funciones, independientemente de que se trate de un “accidente, enfermedad profesional, o enfermedad común, o si es de carácter transitorio o permanente”³³. En este sentido, por medio de la Sentencia C-284 de 2011, se precisó que no es necesario para definir los beneficiarios de esa garantía “entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación”³⁴.

Pronunciamiento con base en el cual, por medio de la Sentencia SU-049 de 2017 se estableció que “(c)uando se interpreta que es necesario contar con un porcentaje determinado de pérdida de capacidad laboral para acceder a los beneficios de la Ley 361 de 1997, ciertamente se busca darle un sustento más objetivo a la adjudicación de sus prestaciones y garantías. No obstante, al mismo tiempo se levanta una barrera también objetiva de acceso para quienes, teniendo una pérdida de capacidad relevante, no cuentan aún con una certificación institucional que lo establezca, o padeciendo una pérdida inferior a la estatuida en los reglamentos experimentan también una discriminación objetiva por sus condiciones de salud”.

Bajo estos parámetros se ha sostenido que (i) una persona con padecimientos de salud que involucren, de forma transitoria o variable, una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada; por lo general, se exige también que (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido.

Cuando a una persona le asista la garantía a la estabilidad laboral reforzada por estar en las circunstancias anteriormente mencionadas, tiene derecho a que su empleador no pueda finalizar el vínculo laboral sin la autorización del Ministerio de Trabajo, aunque exista justa causa para terminar la relación laboral. El incumplimiento de este deber, genera obligación del juez de presumir que el despido fue discriminatorio³⁵, es decir, que se generó por el estado de debilidad e indefensión del empleado e, igualmente: (i) que el despido del

trabajador o la terminación del contrato, no produzca efectos jurídicos y la consecuente obligación de recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir; (ii) el derecho al reintegro a un cargo de iguales o mejores condiciones o, como se ha venido reconociendo recientemente, la renovación del contrato, en ambos casos las condiciones laborales deben estar acordes con sus condiciones de salud; (iii) el derecho a recibir capacitación en caso de que el empleado deba desempeñarse, por sus condiciones de salud, en un nuevo cargo³⁶; y (iv) a recibir “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren” (art. 26, inc. 2°, Ley 361 de 1997).

La estabilidad laboral reforzada no se restringe a alguna de las diferentes modalidades de contratación laboral ni a los contratos de prestación de servicios, se puede exigir en cualquiera de estos escenarios, pues se busca, en esencia, proteger en si la condición misma del ser humano, cuando se encuentre en condición de debilidad manifiesta, ante los intempestivos cambios que sin justificación legal se puedan realizar sobre él. “El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54)”³⁷.

La solidaridad, como garantía constitucional, es uno de los fundamentos centrales para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada en todo tipo de contrato de trabajo e, incluso, en los contrato de prestación de servicios. Este principio exige “asumir como propias causas en principio ajenas, cuando el titular de ellas no puede por razones objetivas ejercer su defensa y protección individualmente de forma integral” (negrillas fuera de texto). Y, en aquellos eventos en los que no se actúe con solidaridad de manera voluntaria, resulta posible imponer la solidaridad como un deber, especialmente, cuando estén involucrados los principios a la salud a y a la vida de una persona (artículo 95 CP)³⁸.

Ahora bien, la protección a la estabilidad laboral reforzada se otorga en virtud de la condición misma de ser humano, pues no resulta posible que se disponga de una persona como un objeto y, por ende, se prescinda de sus servicios independientemente de su condición de

salud y de su condición debilidad manifiesta. Se recuerda que la piedra angular del Estado Social de Derecho es la dignidad humana, derecho al cual se encuentra ligado el derecho al trabajo como un derecho fundamental que debe garantizarse “en todas sus modalidades” y debe realizarse en condiciones dignas y justas (artículo 25 Superior). “Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos”³⁹.

7. Caso concreto

La accionante tiene 54 años, es madre cabeza de familia, se encuentra a cargo de su hija de 24 años, quien carece de empleo, y de su nieto de 2 años. Adeuda un crédito hipotecario del inmueble en el que reside y, actualmente, carece de una fuente de ingresos económicos, motivo por el cual, para satisfacer el mínimo vital suyo, de su núcleo familiar y cumplir sus obligaciones pecuniarias ha tenido que acudir a créditos adicionales con particulares.

Según informó, trabajó al servicio de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. sede Pamplona (Norte de Santander) alrededor de 6 años cumpliendo funciones propias del objeto contractual de esa entidad y que se necesitaban de manera permanente. Fue contratada por “intermediación” de diferentes Empresas de Servicios Temporales. Puntualmente, especificó que trabajó: (i) por medio de la Temporal Organización Servicios y Asesorías S.A.S., desde el 18 de marzo de 2010, hasta el 17 de marzo de 2011; (ii) a través de la Temporal Sertempo Bogotá S.A., desde el 18 de abril de 2011 hasta el 11 de octubre de 2012; y (iii) mediante Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 31 de mayo de 2016⁴⁰.

