

Sentencia T-340/17

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

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

SUBORDINACION E INDEFENSION-Concepto

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

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

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

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL-Procedencia excepcional

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

DISCAPACIDAD E INVALIDEZ-Conceptos

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

DISCAPACIDAD NO ES SINONIMO DE INVALIDEZ

DERECHO A LA INTEGRACION LABORAL DE PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-Recuento no exhaustivo de jurisprudencia

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

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

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

TRABAJADOR NO ESTA OBLIGADO A ENTREGAR INFORMACION A EMPLEADOR SOBRE PRESENCIA DE ENFERMEDADES O CONDICIONES DE DISCAPACIDAD-Reiteración de jurisprudencia

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

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

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

Referencia: Expediente T-5.964.653

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

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

Procedencia: Juzgado 68 Penal Municipal con

función de control de garantías de Bogotá

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

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

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

sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

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

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que efectuó la Secretaría del Juzgado 68 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, según lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1997 de febrero de 2017, la Sala Segunda de Selección de Tutelas de la Corte lo escogió para revisión.

I. ANTECEDENTES

El 18 de noviembre de 2016, Ilse Adriana Usma Quevedo, interpuso acción de tutela contra la empresa Convergys Customer Management Colombia S.A.S., al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital. Particularmente, la accionante sostuvo que la vulneración se generó por la decisión de la compañía accionada de terminar unilateralmente su contrato de trabajo en su situación de discapacidad.

Hechos y pretensiones según la acción de tutela

1. La accionante, de 38 años de edad[1], indicó que fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, para el cual fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 61%[2] y el Fondo de Prestaciones Sociales del Estado le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo mensual.
2. Señaló que el 4 de septiembre de 2016, su cónyuge[4], el señor Juan Carlos Sanabria Argote, quien se encargaba de los gastos de vivienda, educación y vestido de sus dos hijos, falleció, razón por la cual se vio obligada a buscar empleo.
3. En razón de lo anterior, el 21 de septiembre de 2016 celebró contrato laboral a término indefinido con la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S., para ejercer labores en el cargo de representante de servicio al cliente y ventas, con una asignación básica mensual de \$800.000 pesos.
4. La demandante manifestó que, posteriormente, la compañía accionada tuvo conocimiento sobre su pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez. En consecuencia, el 18 de octubre de 2016 fue despedida con "justa causa", toda vez que: i) al momento de firmarse el contrato laboral omitió mencionar que se encontraba pensionada por invalidez, y ii) estaba inhabilitada médica y legalmente para ejercer las labores propias del empleo por su situación de discapacidad mental[6].
5. Por esas razones, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo solicitó, como medida de restablecimiento de derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la igualdad, que se ordenara a la compañía accionada reintegrarla al empleo que desempeñaba.

Fundamentos de la acción de tutela

Para fundamentar su solicitud, la accionante explicó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Constitución de 1997[7], en ningún caso la discapacidad de una persona puede ser motivo para obstaculizar una actividad laboral, a menos que dicha limitación sea demostrada como incompatible con las labores a desempeñar. En consecuencia, medida, la actora adujo que no podía ser despedida, pues si bien presenta una discapacidad, esto no impide desempeñar correctamente su trabajo.

II. Trámite Procesal

Por medio de auto del 21 de noviembre de 2016[9], el Juzgado 68 Penal Municipal con función de

garantías de Bogotá, avocó el conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado a la compañía demar el fin de que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela.

A. Contestación de la acción de tutela de Convergys Customer Management Colombia S.A.S.

Mediante escrito del 22 de noviembre de 2016[10], el representante legal de la compañía accionante declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que el despido de la accionante obedeció a discriminación alguna, sino a otros motivos.

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

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

En razón a lo anterior, el representante legal indicó que la compañía decidió terminar el contrato de trabajo con justa causa por dos razones. En primer lugar, porque la accionante “engañó” al empleador cuando no dio la información fundamental en el proceso de selección (numeral 1°, artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo) y en segundo lugar, porque la pensión de invalidez que en la actualidad recibe la accionante, legitima la terminación del contrato de trabajo (numeral 14, artículo 62 del CST).

