

**SENTENCIA No. 16/2017****SALA DE DECISIÓN N° 002 CONSTITUCIONAL**

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00074-02
Demandante	MARCO ANTONIO TORRES MONTALVO
Demandado	EMTIRIA SAS- SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO BAHÍA S.A.- JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Improcedencia de la acción de tutela para un reintegro, por falta de la prueba de la discapacidad – existencia de un medio de defensa judicial idóneo y eficaz - principio de subsidiariedad.</i>

I. OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dirimir la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia del 30 de noviembre de 2016¹ proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor MARCO ANTONIO TORRES MONTALVO.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor MARCO ANTONIO TORRES MONTALVO, identificado con la C.C. No. 7.917.732

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de EMTIRIA S.A.S.- SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO BAHÍA S.A.- JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

IV. ANTECEDENTES**4.1. Pretensiones.**

MARCO ANTONIO TORRES MONTALVO, solicita se le protejan los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, la vida digna, seguridad social,

¹ Fols. 267- 279 cdno 1

**SENTENCIA No. 16/2017**

estabilidad laboral, y la protección especial de las personas discapacitadas o en estado de debilidad manifiesta; en consecuencia solicita que se ordene la ilegalidad del despido ordenando su reintegro, adicional que la accionada pague la indemnización superior equivalente a 180 días de salario, el pago de la indemnización por despido sin justa causa, además al pago de los salarios dejados de recibir hasta la fecha actual y por último, la revocación del dictamen de la Junta Nacional de Calificación.

4.2. Hechos².

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

El día 16 de noviembre el señor Marco Antonio Torres Montalvo ingresó a trabajar con la empresa Emtiria S.A., dentro de las instalaciones de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A. la labor a desempeñar era de oficial de obra civil.

El 12 de septiembre de 2014, dentro de la realización de sus labores ordinarias, el actor en compañía de 6 personas más, procedieron a cargar una parrilla metálica de aproximadamente 600 kilos, al momento de levantarla el señor Marco Torres Montalvo sintió un tirón en la espalda que lo dejó sin poder laboral y quejándose del dolor.

Aduce que la situación no fue reportada a la respectiva Administradora de Riesgos Laborales.

Afirma que, los dolores fueron constantes a tal punto que el 18 de septiembre de 2014 acudió ante su superior para manifestarle el malestar que padecía y el mismo hizo caso omiso. Sin embargo, la contratante Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A., tuvo conocimiento de la situación y procedió a realizar el seguimiento del caso.

Los médicos tratantes determinaron que luego del sobreesfuerzo lumbar el actor sufría de Cervicodolor lumbalgia irradiada a miembro inferior izquierdo con evidente contracción muscular para espinal dorsolumbar dolorosa, ocasionando restricción de movimientos, discopatía degenerativa.

Posteriormente, la ARL Colpatria determinó que la pérdida de la capacidad laboral del accionante no era consecuencia del accidente de trabajo.

La decisión de la ARL fue objeto de recursos, por lo que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, mediante dictamen 7906 del 16 de abril

² Fols. 1-3 cdno 1

**SENTENCIA No. 16/2017**

de 2015 decidió que la pérdida de la capacidad laboral era de 8,95%, la misma fue apelada y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 7917732 del 30 de marzo de 2016, manifestó que la pérdida de la capacidad laboral era de 0%, debido a que, la lesión no era producto del accidente.

En fecha 08 de abril de 2016, y luego de la notificación de la decisión de la Junta Nacional, la empresa EMTIRIA S.A., procedió dar por terminado el contrato de trabajo del accionante.

Concluye afirmando que, no ha podido realizar los seguimientos médicos recomendados en el examen de egreso debido a que no cuenta con seguridad social, además, necesita ayuda de un bastón para caminar y aduce que, el sueldo que devengaba era su única fuente de ingreso para el sustento de su familia.

4.3 CONTESTACIÓN EMPIRIA S.A.S.³

En el informe presentado por la entidad, arguye que, el accionante no se encontraba en condición de discapacidad, debido a que, la entidad de salud levantó cualquier restricción que hubiera tenido con anterioridad. Por otro lado, afirma que la empresa continuó dejándolo en el cargo al cual había sido reubicado y le había programado las citas de fisioterapia, a pesar de no tener ningún tipo de incapacidad emitida por la EPS.