Lo anterior fue acreditado a través de constancias emitidas por las empresas de servicios temporales, las cuales certifican que la accionante se desempeñó como líder de punto operativo, coordinadora y asistente de procesos nivel 3, esto, cumpliendo un horario determinado, según la accionante informó, no fue controvertido por el sujeto pasivo de esta providencia. Al expediente se allegó acta de entrega de puesto de trabajo, otorgada a ella cuando comenzó a cumplir funciones para la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., en el cual se lee:

“Modelo estándar de acta de entrega (...). Lugar y fecha de entrega, Pamplona, 31 de marzo de 2010. Intervienen María Torcoroma Alvernia Lobo y María Cristina García Piedrahita.

Asunto: Trata de la entrega del cargo jefe de oficina por parte del empleado María Cristina García Piedrahita, al empleado María Torcoroma Alvernia Lobo líder operativa entrante”.

- * “Realizar el arqueo de estampillas, maquina flanqueadora y efectivo de las ventanillas de contado, licencia de crédito y franquicia.
- * Realizar el recibo de caja correspondiente a la venta de contado; registrar diariamente la venta en el libro de control de caja de producto de la oficina;
- * Realizar la consignación del efectivo en el banco Bancolombia diariamente;
- * Revisar la liquidación de las planillas de licencia de crédito y franquicia diario e ingresarlo al archivo correspondiente magnético;
- * Realizar el movimiento diario financiero;
- * Ingresar los postexpress, notiexpress a la base de datos de contado y crédito diariamente;
- * Auditoria una vez a la semana al proceso de distribución;
- * Registrar el movimiento de las maquinas franqueadoras en las libretas a lapicero;
- * Realizar la auditoria de isolución de admisión;
- * Control de los horarios del personal de la oficina”⁴¹.

En adición se encuentran en el expediente memorandos enviados a la accionante por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. a través de los cuales le dieron instrucciones para el ejercicio de sus funciones entre el año 2010 y 2016⁴². E, igualmente, existe un correo electrónico enviado el 7 de mayo de 2015 a la sede “pamplona oriente”, con copia a la accionante, en la cual se indica “(e)l horario establecido para PDV es de lunes a viernes de 8 a 12 y de 1 a pm”.

El 31 de mayo de 2016, cuando la accionante se dirigía a su trabajo, sufrió un accidente que

le generó un esguince en la rodilla derecha, por lo cual su médico tratante le prescribió 25 días de incapacidad y le informó sobre una posible cirugía, que estaría pendiente de realizar. Al día siguiente, 1º de junio de 2016, cuando intentó entregar la incapacidad en su oficina, Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., Sede Pamplona (Norte de Santander), se le informó, por medio de una de sus compañeras, que tenía prohibido el ingreso, dado que su vínculo laboral había terminado⁴³. Actualmente, la demandante continúa con sus padecimientos de salud debido a que no ha podido acatar el procedimiento prescrito por su médico tratante, pues por su desvinculación laboral sus servicios de salud fueron suspendidos.

Debido a que a la demandante se le impidió entregar las incapacidades, ella se comunicó con la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., quienes le explicaron que debía dirigirse a Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación, para reclamar el pago de las incapacidades. Por el anterior motivo, la accionante envió a esta última empresa 4 oficios los días 10 de junio, 7 de julio, 23 y 29 de agosto de 2016 (anexados al expediente), en los cuales solicitó orientación respecto a su situación laboral y el respectivo pago. No obstante, la Empresa de Servicios Temporales se excusó de realizar el pago debido a que había iniciado un proceso de liquidación, autorizado por la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto proferido el 16 de noviembre de 2016, es decir, después de su despido.

En virtud de lo anterior, la demandante presentó la acción de tutela objeto de revisión. Alegó que fue desvinculada sin autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar de que se encontraba incapacitada y no se le permitió poner en conocimiento su situación de salud, pues, para la terminación de su vínculo laboral, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. se limitó a impedirle el acceso a su lugar de trabajo por medio del oficial de seguridad. Aunado a ello, advirtió que carece de recursos económicos y, debido a su situación de salud, no ha podido ubicarse nuevamente en otro puesto de trabajo.

La empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. señaló que se encuentra en liquidación, por dicha razón, primero, no puede ejercer su objeto social⁴⁴ y los actos desarrollados en contravención resultan ineficaces y, segundo, a partir de la apertura del proceso liquidatorio, se deben terminar los contratos de trabajo con el pago de la respectiva indemnización sin

que exista autorización administrativa o judicial previa⁴⁵. Adicionalmente, explicó que en caso de que la demandante considere tener acreencias en su contra debe solicitar el cumplimiento de estas dentro del proceso de liquidación. Por su parte, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. negó todo tipo de vínculo laboral entre esta y la accionante, sostuvo que ella solamente colaboró a su empresa y, por consiguiente, no certificó el tiempo de prestación de servicios de la demandante, a pesar de que fue solicitado por esta Corporación.

Sobre la situación laboral entre la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., Optimizar Servicios Temporales S.A. y la señora María Torcoroma Alvernia Lobo

Siguiendo las consideraciones de esta providencia, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., como empresa usuaria, podía exigir a la accionante, como trabajadora en misión, el cumplimiento de las funciones propias de sus demás empleados “dado que este tipo de trabajadores realiza labores en las empresas beneficiarias y actúa bajo su dirección y control”⁴⁶, lo cierto es que no le era posible contratarla bajo esta modalidad para desempeñar funciones de manera permanente, pues ello derivó en el desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales. Situación que asume relevancia constitucional si se tiene en cuenta que la demandante es un sujeto en condición de debilidad manifiesta, por sus padecimientos de salud, la ausencia de capacidad económica para satisfacer sus necesidades básicas y de su núcleo familiar, y que es madre cabeza de familia, compuesta por un menor de 2 años, sujeto de especial protección constitucional.