Al respecto, en la carta de terminación del contrato con justa causa se le informó a la accionante que “conocido su condición, la Compañía no habría celebrado el contrato de trabajo, precisamente porque la accionante es médica y legalmente inhabilitada para ello.”[12]

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

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

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

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

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

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

B. Sentencia de única instancia

Mediante sentencia del 5 de diciembre de 2016[14], el Juzgado 68 Penal Municipal con función de garantías de Bogotá denegó el amparo que promovió la señora Ilse Adriana Usma Quevedo.

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

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

Mediante auto del 10 de marzo de 2017[15], la Sala Quinta consideró necesario solicitar pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el proceso de la referencia. En esa medida, le solicitó a la accionante información sobre su situación socioeconómica actual, y a la compañía accionada indicar la relación con la estructura organizacional de la empresa.

1.1. En comunicación del 22 de noviembre de 2017[16], la señora Ilse Adriana Usma Quevedo señaló, en primer lugar, que tiene dos hijos menores de edad, Ángel Gabriel Sotelo Usma (13 años) y Natalia Sanabria Usma (10 años)[17]. También indicó que la menor de edad Natalia Sanabria Usma es hija de su esposo, el señor Carlos Sanabria, con quien convivió durante ocho años, hasta el momento de su fallecimiento.

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

Servicios públicos	\$62.000
Administración de vivienda	\$58.500
Alimentación, útiles de aseo y medicinas	\$780.000
Útiles escolares	\$50.000
Recreación y otros	\$80.000
Transportes	\$ 83.140
Pensión escolar mensual del niño Ángel Gabriel	\$371.697
Ruta escolar mensual del niño Ángel Gabriel	\$186.000
Cursos extracurriculares de la niña Natalia	\$120.000

Ruta escolar mensual de la niña Natalia	\$120.000
---	-----------

En tercer lugar, la accionante manifestó que su estado de salud se encuentra estable, pese al último traumático ocurrido, esto es, el fallecimiento de su esposo. Además, añadió que su psiquiatra tratante que puede laborar sin problema alguno, y que el hecho de encontrarse desempleada y en una económica difícil puede ocasionar una desmejora en su estado de salud[18].

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

2. Mediante escrito recibido en este despacho el 29 de marzo de 2017[20], el representante legal de la compañía accionada presentó la estructura orgánica de Convergys Customer Management Colombia S.A.S. En la misma, el funcionario describió en su mayoría los cargos de socios, gerentes, directores, entrenadores y coordinadores de área.

3. En cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015[21], las anteriores pruebas se pusieron a consideración de las partes mediante oficios del 23 de marzo de 2017, las cuales no emitieron pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para examinar la sentencia de tutela proferida en este caso en conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2700 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

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

La peticionaria fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, razón por la cual fue calificada con PCL por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mensual. Asimismo, la mesada pensional que actualmente recibe constituye una fuente económica que es suficiente para suplir los gastos básicos de subsistencia de ella y sus hijos menores de edad.

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

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

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

las labores a desempeñar.

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

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

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

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

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

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

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

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

i) Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación para actuar

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

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

6. Legitimación por pasiva. Esta Corporación ha considerado que el amparo constitucional puede formar una manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales pueden presentarse asimetrías que generan el ejercicio de poder de unas personas sobre otras[23].

De esta manera, la Corte, mediante la interpretación de los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 1991, ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra particulares: i) cuando está encargado de la prestación de un servicio público[24]; ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo[25]; o iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o iv) de indefensión frente a éste.

En efecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relaciones que constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela[28]. En el caso concreto deberá verificarse si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de intereses jurídicos, legales o contractuales (subordinación), o si por el contrario, la misma es consecuencia de una situación fáctica en la que una persona se encuentra en ausencia total o de insuficiencia de medios físicos y jurídicos para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente al particular (indefensión).

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

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

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

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

Inmediatez

8. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, condicionada al cumplimiento del principio de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que presuntamente vulnera los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la urgencia existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela “en todo momento” y el deber de respetar la configuración de la acción como un medio de protección “inmediata” de las garantías fundamentales. Es decir, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza urgente de la tutela y la interposición oportuna.