Reitera que, la desvinculación obedeció por desaparecer las causas que dieron origen al contrato de trabajo, en virtud a que las obras para las que fue contratado el accionante terminaron en el proyecto de Puerto Bahía por baja de capacidad.

Por otro lado afirma que, el actor no contaba con una pérdida de capacidad laboral que le ubicare una limitación severa, por lo que no se configura un perjuicio irremediable.

Concluye solicitando, que se declare la improcedencia de la acción por existir otro medio de defensa judicial.

V. FALLO IMPUGNADO⁴

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016, resolvió denegar los derechos

³ Fols. 222- 241 cdno 1

⁴ Fols. 267- 279 cdno 1

**SENTENCIA No. 16/2017**

invocados por el accionante; toda vez que no encontró vulnerados los mismos, teniendo en cuenta que el actor no demostró la situación de vulnerabilidad que alegaba presentar, por otro lado, consideró que existen otros medios judiciales en la jurisdicción ordinaria laboral para lograr el fin que pretende, como es su reintegro laboral y el pago de acreencias laborales dejadas de percibir.

VI. IMPUGNACIÓN**6.1 DEMANDANTE**

El actor impugnó el fallo, solicitando su revocatoria, para lo cual planteó los siguientes argumentos:

Argumenta que, no es de recibo el hecho de que el juez de primera instancia alegue que no existe prueba de la vulnerabilidad del actor, teniendo en cuenta que el accionante después de la salida de la empresa tiene la dificultad para desplazarse, que necesita tomar medicamentos a diario para disminuir el dolor y que tenga que usar bastón para poder sostenerse de pie.

Concluye afirmando que, prueba de lo anterior es el examen de egreso, con él se puede demostrar que no salió con las mismas condiciones físicas en la que ingresó a la empresa.

VII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 13 de diciembre de 2016⁵, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 31 de enero de 2017⁶. Estando el proceso para su admisión, el Magistrado Ponente estimó necesario devolver el expediente al Juzgado de origen para que, surtiera la notificación de la sentencia de primera instancia, debido a que, no se encontró constancia alguna de su realización. Habiéndose cumplido lo ordenado por esta Corporación, el mismo fue admitido por esta Magistratura el 6 de febrero de esta anualidad⁷.

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

⁵ Fol. 282 cdno 1

⁶ Fol. 2 cdno 2

⁷ Fol. 4 cdno 2



SENTENCIA No. 16/2017

- Copia de la certificación emitida por EMTIRIA S.A.S., en donde consta el tiempo que el accionante laboró en la compañía⁸.
- Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 7917732 del 30 de marzo de 2016, emitida por la Junta Nacional de CALIFICACIÓN de Invalidez⁹.
- Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 7906 del 16 de abril de 2015, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar¹⁰.
- Historia clínica del accionante¹¹.
- Contrato de trabajo suscrito entre el accionante y la compañía EMTIRIA S.A.S.¹²
- Copia de la carta de terminación de trabajo, emitida por EMTIRIA S.A.S.¹³
- Copia de la solicitud de examen médico ocupacional de retiro al señor Marco Torres Montalvo, remitido por EMTIRIA S.A.S., a Colmedicos IPS¹⁴.
- Copia parcial del informe de AXA Colpatria en donde remite a la compañía EMTIRIA S.A.S., la valoración realizada al actor por la Dirección de Medicina Laboral ante la Administradora, del 19 de diciembre de 2014¹⁵.
- Copia de la carta dirigida a la compañía de fecha 29 de febrero de 2016, por medio de la cual el accionante aclara el origen de las últimas incapacidades emitidas por la EPS¹⁶.
- Comunicación de la valoración del accidente de trabajo del tutelante, emitido por la junta Nacional de Calificación de la Invalidez a EMTIRIA SAS., recibido el 1ro de abril de 2016¹⁷.
- Informe de accidente de trabajo, presentado ante AXA COLPATRIA de fecha 16 de octubre de 2014¹⁸
- Incapacidades médicas emitidas por las distintas entidades al actor¹⁹.

⁸ Fol. 21 cdno 1

⁹ Fols. 22- 25 cdno 1

¹⁰ 26- 27 cdno 1

¹¹ Fols. 28-39 cdno 1

¹² Fols. 242- 245 cdno 1

¹³ Fols. 246 cdno 1

¹⁴ Fol. 249 cdno 1

¹⁵ Fols. 250 cdno 1

¹⁶ Fol. 251 cdno 1

¹⁷ Fol. 254 cdno 1

¹⁸ Folio 254 c/no 1

¹⁹ Fols. 255- 260 cdno 1

**IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL****9.1. La competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

9.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es la tutela el medio idóneo para dejar sin efectos un concepto emitido por la junta Nacional de Calificación de Invalidez que determina que no existe pérdida de capacidad laboral que tenga por origen un accidente de trabajo?