Se recuerda que las empresas de servicios temporales, conforme con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, solo pueden contratar trabajadores en misión en los siguientes casos: (i) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo⁴⁷; (ii) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; (iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más. Postulado reiterado en el artículo 13 del Decreto 24 de 1998 “Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de

servicios temporales”, en cuyo párrafo (modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998) se consagra: “Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio” (negritas fuera de texto).

Sin embargo, en el presente caso, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. no demostró al interior de este proceso constitucional que la accionante hubiese estado vinculada a esa empresa en virtud de algunas de las tres modalidades dentro del límite temporal permitido. Se limitó a sostener que su oficina de Talento Humano certificó que la accionante no era trabajadora de la entidad y que lo máximo que esta hizo fue colaborar con su empresa. En contraste, el acervo probatorio allegado por la accionante evidencia la prestación de sus servicios a esa entidad, al menos, desde el año 2010 por medio de tres Empresas de Servicios Temporales, la última vinculación se realizó a través de Optimizar Servicios Temporales S.A. y duró desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 31 de mayo de 2016, conforme la misma empresa de servicios temporales certificó.

En consecuencia, al contrario de lo alegado por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., se encuentra demostrado en el expediente que las funciones desarrolladas por la demandante no pueden calificarse como transitorias, pues fueron funciones que desempeñó a lo largo de un período superior al especificado en la Ley. Por ende, es claro que en este caso no se trata de una trabajadora en misión, sino de una que desarrolló sus labores de forma permanente, cumpliendo un horario y acatando las órdenes impartidas por la Empresa de Servicios Postales Nacionales, por lo que su vinculación no corresponde a la de un trabajador en misión, sino a una relación laboral permanente encubierta, lo que no permitió a la demandante tener derecho a la estabilidad laboral. Es decir, la desnaturalización de esta relación laboral tuvo un impacto negativo directo en los derechos de la demandante. “Cabe recordar que se debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales, pues como se señaló siempre que subsistan las causas y la materia que dieron origen a la relación laboral, la misma no se puede dar por terminada y se debe propender por la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que han cumplido a cabalidad con las labores encomendadas”⁴⁸.

Estos preceptos son suficientes para concluir que la accionante trabajó con vocación de permanencia para la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., durante un tiempo superior al permitido para los trabajadores en misión. Situación ésta que desnaturaliza los contratos celebrados entre el trabajador, la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, pues como se dijo, los mismos fueron concebidos a fin de ser desarrollados de manera transitoria, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. En consecuencia, se encuentra que la Empresa de Servicios Temporales S.A. ocultó una relación laboral que debió desarrollar a través de otro tipo de contrato laboral⁴⁹. Se evidencia entonces, la existencia de un contrato realidad, pues la accionante (i) estuvo vinculada alrededor de 6 años a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A.; (ii) cumplía horarios y órdenes de sus superiores; y (iii) recibía una contraprestación económica por el servicio prestado.

En este sentido, debe recordarse la Sentencia T-614 de 2017, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la existencia de un contrato realidad tras recordar el precedente jurisprudencial sentado al respecto:

“Esta Corporación en varias oportunidades ha protegido los derechos transgredidos como consecuencia de prácticas evidentes y frecuentes de configuración de contrato realidad. En la sentencia T-335 de 2004 la Sala de Revisión, luego de analizar las pruebas recaudadas, consideró que en el caso concreto se presumía la existencia de un contrato realidad en la medida que se configuraba el elemento de subordinación con cumplimiento de horario, así como la prestación personal y la remuneración.⁵⁰ Por su parte, en la sentencia T-903 de 2010 la Corte Constitucional concluyó que en el caso analizado se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad y que el comportamiento de la administración reñía “de manera meridiana con los postulados constitucionales que rigen el derecho al trabajo” tales como el artículo 1, 13, 25 y 48 de la Carta Política.⁵¹ Finalmente, en sentencia T-480 de 2016, la Corte declaró la existencia de contrato de trabajo realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y cada una de las ciento seis (106) accionantes en los expedientes analizados, por considerar que en el desempeño de la labor de madre comunitaria, las demandantes “sí se encontraban bajo la continuada subordinación o dependencia del ICBF, por cuanto este último, como director, coordinador y ejecutor principal del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, siempre tuvo el poder de dirección para condicionar el servicio personal prestado por ellas y contó con diversas facultades para imponer medidas o sanciones de naturaleza disciplinaria, ante el incumplimiento de las

directrices o lineamientos específicos que esa misma entidad estableció para el funcionamiento y desarrollo del mencionado programa⁵²”.

Este asunto asume especial relevancia constitucional en el presente caso, por cuanto la demandante se encuentra en condición de debilidad manifiesta. Conforme fue señalado por la Sala Plena de esta Corporación en estudio del carácter temporal propio de los trabajadores en misión: “El fijar límites a la forma de contratar de las empresas de servicios temporales, consulta su razón de ser. Y esos límites que se establecen para la protección de los trabajadores, interpretan el inciso final del artículo 13, según el cual “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”. Pues, dígase lo que se quiera, en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último”⁵³ (negritas fuera de texto).