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

Subsidiariedad

9. El Artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, destacan el carácter subsidiario por el que está

la acción de tutela. En consecuencia, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: **procede el amparo como i) mecanismo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias que se estudia**[30]; **ii) procede la tutela como mecanismo transitorio, ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la situación del peticionario**[31]. Además, **iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional - como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, población en situación de discapacidad para proteger su derecho a la no discriminación, entre otros - el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.**

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

Así por ejemplo, en principio la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro laboral, cuando existen acciones judiciales para lograr tal fin, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación del trabajador. Sin embargo, en determinadas circunstancias la acción constitucional desplaza el mecanismo ordinario de defensa judicial, resultando idóneo y eficaz frente a la situación particular de quien reclama.

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

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

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

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

En efecto, para demostrar que el juicio ordinario resulta inadecuado, y que la vía constitucional es la apropiada para defender de forma definitiva los derechos de un trabajador en situación de discapacidad, es necesario que se valore no sólo su condición como sujeto de especial protección constitucional, sino que se analicen los pormenores de su situación actual, como que el diagnóstico genere la desafiliación del sistema de salud a pesar de la necesidad de ser atendido o que los gastos médicos afecte su mínimo vital. [35]

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las relaciones laborales implican, en principio, la improcedencia de aquella, pues los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos cuando han sido despedidos. No

ante demostradas condiciones de debilidad del peticionario, las acciones ordinarias pueden resultar ineficaces para brindar un remedio integral, motivo por el que la protección procederá de manera definitiva.

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

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

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

En ese sentido, la Sala encuentra que el medio ordinario en el caso de la accionante es inadecuado e ineficaz, pues se basa en que la accionante es una persona en situación de vulnerabilidad manifiesta, como lo es su situación de discapacidad la enfrenta con diversas barreras sociales que le impiden el acceso a los servicios y sistemas de la sociedad que están a disposición de los demás ciudadanos. Además, es madre cabeza de familia y la única fuente de ingresos con que cuenta, proveniente de la mesada pensional que corresponde a su nivel de mínimo mensual vigente, no le es suficiente para suplir sus necesidades básicas y las de sus hijos menores de edad.

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

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

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

11. En el año 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 del 3 de mayo de 2009 [37], la cual reforzó la transformación de dos paradigmas en relación con el concepto de discapacidad. Veamos: i) que la discapacidad no debe ser entendida como una enfermedad y ii) que comprende mucho más que un tratamiento médico de habilitación y rehabilitación.

El artículo 1° del referido instrumento internacional, que integra el bloque de constitucionalidad, establece los elementos que delimitan el concepto de discapacidad, así: “...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con las barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás...”.

Es pertinente aclarar que la CDPD no señala de manera expresa lo que debe entenderse por discapacidad, pero sí reconoce que la misma no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen, de modo que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. [39]

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

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

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

No obstante, en la actualidad se ha propendido por su integración en la comunidad debido, principalmente, a los siguientes factores: (i) progreso de la psicofarmacología; (ii) movimientos de derechos humanos en defensa de las personas con trastornos mentales; y (iii) la definición de salud de la OMS que incluyó dentro de su concepto el componente social y mental[42].

En ese sentido, el modelo social de la discapacidad, en especial, respecto de las personas con discapacidad psíquica o mental, se enfoca en brindar a dicho grupo poblacional la posibilidad de desarrollarse al máximo desde una perspectiva funcional y con independencia en la comunidad, pero sobre todo de potenciar sus capacidades individuales e introducir cambios en el entorno, para que puedan acceder al sistema educativo, encontrar empleo y participar en otras prácticas que los dignifiquen e integren a la sociedad.

15. Por otra parte, no debe confundirse la situación de discapacidad con la invalidez. En el marco de la legislación relacionada con el sistema de seguridad social, la invalidez está atada al reconocimiento de una prestación que se otorga a las personas que cumplen con los requisitos exigidos en la ley, como por ejemplo, contar con una pérdida de capacidad laboral del 50% o superior a este.[43]

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

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

17. En ejercicio del control judicial abstracto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-072 de 2008 estudió la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 361 de 1997, el cual consagra que el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, no implica la pérdida o suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

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

Al resolver el asunto, la Corte precisó que, en el caso de las personas con discapacidad, el acceso al trabajo no traduce solamente un aspecto económico, sino que el desarrollo de una actividad productiva se relaciona íntimamente con la dignidad de la persona, razón y fin de la Constitución de 1991, que permite romper con prácticas injustamente arraigadas en nuestro medio, como aquella de que una persona con discapacidad es “una carga para la sociedad. De esa manera, la Corte encontró absolutamente razonable que el legislador establezca disposiciones que permitan a las personas con discapacidad acceder al trabajo y participar en la sociedad.

que faciliten y estimulen el reintegro a la actividad laboral de las personas con discapacidad que se e pensionadas por invalidez.