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) La estabilidad reforzada de las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta en las distintas opciones productivas o de generación de ingresos. Reiteración de jurisprudencia, iii) Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral. Reiteración de jurisprudencia. iv) carácter subsidiario de la acción de tutela, v) Caso concreto.

9.3 TESIS DE LA SALA

En ese orden de ideas, la Sala sostendrá que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, debido a que, en el presente caso no se configura el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, por cuanto existen otros mecanismos de defensa judicial para solicitar la ilegalidad del despido, el pago de indemnización y acreencias laborales dejadas de percibir. Por otro lado en cuanto al requisito de inmediatez el mismo no se encuentra configurado debido a que, el accionante no demuestra las razones por las cuales no acudió a la jurisdicción ordinaria laboral para resolver su solicitud de reintegro laboral.

9.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los

**SENTENCIA No. 16/2017**

derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

9.5 La estabilidad reforzada de las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta en las distintas opciones productivas o de generación de ingresos. Reiteración de jurisprudencia²⁰.

En cuanto al derecho de la estabilidad laboral de las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta la H. Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, y establece las condiciones por las cuales es procedente la acción de tutela, al respecto:

“La Constitución Política de Colombia contiene diferentes disposiciones que protegen el derecho al trabajo. Así, el artículo 2º establece su condición de principio fundante de la organización social, el artículo 25 lo cataloga como derecho fundamental y el artículo 53 determina los principios mínimos que deben observarse en el marco de las relaciones laborales, uno de ellos la estabilidad en el empleo.

²⁰ Sentencia T- 141 de 2016, Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

**SENTENCIA No. 16/2017**

Concretamente, el derecho a la estabilidad reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por razones de salud ha sido construido con apoyo a los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 1º, 13, 47, 54 y 95.

En particular, el artículo 13 de la Constitución Política establece la igualdad de derechos, consideración y respeto para todos los ciudadanos. De una parte, en el inciso primero se consagran la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, componentes esenciales de la dimensión formal de la igualdad. Por otra parte, los incisos segundo y tercero, ordenan la adopción de un tratamiento diferencial, de carácter favorable, frente a personas en condición de debilidad manifiesta o vulnerabilidad, por medio de acciones positivas destinadas a superar las desventajas de hecho que se presentan en la sociedad para alcanzar así una igualdad material.

También es relevante mencionar que los artículos 47 y 54 de la Carta consideran sujetos de protección constitucional a las personas con discapacidad, y ordena a las autoridades estatales la adopción de medidas adecuadas de protección, y a la sociedad en su conjunto dirigir esfuerzos concretos para su integración social.

Especial énfasis se debe hacer sobre el principio de solidaridad social, cuya fuente normativa se encuentra en los artículos 1º y 95 de la Constitución. Dicho principio ha sido desarrollado así:

“La jurisprudencia constitucional ha explicado que el principio de solidaridad, por regla general, debe ser objeto de desarrollo legislativo para que de éste se deriven deberes concretos en cabeza de las autoridades. Sin embargo, también ha señalado que este principio puede generar obligaciones impuestas directamente por la Constitución frente a grupos vulnerables, precisamente por su relación con el principio de igualdad material.”

La Corte ha señalado que el principio de solidaridad es “un deber, impuesto a toda persona [y a las autoridades estatales] por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-181-12.htm> - _ftn13. También ha manifestado la Corte que la solidaridad posee una estructura compleja que abarca, al menos, las siguientes dimensiones: “(i) [es] una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; [y] (iii) un límite a los derechos propios”.

En desarrollo de estos mandatos, el Legislador expidió la Ley 361 de 1997, adoptando medidas para la integración laboral de la población con discapacidad. Por un lado, dispuso acciones positivas, tendientes a propiciar la contratación de personas con discapacidad, instaurando una serie de incentivos

**SENTENCIA No. 16/2017**

crediticios, tributarios y de prelación en procesos de licitación, adjudicación y contratación con el Estado.