No resulta admisible para esta Sala de Revisión que después de que la accionante le prestó sus servicios a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., esta se limite simplemente a impedir el acceso de esta trabajadora a sus oficinas. Esto no constituye un trato digno para esta persona quien, además, se encuentra en condición de debilidad manifiesta. Conforme se ha señalado por la Sala Plena “en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último”⁵⁴, y es a este último a quien se debe proteger en el presente caso concreto y quien hoy exige de la empresa a quien prestó sus servicios actuar con solidaridad, en procura de que se protejan sus derechos fundamentales gravemente afectados.

Bajo este entendido, estas consideraciones se encuentran interrelacionadas con el principio de solidaridad que hoy se exige a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., el cual impone “asumir como propias causas en principio ajenas, cuando el titular de ellas no puede por razones objetivas ejercer su defensa y protección individualmente de forma integral” (negritas fuera de texto). Y, en aquellos eventos en los que no se actúe con solidaridad de manera voluntaria, resulta posible imponer la solidaridad como un deber, especialmente, cuando estén involucrados los derechos a la salud y a la vida de una persona (artículo 95 CP). El principio de solidaridad tiene 3 manifestaciones: “(i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que

vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios”⁵⁵. Este principio debe ser acatado por la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. en retribución a los servicios laborales que la accionante prestó a su favor durante un tiempo prolongado, el cual fue más allá del permitido para los trabajadores en misión.

Se insiste entonces que la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. tiene responsabilidad frente a las obligaciones derivadas de la vinculación laboral de la accionante pues ella (i) estuvo vinculada alrededor de 6 años a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A.; (ii) cumplía horarios y órdenes de sus superiores; y (iii) recibía una contraprestación económica por el servicio prestado. Adicionalmente, debe acatar las premisas que impone el principio de solidaridad, debido a que (i) utilizó los servicios de la accionante por un número de años superior al permitido para contratar trabajadores en misión; (ii) para ello, se valió de la rotación de diferentes temporales; (iii) esta situación está proscrita por la jurisprudencia porque puede implicar el desconocimiento de los derechos laborales y prestacionales del trabajador, entre estos la estabilidad laboral reforzada, como en efecto ocurrió; (iv) por ende, a esta empresa le asisten obligaciones en calidad de empleador respecto a la demandante; (v) al tener control sobre las personas que prestaban servicios a su empresa tenía la obligación de propender por sus adecuadas condiciones laborales (en la Ley 50 de 1990 se establece que los trabajadores en misión tienen los mismos derechos laborales que los trabajadores de planta); (vi) en este escenario, la jurisprudencia ha proscrito que se utilice al empleado como un simple instrumento de trabajo al margen de su dignidad humana.

En suma, una vez probado que a la accionante le asisten derechos laborales frente a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., quien requirió sus servicios por más del tiempo permitido para los trabajadores en misión, y debido a que la desnaturalización de la relación laboral, conllevó a la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, esta empresa debe asumir responsabilidad como verdadero empleador. Determinación que no va más allá de lo solicitado por la accionante, como señaló indebidamente esta Empresa, habida cuenta que, primero, la acción de tutela es un mecanismo judicial al que puede acudir cualquier persona sin conocimientos especializados en el área jurídica. Por ende, a pesar de que la demandante presentó la demanda contra Optimizar Servicios Temporales S.A., era una obligación del juez constitucional vincular de manera correcta el contradictorio del proceso, conforme se procedió en primera instancia. Y, segundo, en la tutela se solicitó que se le

garantice su derecho a la estabilidad laboral reforzada y, para ello, el juez constitucional, necesariamente, debía definir a quien le correspondía garantizarle ese derecho a la demandante.

Derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante

Lo expuesto hasta aquí tiene relevancia constitucional teniendo en cuenta que la intempestiva desvinculación de la accionante fue derivada de una decisión de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., conforme se demostró mediante la copia del oficio enviado, el 27 de mayo de 2016, por la Directora de Gestión Humana de esta entidad a la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., a través del cual le informó lo siguiente:

Conforme se estudió en precedencia, tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada toda persona en condición de debilidad manifiesta, situación que se presume antes quienes, durante la vigencia del contrato laboral⁵⁶, padecen problemas de salud que dificulten sustancialmente el ejercicio de sus funciones, independientemente de que estos se generen por un “accidente, enfermedad profesional, o enfermedad común, o si es de carácter transitorio o permanente”⁵⁷. En el presente caso, la accionante de forma previa a su desvinculación, sufrió un accidente el cual impactó ostensiblemente su capacidad laboral, conforme se evidencia con la incapacidad de 25 días prescrita por su médico tratante. Ese padecimiento persiste pues, por la terminación de su vínculo laboral, no pudo continuar el tratamiento médico, situación a la que se suma la dificultad de vincularse laboralmente por sus problemas de salud.

Por regla general, para exigir el derecho a la estabilidad laboral reforzada se ha requerido que el empleador tenga conocimiento del padecimiento de salud antes de terminar el contrato, no obstante, en el presente caso, esta es una exigencia desproporcionada, por cuanto, primero, la accionante sufrió el accidente que implicó la incapacidad, un día antes de que se le informara sobre su desvinculación y, segundo, debido a que, a pesar de que intentó entregar la constancia de su incapacidad esta no le fue recibida, situación de la que dejó constancia el Personero Municipal de Pamplona mediante certificación del 2 de junio de 2016. Al respecto, se advierte además que la terminación de su relación laboral se realizó de manera tácita, sin que se le hubiere informado por parte de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. ni por Optimizar Servicios Temporales S.A.