18. Por otro lado, mediante Sentencia T-770 de 2012[45], la Sala Séptima de Revisión analizó la solici ciudadano que interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, por considerar que v derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo al emitir una resolución que decretó su retiro del serv por haber sobrepasado la edad correspondiente a su cargo y no cumplir con el requisito de aptitud psico ser ascendido. Lo anterior, por cuanto reportaba una disminución de capacidad laboral del 100% por pé de la visión.

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

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

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

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

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

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

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

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

22. En un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Universid Andes[46], sobre las barreras y discriminación de las PCD en el mercado laboral de nuestro país, se enc la percepción de pobreza en los hogares de personas con discapacidad es mucho más alta que para el re

familias.

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

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

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

23. Lo anterior, demuestra que debe avanzarse en esfuerzos de sensibilización y promoción de las capacidades de este grupo humano, seriamente afectado por la ausencia de oportunidades laborales. Al respecto, es importante traer a colación, una publicación de la Oficina Internacional del Trabajo sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidades[48], en la que textualmente se indicó siguiente:

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

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

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

26. Conforme al **Convenio 159 de la OIT**[50] sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad, los Estados se obligan a posibilitar la readaptación profesional de este grupo poblacional, lo que conlleva a que la persona obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se facilite así la integración de esta persona en la sociedad.

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

27. Así mismo, en el ámbito americano cabe destacar la expedición de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en 1994.

Asamblea General de la OEA en 1999, e incorporada al derecho interno por la Ley 762 de 2002.

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

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

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

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

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

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

La expresión “ajustes razonables” se conoce como la obligación de dar facilidades, adaptarse o tomar medidas para no efectuar modificaciones efectivas o adecuadas, tales como, efectuar adaptaciones en el ambiente de trabajo, a fin de eliminar los obstáculos que impidan a una PCD participar en una actividad o servicios en igualdad de condiciones con las demás. En el caso del empleo, esto podría significar modificaciones de los locales, adquirir o modificar equipos, ofrecer un lector o intérprete o la capacitación y supervisión pertinentes, adaptar los procedimientos de examen de ingreso o evaluación, modificar las condiciones de trabajo normales.[51]

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

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

29. De conformidad con la reseña sobre los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan el derecho al trabajo de las PCD, es evidente que (i) el trabajo es un derecho de trascendental importancia para la realización plena del ser humano. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de garantizar que las PCD sean consideradas en su totalidad, vean protegido este derecho y, (ii) la garantía del derecho al trabajo de las PCD está estrechamente ligada al derecho a la igualdad en su dimensión material, por cuanto la implementación de medidas que propicien la plena integración de las personas con discapacidad, su rehabilitación vocacional y profesional, el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo.

30. En el ámbito interno, la Constitución Política de 1991 consagra en múltiples disposiciones –artículo

54 y 68- la especial protección que gozan las PCD, y la jurisprudencia constitucional ha tenido la oport referirse ampliamente al tema de la protección de los derechos de este grupo poblacional.

En este sentido, el artículo 13 Superior establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas per por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y s los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. De este artículo se deriva la obligación del Es autoridades de adoptar medidas afirmativas para evitar la discriminación y garantizar la igualdad real de las PCD[53].

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

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

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

A su vez, el artículo 26 estipula para el empleador la prohibición de despedir o terminar los contratos i en razón de la discapacidad que sufra el trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del trabo la disposición, quienes procedan en forma contraria a ella, estarán obligados al pago de una inde equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo.

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

Al respecto, la Sentencia C-531 de 2000[54] señaló que, la autorización de la Oficina de Trabajo para p despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autorid encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e inte y para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajac

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

Además, esta Corporación ha precisado que el Ministerio del Trabajo tiene la obligación de pronunciarse de las autorizaciones de despido que le sean presentadas[55], pues omitir dicho deber vacía el con derecho a la estabilidad laboral reforzada y aumenta el estado de vulnerabilidad en la que se encu trabajadores con discapacidades.