En el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se prohibió el despido discriminatorio de personas con discapacidad, creando así una restricción constitucionalmente legítima a la libertad contractual del empleador, quien sólo está facultado para terminar el vínculo laboral después de solicitar una autorización a la correspondiente oficina de trabajo, para que ésta determine si existe una justa causa para la terminación del vínculo. La sanción en caso de presentarse el despido de una persona con discapacidad sin el citado permiso, es el pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario.

En la sentencia C-531 de 2000, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la disposición considerando que el pago de la sanción no autoriza al empleador para despedir a la persona en situación de discapacidad, un despido de esa naturaleza carece de efectos, siendo procedente por lo tanto, el reintegro del afectado, sin solución de continuidad en materia de salarios y prestaciones sociales.

50. El concepto de integración implica la necesidad de brindarle a las personas en situación de discapacidad una estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, la adopción de medidas necesarias para ello. La estabilidad y ubicación laboral, han sido consideradas por la Corte Constitucional como un pilar importante para lograr el objetivo de integración social de las personas en situación de discapacidad. En consecuencia, cuando se analiza la relación laboral de trabajadores en situación de discapacidad, opera el principio de estabilidad en el empleo, que consiste en la garantía de permanecer en él y gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo contraído.

En estos términos, una medida que posibilita el ejercicio del derecho a la igualdad de las personas en situación de discapacidad es la reubicación laboral. Al respecto la Corte ha considerado que: "Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación."

En cuanto a las condiciones para determinar a quién cobija esta protección laboral, reiteradamente la Corte ha aclarado que la protección constitucional aplica tanto para las personas que acreditan una discapacidad médicamente calificada por los órganos competentes, como a las personas que se hallan en condición de debilidad manifiesta por una condición de salud (Subrayado de la Sala). Tan es así que en la sentencia C-531 de 2000, la Corte al analizar la norma citada, estudió al sujeto de la disposición como "persona con una limitación física, sensorial o mental", sin mencionar la necesidad de ser calificada como tal. Al respecto, dijo:

**SENTENCIA No. 16/2017**

“Sólo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realicen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13)”.

En ese orden de ideas, darles un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud o a las personas calificadas con discapacidad, desconoce los fundamentos constitucionales y, principalmente, su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, esté o no calificada.

Así, las personas con discapacidad y aquellas que se encuentren en condición de vulnerabilidad por razones de salud enfrentan una situación de debilidad social que genera deberes derivados del principio de solidaridad, tanto para las autoridades como para los particulares.

Desde el punto de vista del derecho a la igualdad, las personas en condición de debilidad manifiesta merecen un trato especial, de carácter favorable, por parte del resto de la sociedad. Esas consideraciones operan de manera armónica con el principio de solidaridad, principio que impone a los empleadores y a la administración pública brindar a la persona en condición de debilidad por motivos de enfermedad un empleo estable brindándole una fuente de ingresos que le permita perspectivas de realización personal, garantizando además el mínimo vital propio y el de su familia.

52. Es necesario indicar que si bien ésta ha sido la doctrina reiterada por la mayoría de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, algunos magistrados han salvado o aclarado su voto, dando un enfoque diferente a la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta.

En dichos disentimientos se ha expuesto que es diferente la protección brindada a las personas en situación de discapacidad -que se entienden calificadas-, a la protección otorgada a las personas en situación de debilidad manifiesta, quienes si bien no han sido calificadas ven disminuido su estado de salud. De esta manera, (i) la estabilidad reforzada del primer grupo se otorga en aplicación de la Ley 361 de 1997 y por tanto, ante el despido de una persona calificada como discapacitada sin la autorización de la autoridad laboral competente, procede el pago de la indemnización prevista en la Ley y el reintegro correspondiente. (ii) Respecto del segundo grupo, su protección no se desprende de la ley sino directamente de la Constitución, por ello, al comprobarse el despido de una persona en debilidad manifiesta no es procedente el pago de una indemnización

**SENTENCIA No. 16/2017**

sino simplemente el reintegro, teniendo en cuenta que la sanción se genera por la presunción contenida en la ley.

Con todo, para el caso concreto, esta Sala asume la posición mayoritaria que considera que la Ley 361 de 1997, armónica con principios constitucionales de la mayor importancia, le es aplicable a personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta bien sea porque su discapacidad haya sido calificada o porque su salud se encuentre afectada por una disminución física, sensorial o mental, sin que ello implique calificación^[67] y, por lo tanto, la protección del juez constitucional, de ser transitoria, sería la misma -reintegro y pago de indemnización”.