Para desvincular a un trabajador en condición de debilidad manifiesta se requiere la autorización del Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces en la entidad territorial. No obstante, la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. se limitó a “devolver” a la accionante como trabajadora en misión a Optimizar Servicios Temporales S.A, sin ni siquiera notificarle que no continuaría prestando sus servicios a la empresa y, por ende, sin contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar del prolongado lapso de tiempo durante el cual la demandante le había servido. Era esta empresa la que tenía conocimiento del rendimiento de la trabajadora, quien controlaba el cumplimiento de sus funciones y, por ende, debía conocer sus condiciones laborales. No resulta posible que se disponga de una persona bajo criterios meramente utilitaristas, la piedra angular del Estado Social de Derecho es la dignidad humana, la cual se encuentra ligada al derecho fundamental al trabajo, que debe garantizarse “en todas sus modalidades” y debe realizarse en condiciones dignas y justas (artículo 25 Superior). “Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos”⁵⁸.

La ausencia de la autorización del Ministerio de Trabajo para desvincular a la demandante, a pesar de estar incapacitada, implica para el juez la obligación de presumir que el despido estuvo relacionado con sus padecimientos de salud. Precepto que tiene la finalidad de garantizar la protección efectiva de los derechos laborales del trabajador, pues ante la desvinculación, primero, se incurre en un actuar discriminatorio contra un trabajador en condición de debilidad manifiesta y, segundo, implica exponerlo a un mercado laboral en el que resulta complicada su vinculación por las condiciones de salud. Preceptos que se deben aplicar en el presente caso, pues la accionante, a pesar de que se encontraba incapacitada, fue desvinculada sin autorización del Ministerio de Trabajo y, debido a sus padecimientos de salud, no le ha resultado posible acceder a ninguna oferta laboral.

Se evidencia, en consecuencia, transgredidos los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo, que ligado a “la dignidad humana, se convierte en uno de los pilares en los cuales descansa la existencia misma del Estado Social de Derecho (Preámbulo, artículos 1 y 25 CP). En desarrollo de esta premisa, la Constitución Política proscribe toda forma de discriminación; garantiza la estabilidad de los trabajadores en el empleo; impone una asignación salarial mínima y una retribución conforme con la calidad y cantidad de trabajo desarrollado; determina la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos por las normas laborales a favor del trabajador y establece la posibilidad de que estos solo

transijan y concilien los derechos inciertos y discutibles. También el ordenamiento constitucional dispone la aplicación, en caso de duda, del principio de la favorabilidad en beneficio del trabajador; la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y garantiza al trabajador la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario (artículo 53 CP)”⁵⁹.

Así las cosas, debido a que se terminó el vínculo laboral con la accionante sin la autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar de que para entonces se encontraba en curso una incapacidad médica, el despido no produce efectos jurídicos y, por ende, esta tiene el derecho a recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir; el derecho al reintegro a un cargo igual o mejor al que venía desempeñando y el derecho a recibir capacitación en caso de que deba desempeñarse, por sus condiciones de salud, en un nuevo cargo⁶⁰. No se accederá a las pretensiones consistentes en el pago de 180 días de salarios, exigidos por la demandante, en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización cuya procedencia debe definirse dentro del correspondiente proceso ordinario. Esta pretensión resulta improcedente en el marco de la acción de tutela, pues no se encuentra ligada de manera directa a la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

La acción de tutela procede como mecanismo transitorio

En el capítulo primero de esta providencia, se evidenció que los derechos fundamentales de la accionante se encuentran ostensiblemente amenazados y, por ende, en caso de que le asistiera derecho, se determinó que este juez constitucional debe tomar medidas urgentes e impostergables, en procura de que cese su vulneración.

Realizado el anterior estudio, se concluye que resulta procedente conceder el amparo solicitado por la demandante en procura de evitar un perjuicio irremediable sobre sus derechos fundamentales. El cual se ordenará contra la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., a quien, en principio, le corresponde asumir esta responsabilidad, por haber hecho un uso ilegal de los contratos con las empresas de servicios temporales, mediante las cuales obtuvo los servicios de la accionante por un tiempo superior al permitido. Sin embargo, el amparo se ordenará de manera transitoria, de tal forma que sea el juez natural del asunto quien dirima de fondo la presente controversia judicial.

Se recuerda que “el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica

que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela⁶¹. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva”⁶².

En consecuencia, esta Sala revocará la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Norte de Santander, el 9 de febrero de 2017, por medio de la cual negó el amparo y, por ende, revocó el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pamplona (Norte de Santander), que mediante providencia del 18 de enero de 2017, lo había reconocido. En su lugar, concederá la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en procura de la protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud de la señora María Torcoroma Alvernia Lobo.

Adicionalmente, se declarará la existencia de un contrato laboral entre la accionante María Torcoroma Alvernia Lobo y la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. Por consiguiente, se ordenará a esta que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a realizar las gestiones necesarias para reintegrar a la accionante a un cargo de igual o superior categoría, donde pueda seguir desempeñando sus labores de acuerdo con las recomendaciones hechas por su médico tratante, atendiendo a su estado de salud, trámite que no podrá exceder de quince (15) días calendario.