En síntesis: (i) no procede el despido de una persona en situación de discapacidad sin que exista autori Ministerio de Trabajo, (ii) cuando el empleador alega justa causa, el Ministerio debe verificar si la caus es justa o no, esto con la finalidad de proteger al trabajador que se encuentra en situación de discap (iii) aun cuando se reconozca la indemnización, no procede el despido sin previa autorización[56].

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

Lo anterior encuentra un claro fundamento en la Responsabilidad Social Empresarial (artículo 333 del Código Sustantivo de Trabajo) según la cual la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y su actividad es un instrumento de mejora social y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de cohesión social. [57]

33. Por último, la **Ley Estatutaria 1618 de 2013** "Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad", contempla medidas para garantizar el derecho al trabajo de la población con discapacidad. A este respecto, establece en el artículo 10 que el Ministerio de Salud y Protección Social deberá desarrollar planes y programas de inclusión laboral y de ingresos flexibles para las personas que por su discapacidad severa o discapacidad múltiple, no pueden ser fácilmente incluidas en el mercado laboral, o vinculados en sistemas de producción rentables o empleos.

34. Ahora bien, en relación con la jurisprudencia sobre el tema de la discapacidad y su incidencia en el acceso al trabajo, esta Corporación ha reiterado que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos de que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable respecto de las funciones esenciales del cargo que se va a desempeñar [58].

De la misma forma, la jurisprudencia ha afirmado de manera indiscutible que a las personas con discapacidad se les puede negar, condicionar o restringir el acceso a un puesto de trabajo - público o privado - o la obtención de una licencia para ejercer cualquier cargo, con fundamento en la discapacidad respectiva, a menos que se demuestre que la función que se encuentra afectada o disminuida resulta imprescindible para la realización de las funciones esenciales del cargo o empleo respectivo.

Asimismo, a las personas que se encuentran pensionadas por invalidez tampoco se les puede restringir el acceso a un puesto de trabajo, ya que aun cuando exista una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no impide que la persona no pueda desarrollar una actividad productiva, de acuerdo con sus competencias. Así lo ha establecido esta Corporación en la Sentencia C-072 de 2003 [59], al estudiar la constitucionalidad del artículo 333 del Código Sustantivo de Trabajo de 1997, el cual consagra que el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que encuentre pensionada, no implica la pérdida ni la suspensión de su mesada pensional, siempre que no exista una doble asignación del tesoro público.

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

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

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

Sobre este particular, ha señalado que existen distintas formas de discapacidad y, en algunos casos, el grado de limitación no impide a la persona continuar su desempeño laboral o concurrir al mercado abierto para obtener una ocupación. En este último supuesto las medidas más habituales de protección a las personas con discapacidad "encuentran un límite, ya que están concebidas para facilitar la incorporación y el

personas con una afectación menos severa y quedan descartadas cuando se comprueba que la invalidez a la persona cumplir cometidos de índole laboral y que, por lo tanto, es indispensable pensar en otras protección del ingreso económico y de la integridad física y síquica de la persona con discapacidad”[63].

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

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

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

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

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

37. Para el caso de las personas que padecen el virus de VIH/SIDA, el Decreto 780 de 2011 del Reglamentario del Sector Salud y Protección Social-, señala que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de afectados por el virus de VIH[64]. No obstante, dicho Decreto estipula que si el empleado decide comunicar su afección al empleador, éste debe brindarle las oportunidades y garantías de acuerdo a su capacidad y reubicarlo en caso de ser necesario.

De igual manera, esta Corporación ha considerado que el trabajador, tanto al inicio de la relación laboral como durante el transcurso de la misma, no está obligado a divulgar el referido hecho. Así lo ha reconocido en sus pronunciamientos, entre los cuales cabe destacar la Sentencia T-628 de 2012[65], mediante la cual se declaró que ser portador del VIH o de enfermo de SIDA pertenece a la esfera íntima o privada pues, al menos en principio, la sociedad no le asiste ningún interés legítimo para conocer esta información y su divulgación podría activar las conductas discriminatorias que usualmente sufren estas personas.