9.6 Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral. Reiteración de jurisprudencia²¹.

Para tratar este punto, es importante traer a colación lo que ha manifestado nuestro Máximo Tribunal Constitucional, en sentencia de la referencia, la cual será citada en extenso por su claridad en el tema:

“El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Adicionalmente, dice que el amparo solo será procedente cuando no exista en el ordenamiento jurídico un recurso judicial para defender el derecho presuntamente vulnerado. Este concepto ha sido entendido por la Corte como principio o requisito de subsidiariedad^[3]. (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable^[4]. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería

²¹ Sentencia T- 041 de 2014, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014).

**SENTENCIA No. 16/2017**

desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual"^[5].

Pese a ello, excepcionalmente, este Tribunal ha entendido que es procedente cuando se trata personas que se encuentran en "circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada"^[6]. Este punto ha sido reiterado en varias ocasiones por la Corte^[7].

De acuerdo con ello, en la Sentencia T-663 de 2011, este Tribunal Constitucional sostuvo que la procedencia preferencial del amparo constitucional "proviene de la necesidad de un mecanismo célere y expedito para dirimir esta clase de conflictos cuando el afectado es un sujeto que amerite la estabilidad laboral reforzada, (...). Ante tales eventos, la acción constitucional aventaja al mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad, frente a las circunstancias particulares del actor para cada caso concreto". En otros términos, ante la condición de debilidad del o la accionante, el amparo constitucional reemplaza al mecanismo ordinario de tal suerte que las posibilidades de reintegro dependerán de la verificación de circunstancias de fondo estrechamente relacionadas con la estabilidad laboral reforzada.

Así mismo, mediante Sentencia T-864 de 2011, esta Corporación sostuvo que "la jurisprudencia de la Corte también ha reconocido que la acción de tutela procede como mecanismo de protección de manera excepcional, en los casos en que el accionante se encuentra en una condición de debilidad manifiesta o sea un sujeto protegido por el derecho a la estabilidad laboral reforzada, es decir, en los casos de mujeres en estado de embarazo, de trabajadores con fuero sindical y de personas que se encuentren incapacitadas para trabajar por su estado de salud o que tengan limitaciones físicas."^[8]

En igual sentido:

"en los casos de personas protegidas por la estabilidad laboral reforzada no existe dentro de los procesos ordinarios un mecanismo preferente y sumario para que opere el restablecimiento de sus derechos como trabajadores. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional "considera [que] la acción de tutela [es] procedente para ordenar el reintegro al trabajo (...) de los trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas, despedidos sin autorización de la oficina del trabajo así mediar una indemnización."^[9] Lo anterior, con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de debilidad y evitar que los trabajadores despedidos bajo estas circunstancias deban adelantar un proceso engorroso que no sea idóneo o eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

Se entiende entonces que, aunque en principio la acción de tutela dada su naturaleza subsidiaria, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral, en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad

**SENTENCIA No. 16/2017**

laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta y sea desvinculado de su empleo sin autorización de la oficina del trabajo o del juez constitucional, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección principal”^[10]

En síntesis, si bien la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral, en algunos casos, como por ejemplo cuando el titular del derecho encuentre protección relativa a la estabilidad laboral reforzada, este trámite se convierte, transitoria o definitivamente^[11], en el mecanismo más adecuado de protección del derecho. Al adquirir dicha connotación, reemplaza los mecanismos ordinarios permitiendo solicitar el reintegro de las personas que se enmarcan en tales condiciones”.

Se concluye de lo anterior que, si bien la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener el reintegro laboral, la misma resulta procedente en las situaciones establecidas por la H. Corte Constitucional como es la prueba del perjuicio irremediable o que la persona se encuentre en condición de debilidad manifiesta.

9.7 Carácter subsidiario de la acción de tutela.

No debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en cuanto la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y, por tanto, no está diseñada para sustituir los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Sobre este tópico, dijo:

“La acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras

**SENTENCIA No. 16/2017**

jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció que dentro de las labores que le impone la Constitución "está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas."²²

Con la misma *sindéresis*, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no es procedente cuando el accionante omitió utilizar los medios de controles o recursos ordinarios ofrecidos por el ordenamiento jurídico y pretende suplir su inactividad mediante el ejercicio de esa acción constitucional.