Igualmente, se ordenará a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a realizar las gestiones necesarias para cancelar los salarios y prestaciones sociales a la señora María Torcoroma Alvernia Lobo desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta el reintegro a una nueva actividad, trámite que no podrá exceder de quince (15) días calendario.

Aunado a ello, se le advertirá a la accionante que dispone de un término máximo de cuatro (4) meses, siguientes a la notificación de esta sentencia, para presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, so pena de la pérdida de los derechos

conferidos en esta providencia. Finalmente, se declarará improcedente el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona (Norte de Santander), el 9 de febrero de 2017, por medio de la cual negó el amparo y, por ende, revocó el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pamplona (Norte de Santander), que mediante providencia del 18 de enero de 2017, lo había reconocido. En su lugar, CONCEDER la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en procura de la protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud de la señora María Torcoroma Alvernia Lobo..

SEGUNDO. DECLARAR la existencia de un contrato laboral entre la accionante María Torcoroma Alvernia Lobo y la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A

TERCERO. En consecuencia, ORDENAR a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a realizar las gestiones necesarias para reintegrar a la accionante a un cargo de igual o superior categoría, donde pueda seguir desempeñando sus labores de acuerdo con las recomendaciones hechas por su médico tratante, atendiendo a su estado de salud, trámite que no podrá exceder de quince (15) días calendario.

CUARTO. ORDENAR a la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a realizar las gestiones necesarias para cancelar los salarios y prestaciones sociales a la señora María Torcoroma Alvernia Lobo desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta el reintegro a una nueva actividad, trámite que no podrá exceder de quince

(15) días calendario.

QUINTO. ADVERTIR a la accionante que dispone de un término máximo de cuatro (4) meses, siguientes a la notificación de esta sentencia, para presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, so pena de la pérdida de los derechos conferidos en esta providencia.

SEXTO. DECLARAR IMPROCEDENTE el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Ley 1116 de 2006, artículos 48.2.

2 Ley 1116 de 2006, artículo 50, numeral 5.

3 Ley 1116 de 2006, artículo 50, numeral 13.

4 A-536 de 2015 y A-071A de 2016.

5 T-198 de 2006 y T-372 de 2017.

6 Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786/08 expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93, SU-544/01, T-1316/01 y T-983/01, entre otras.

7 T- 235 de 2010 y T-222 de 2017.

8 T-786 de 2008. Ver también Sentencias T-751 de 2012, T-136 de 2013, T-120 de 2013, T-956 de 2013, T-889 de 2013 y T-506 de 2015, entre otras.

9 Al respecto, ver las Sentencias T-1058 de 2007, T-238 de 2008 y T-503 de 2015, entre otras.

10 Cita en T-503 de 2015: Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”, contenida en el numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y declararla exequible, expuso: “Para la Corte es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. (...) Si se compara esta norma con el artículo 25 de la Constitución, se ve que se ajusta al principio de que el trabajo “goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado” || [...] || El fijar límites a la forma de contratar de las empresas de servicios temporales, consulta su razón de ser. Y esos límites que se establecen para la protección de los trabajadores, interpretan el inciso final del artículo 13, según el cual “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”. Pues, dígame lo que se quiera, en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último” (negritas fuera de texto).

11 Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 6º. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del {empleador}

12 T-503 de 2015.

13 T-503 de 2015. Ver también T-1058 de 2007. Particularmente, en la T-173 de 2011 se sostuvo que “(e)s claro que estos contratos son de corta duración, ya que las empresas usuarias recurren a los trabajadores en misión para que adelanten funciones que como su nombre lo indica, son temporales y no tienen carácter de permanencia. De lo contrario las empresas deben utilizar otro de los contratos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de no desdibujar la naturaleza de los contratos temporales”¹³.

14 C-330 de 1995.

15 CSJ. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 21 de febrero de 2006. Exp. No 25717 M.P. Carlos Isaac Nader. En esa oportunidad, la Corte resolvió casar la sentencia del Tribunal Superior de Rioacha, en el proceso en el que eran partes: Pascualita Epieyu contra IFI y Servivarios Ltda. En esa sentencia se reiteró la jurisprudencia del 24 de abril de 1997, Radicado No. 9435. Al respecto pueden consultarse además, las siguientes providencias: (i) CSJ Sala de Casación Laboral. Exp. No 25714 de marzo de 2006, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. (ii) CSJ. Sala de Casación Laboral, Expediente 26605 de agosto de 2006. M.P. Gustavo Gnecco Mendoza; CSJ. Sala de Casación Laboral Exp. 26598 de septiembre de 2006 M.P. Gustavo Gnecco Mendoza.

16 “de acuerdo con las manifestaciones hechas por el actor, las que además no fueron desvirtuadas por la parte accionada, se extrae que el señor Mafla Montealgre laboró por once años al servicio de la empresa Aseo Capital S.A., lapso de tiempo durante el cual, dicha sociedad, se limitó a rotar las empresas de servicios temporales, situación está que desnaturaliza los contratos celebrados entre el trabajador, la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, pues como se dijo, los mismos fueron concebidos a fin de ser desarrollados de manera temporal y como se evidencia en el presente asunto, esta figura ha perdurado a través de un número considerable de años, disfrazando de esta manera una relación laboral que se debió desarrollar a través de otro tipo de contrato laboral, máxime si se tiene en cuenta que la materia y las causas que dieron origen al respectivo contrato aún

subsisten”.

18 Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 6º. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del {empleador}

19 Ver T-1058 de 2007 y T-503 de 2015, entre otras.

20 Ver la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 1997, reiterada en la Sentencia del 21 de febrero de 2006.

21 Ver el Fallo del Consejo de Estado 4096 de 2006.

22 T-1058 de 2007.

23 T-503 de 2015.

24 T-238 de 2008: “la jurisprudencia laboral ha reconocido que el usuario del servicio tiene claramente “una potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que, está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero ésta facultad la ejerce no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST, pues el personal enviado, depende exclusivamente de ella”²⁴. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997, Radicación 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez.

25 Cita en T 288 de 2016. Ver también Sentencias T-225 y T-226 de 2012, T-546 de 2000.

26 T-018 de 2013.

27 C-531 de 2000.

28 Ver SU-049 de 2017.

29 T-519 de 2003

30 En la Sentencia T-1040 de 2001 esta Corporación sostuvo que, si bien la accionante no podía ser calificada como inválida ni tenía una discapacidad definitiva para trabajar, su

disminución física era suficiente para hacerse acreedora de una protección especial, por lo que ordenó el reintegro de una mujer que fue despedida sin permiso del órgano competente pese a que se encontraba disminuida físicamente.

31 En la sentencia T-519 de 2003, la Corte señaló que no se le podía terminar su contrato de forma unilateral y sin justa causa a una persona que padecía “carcinoma basocelular en rostro y daño solar crónico”, sin solicitar autorización a la oficina del trabajo, porque por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta tenía derecho a la “estabilidad laboral reforzada” y en función de esa garantía ordenó a la empleadora reintegrar al trabajador a sus labores.

32 T-372 de 2017.

33 T-317 de 2017.

34 SU-049 de 2016.

35 T-521 de 2016, T-449 de 2010, T-449 de 2008 y T-1083 de 2007, T-372 de 2017, entre otras.

36 Artículo 54 Constitucional: “[e]s obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. 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”.

37 SU-049 de 2017. Al respecto se señaló “Dado que el salario es una remuneración periódica inherente a las relaciones de trabajo dependiente, podría pensarse que esta indemnización es exclusiva de los vínculos laborales que se desarrollan bajo condiciones que implican vinculación a la planta de personal. Sin embargo, esta interpretación es claramente contraria a la Constitución pues crea un incentivo perverso para que la contratación de personas con problemas de salud se desplace del ámbito laboral al de prestación de servicios, con desconocimiento del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y de las garantías propias de las relaciones de trabajo dependiente”.

38 Bajo estos considerandos en la Sentencia SU-049 de 2017 se señaló que: “Un posible detonante del deber constitucional de solidaridad puede ser la pérdida de capacidad laboral

en un grado considerable, o la experimentación objetiva de una dolencia o problema de salud que afecte sustancialmente el desempeño en condiciones regulares de las labores de las cuales uno o más seres humanos derivan su sustento. En tales eventos, obrar solidariamente implica hacerse cargo total o parcialmente de los costos humanos que implica para la persona su situación de salud. Si no se observa una asunción voluntaria del deber de solidaridad, el Estado puede distribuir las cargas de la persona afectada de forma razonable entre otras personas”.

40 – Copia de certificados expedidos el 15 de abril de 2010 y 11 de marzo de 2016 por la Organización Servicios y Asesorías S.A.S, en el primero, se deja constancia de que la demandante laboraba como trabajadora en misión a través de esa temporal en la Empresa de Servicios Postales Nacionales. En el segundo, se deja constancia de que la accionante prestó sus servicios como trabajadora en misión, mediante contrato por obra o labor determinada, en el cargo de líder de punto operativo, desde el 18 de marzo de 2010, hasta el 17 de marzo de 2011 (Cuaderno 2, folio 16).

– Copia de certificado emitido el 14 de diciembre de 2011 por la Temporal Sertempo Bogotá S.A., según el cual la demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión, mediante contrato por obra o labor determinada, en el cargo de coordinadora de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., desde el 18 de abril de 2011. Para la fecha en que se expidió el certificado, el contrato estaba vigente (Cuaderno 2, folio 15).

– Copia de certificado librado el 13 de enero de 2017 por la Temporal Optimizar Servicios Temporales S.A., de acuerdo con la cual la tutelante demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión, mediante contrato por obra o labor determinada, en el cargo de asistente de procesos nivel 3, desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 31 de mayo de 2016 (Cuaderno 2, folio 113).

41 Cuaderno principal, 38 al 47.

42 Cuaderno principal, folios 51 al 127.

43 Al expediente fue allegada copia de constancia emitida, el 2 de junio de 2016, por el personero municipal de Pamplona, según la cual, tras visita realizada a las instalaciones de la Empresa de Servicios Postales Nacionales S.A., se constató que a la accionante se le estaba

negando el ingreso a su sitio de trabajo y no le fueron recibidas las incapacidades medicas por esta remitidas (Cuaderno 2, folio 42).

44 Ley 1116 de 2006, artículos 48.2.

45 Ley 1116 de 2006, artículo 50, numeral 5.

46 T-238 de 2008: “la jurisprudencia laboral ha reconocido que el usuario del servicio tiene claramente “una potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que, está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero ésta facultad la ejerce no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST, pues el personal enviado, depende exclusivamente de ella”⁴⁶. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997, Radicación 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez.