Ahora bien, respecto al ejercicio de la acción de tutela ante la posible vulneración de derechos fundamentales, la Corte Constitucional estableció como regla general, la improcedencia de la solicitud de amparo, considerando su naturaleza residual y subsidiaria, máxime cuando se está en presencia de decisiones administrativas (actos administrativos), mediante las cuales existen vías ordinarias de defensa. Al respecto, lo conceptualizado por la Corporación Constitucional:

"En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional."²³

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que, existen eventos, donde pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, es procedente el ejercicio de la acción de tutela, destacándose aquellas situaciones en las que se prevé la ineficacia de los recursos ordinarios de defensa y la materialización de un perjuicio irremediable, recalándose al respecto:

"No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha establecido dos situaciones excepcionales en las cuales es procedente la acción de tutela. Una de ellas, consiste en que el medio o recurso existente no

²² Corte Constitucional, sentencia T-262/98.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-090/13.

**SENTENCIA No. 16/2017**

sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.

En cuanto a la segunda situación excepcional en la cual puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado"²⁴

Conclúyase de lo anterior, que esta acción será procedente siempre que se esté frente a un perjuicio irremediable y que el mismo sea de tal magnitud que hace impostergable la protección del derecho conculcado o en peligro de ser desconocido.

9.8 CASO CONCRETO

En el presente asunto, el actor solicita el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la vida digna, la estabilidad laboral y la protección especial de las personas discapacitadas o en estado de debilidad manifiesta, por encontrarse presuntamente conculcado por EMTIRIA SAS- SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO BAHÍA S.A.- JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ:

Arguye el actor, que la vulneración de su derecho fundamental, se deriva de la ilegalidad del despido realizado por la empresa EMTIRIA S.A. en su calidad

²⁴ Supra, nota 6. En materia de perjuicio irremediable la Corte Constitucional en sentencia T-196 de 2010. manifestó "que aquel se configura a partir de la concurrencia de varios elementos, como "la inminencia, que exige medidas inmediatas; la urgencia, que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales."

**SENTENCIA No. 16/2017**

de trabajador con estabilidad laboral reforzada, sin obtener autorización del Ministerio del Trabajo. La desvinculación, la realizó la empresa mencionada, aduciendo que la misma obedeció por cuanto desapareció la causa que dio origen al contrato de trabajo, como lo fue, que se terminaron las obras que estaban ejecutando dicha empresa, y para las fue contratado el accionante.

En el plenario, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

Se constató que, el actor trabajó en EMTIRIA S.A., en el cargo de oficial, desde el día 16 de noviembre de 2013 hasta el 08 de abril de 2016 (ver nota 8).

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez dictaminó que la pérdida de su capacidad laboral era de un 0% bajo el argumento que, no se puede atribuir al esfuerzo del evento laboral la presencia de trastornos de discopatía degenerativa, y que se trata de un lumbago agudo por contractura muscular, que se resuelve en forma espontánea en el término de unas semanas con o sin tratamiento (ver nota 9).

De igual forma se evidencia en dicho dictamen que, el accionante se había sometido a estudios por lumbago desde antes del accidente de trabajo ocurrido el 18 de septiembre de 2014. En ese sentido, si bien el accidente es de origen laboral, la enfermedad presentada es de origen común por tratarse de una patología de naturaleza degenerativa, por cuanto la misma no le impide trabajar.

Del recuento anterior, se destaca que frente a la procedencia de la acción de tutela, tal como se advirtió en la parte considerativa, no está diseñada como un mecanismo judicial alternativo o complementario a los previstos por el legislador para la defensa de los derechos, por lo que debe entenderse que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, han sido estatuidos como instrumentos de carácter preferente a los que se debe acudir en procura de la efectiva garantía de protección de los derechos. De ahí que se justifique el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Sea lo primero dilucidado, que para la Sala no existe vulneración de su derecho al debido proceso, teniendo en cuenta que el trámite realizado por la entidad accionada, estuvo ajustado a los preceptos legales y constitucionales, teniendo en cuenta que, la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizó el correspondiente estudio del caso, dictaminando una pérdida de capacidad laboral de 8.95% (fl. 26-27); dicho porcentaje, fue impugnado por el actor y, por la ARL AXA COLPATRIA, y conocido, en segunda instancia, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien determinó un porcentaje de pérdida de capacidad del 0%, ya que el origen del lumbago es de accidente de carácter laboral, sino, de origen general, de naturaleza degenerativa crónica que venía de tiempo atrás (fl. 62-65).