47 Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 6º. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador.

48 T-1058 de 2007.

49 Ver T-1058 de 2007.

50 Corte Constitucional. Sentencia T-335 de 2004 (MP Clara Inés Vargas). En este caso la Corte analizó el caso de una trabajadora del Hospital Materno Infantil ciudadela Metropolitana de Soledad, Atlántico, en el que la accionante consideró que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales a la educación, alimentación, buen nombre y mínimo vital al desvincularla de su cargo, sin cancelarle los meses laborados, correspondiente a los sueldos de cinco meses y un día y desconocer su condición de madre soltera y cabeza de hogar. La Sala de Revisión concedió el amparo solicitado y concluyó “que en el presente caso debe presumirse la existencia de un contrato realidad entre la accionante y la demandada. En efecto, el demandado señala que la accionante cumplía una jornada laboral de seis horas, las cuales sumadas a las planillas de turnos que fueron anexadas, permiten inferir una relación de subordinación, por lo cual se concluye que los valores que esta última adeuda son de carácter salarial. || Siendo esto así, puede constatarse también que a la demandante se le

adeudan más de dos meses de salario. De igual forma, la demandada no probó la existencia de otros ingresos o recursos de la actora, con los cuales pudiera desvirtuarse que su mínimo vital había sido afectado. Y finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, los argumentos de carácter económico o presupuestal para disculpar el no pago de salarios, no son admisibles.”

51 Corte Constitucional. Sentencia T-903 de 2010 (MP Juan Carlos Henao). En este caso, la Corte Constitucional debía establecer si los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante fueron vulnerados por el Municipio accionado, en razón de la posible existencia de una relación laboral entre las partes por las funciones que el actor desempeñó. La Sala de Revisión concedió el amparo de los derechos por considerar que “si se contrastan estos presupuestos jurídicos con los elementos del caso se deduce que, el tipo de vinculación del señor Gilmer Sierra con la Institución, no era acorde a la naturaleza del contrato de prestación de servicios. En efecto, para realizar las funciones de vigilancia, aseo y mantenimiento que se han desarrollado a lo largo de la relación no se exigió la experiencia, capacitación y formación profesional propia del contrato de prestación de servicios. El señor Sierra no contaba con autonomía ni independencia para el desarrollo de las funciones porque tenía un horario específico para ejercer la vigilancia, que era los fines de semana y los días festivos, y de igual forma, estaba sujeto a las órdenes de los directivos de la institución en relación con los oficios varios que desempeñaba. Los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos durante cerca de 8 años son la prueba fehaciente de que, en lugar de tener una relación limitada en el tiempo, era una relación laboral a término indefinido con obligaciones claramente estipuladas, por esto, es claro que el requisito de la temporalidad tampoco se cumplió. En fin, la naturaleza del cargo que desempeñaba el señor Gilmer Sierra dificultaba que su contratación fuera por medio de un contrato de prestación de servicios. Como se explicó, esta forma de contratación encubrió una relación de índole laboral, cuya implicación principal fue que no se reconocieran a favor de Gilmer Sierra los salarios durante la vigencia real de la relación laboral, las prestaciones sociales ni la afiliación a la seguridad social”.

52 Corte Constitucional. Sentencia T-480 de 2016, (MP Alberto Rojas Ríos. SV María Victoria Calle). La Corte consideró que en el caso analizado, después de la verificación del cumplimiento de los tres elementos esenciales vistos en precedencia, “entre el ICBF y las 106 madres comunitarias sí existió contrato de trabajo realidad desde el 29 de diciembre de

1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. Ello, no es más que el resultado de la observancia y adecuada aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, como garantía en la protección efectiva de los derechos laborales que solicitan las accionantes, ante el desconocimiento sistemático de esos derechos por parte del ICBF, entidad que, solo se dedicó a implementar estrategias jurídicas encaminadas a ocultar esa relación laboral y evadir las verdaderas obligaciones que emanaron de la misma”.

53 C-330 de 1995.

54 C-330 de 1995.

55 Ver la sentencia T-434 de 2002. Esta posición fue reiterada en las sentencias T-792 de 2009 y T-445 de 2014 entre otras. En esta última decisión, correspondió a la Sala Primera de Revisión decidir si un empleador vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la igualdad de una ciudadana, al dar por terminado su contrato laboral de manera unilateral bajo el argumento de que su edad y estado de salud le impedían realizar adecuadamente sus funciones, a pesar de que no le solicitó previamente autorización al Ministerio del Trabajo para realizar el despido. Concluyó, que al haber gozado de una estabilidad laboral reforzada en el momento de los hechos, la accionante tenía derecho a no ser despedida en razón a su situación de vulnerabilidad y a permanecer en su cargo hasta que el inspector de trabajo autorizara su despido con base en la verificación previa de una justa causa. Razón por la cual, ordenó su reintegro y el pago de algunas acreencias laborales causadas.

56 T-372 de 2017.

57 T-317 de 2017.

58 SU-049 de 2017.

59 T-503 de 2015.

60 Artículo 54 Constitucional: “[e]s obligación del Estado y de los empleadores ofrecer

formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. 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”.

61 Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786/08 expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93, SU-544/01, T-1316/01 y T-983/01, entre otras.

62 T- 235 de 2010 y T-222 de 2017.