**SENTENCIA No. 16/2017**

Igualmente está demostrado, que al momento de la terminación del contrato de trabajo celebrado entre el actor, y EMTIRIA S.A, (fl. 68-76), se encontró que el actor padece de un lumbago crónico, discopatía con abombamiento discal, L4-L5, y L5-S1, sobrepeso y escoliosis, generando un concepto de "examen de retiro con hallazgo clínico, que amerita control y seguimiento por su médico tratante".

En cuanto al despido injusto alegado por el tutelante se tiene que, como lo ha referido la H. Corte Constitucional la protección constitucional a una persona con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta, aplica para las personas que acreditan una discapacidad médicamente calificada por los órganos competentes, en ese sentido, la enfermedad referida ya fue calificada en primera instancia, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y en segunda por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Por otro lado, del material probatorio allegado no se tiene certeza de que el actor se encontrara en situación de debilidad manifiesta, teniendo en cuenta que su historia clínica es del año 2015, es decir que, a la presentación de esta acción no se puede deducir que su condición física haya disminuido aumentado, por lo que de acuerdo al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que arrojó como resultado un 0% de pérdida de capacidad, la patología que presenta el actor no es de origen laboral si no de naturaleza degenerativa, lo que nos lleva a concluir que la misma no le impide laborar de forma normal, siendo una enfermedad de origen común, que debe ser asumido por la EPS en la cual se encuentre afiliado, en caso de que ello genere incapacidades futuras.

En ese orden, para decretar la nulidad de la terminación del contrato laboral y su consecuente reintegro, el ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, a los cuales se pueden acudir para obtener las solicitudes de reintegro y pago de indemnizaciones.

Ahora bien, partiendo del supuesto que la presente acción se presenta como un mecanismo alternativo de los medios judiciales establecidos en la ley, por existir un perjuicio irremediable, el actor debía demostrar la existencia de tal perjuicio, el cual como se anotó en párrafos anteriores, debe ser inminente, urgente, grave, impostergable, así las cosas, este tipo de perjuicio no se presente *per se* por la condición alegada por el mismo, teniendo en cuenta que no se discute su condición si no, la ilegalidad del despido y su reintegro a las labores.

En dado caso, se estaría en la condición de perjuicio irremediable si con las pruebas allegadas se evidenciara que, el actor no pueda ejercer su trabajo o

**SENTENCIA No. 16/2017**

sus condiciones de vida se vieran afectadas con dicha decisión, tal como lo certifica la entidad accionada por medio del Dictamen del 30 de marzo de 2016, por medio del cual establece que el evento laboral no tiene la posibilidad de generar cambios de discopatía degenerativa y profusión discal en varios niveles de la columna lumbosacra, enfermedad que padece el actor.

Adicionalmente ante la falta de prueba con relación al perjuicio, al Juez Constitucional no le es dable invadir la órbita del Juez Ordinario Laboral, a efectos de establecer sobre la legalidad de un despido laboral, solo excepcionalmente podrá acceder a ello, cuando exista prueba del perjuicio irremediable, por lo tanto, esta Corporación declara la improcedencia de la acción por existir otro mecanismo de defensa judicial, que no ha sido utilizado sin justificación alguna.

Colorario a lo anterior, para la Sala no se observa violación del derecho fundamental al debido proceso, por lo cual, como se dijo en líneas anteriores lo que debe determinarse es el estudio del elemento de la legalidad del despido a su parecer sin justa causa, lo que no es propio al Juez Constitucional, sino del Juez Ordinario laboral, quien tiene esa competencia, pues a él le corresponde valorar si dicha decisión es contraria a la ley; pero este, es un juicio de legalidad que escapa de la jurisdicción del juez de tutela.

En ese orden de ideas, en el caso en concreto este Despacho procederá a declarar la improcedencia de la presente acción de tutela por los motivos expuestos en esta providencia.

X. CONCLUSIÓN

La respuesta al problema jurídico planteado es negativa, dada la improcedencia de la acción de tutela, puesto que el demandante cuenta con otros medios de defensa legales, los cuales puede emplear en sede jurisdiccional a fin de obtener la nulidad del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y consecuentemente su reintegro laboral, y las indemnizaciones a las que hubiera lugar.

XI. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,



SENTENCIA No. 16/2017

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Cartagena, dentro de la presente acción, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y **ENVÍESE** copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 20 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