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

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1002 de 1999[67], la Corte precisó que la exigencia de pruebas de embarazo por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora y su nómina de la misma, expone a las mujeres a una forzada escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad. Además, es una conducta reprochable que implica la vulneración de los derechos a la intimidad de la empleada, del libre desarrollo de su personalidad y su derecho al trabajo.

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

39. Ahora bien, en la Sentencia T-1219 de 2005[68], particularmente relevante para el presente asunto, esta Corporación precisó que el hecho de que las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, cuando se aplican normas expresas para evitar la discriminación laboral mediante la no obligación de entregar información sobre su afección, no significa que otras personas en especial condición de debilidad manifiesta, no estén igualmente protegidas contra similar tipo de actuación ilegítima.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del caso concreto

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

La peticionaria fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, razón por la cual fue calificada con PCL por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mensual. Asimismo, la mesada pensional que actualmente recibe constituye una fuente económica que es suficiente para suplir los gastos básicos de subsistencia de ella y sus hijos menores de edad.

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

Específicamente, se invocaron como justas causas legales, en primer lugar, el “engaño” que sufrió el actor cuando la accionante omitió dar información fundamental en el proceso de selección (numeral 1°, artículo

Código Sustantivo del Trabajo) y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la pensión de invalidez; la terminación del contrato de trabajo (numeral 14, artículo 62 del CST).

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

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

Para fundamentar la solicitud de reintegro, la accionante adujo que si bien presenta una discapacidad, impide desempeñar correctamente su trabajo, pues durante el período que laboró con la compañía el desempeño fue excelente, tanto así que en repetidas ocasiones recibió felicitaciones por sus capacidades y habilidades. Además, refirió que su psiquiatra tratante le indicó que puede laborar sin problema alguno. El hecho de encontrarse desempleada y en una situación económica difícil puede ocasionar un desmejorado estado de salud.

42. Para resolver esta cuestión, la Sala recuerda que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", señala que todo despido de un trabajador en situación de discapacidad debe contar con la autorización de la autoridad de trabajo correspondiente, en la medida que sin ese permiso la terminación del contrato es ineficaz, y en consecuencia el empleador deberá reintegrar al empleado y pagar la indemnización de 12 meses de salario.

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

43. En el asunto objeto de estudio, la señora Ilse Adriana Usma Quevedo fue diagnosticada con trastorno bipolar, razón por la cual fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 61% y el Fondo de Previsión Social del Magisterio le reconoció pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo mensual. En esta medida, la Sala encuentra comprobado que la accionante es una persona en situación de discapacidad.

En este punto, es importante destacar que, contrario a lo indicado por la empresa accionada, en relación con la supuesta incapacidad de la peticionaria para desempeñarse laboralmente, para la Sala de Revisión es claro que la señora Usma Quevedo lleva en sí un potencial productivo, tanto así que su psiquiatra tratante le indicó que puede laborar sin problema alguno y durante el período que trabajó con la compañía accionada su desempeño fue excelente. Afirmaciones que no fueron desvirtuadas en el trámite de revisión, cuando mediante oficio del 27 de marzo de 2017, se corrió traslado al empleador de la prueba presentada por la peticionaria.

44. Al respecto, también es preciso recordar que, no debe confundirse la situación de discapacidad con la invalidez. En el marco de las normas relacionadas con el sistema de seguridad social, la invalidez es el reconocimiento de una prestación que se otorga a las personas que cumplen con los requisitos exigidos como por ejemplo, contar con una pérdida de capacidad laboral del 50% o superior a este.

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

A su vez, a las personas que se encuentran pensionadas por invalidez no se les puede restringir el acceso

puesto trabajo, ya que aun cuando exista una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no impide que una persona no pueda desarrollar una actividad productiva, de acuerdo con sus competencias. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-072 de 2003[69], al estudiar la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 1097 de 2001, el cual consagra que el ingreso al servicio público o privado de una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, no implica la pérdida ni la suspensión de su mesada pensional, siempre que no exista una doble asignación del tesoro público, tal como no ocurre en el presente asunto.

Asimismo, es preciso señalar que contratar a un empleado que se encuentra pensionado por invalidez, no es prohibido para el empleador, ni al mismo trabajador, dependiendo de la modalidad contractual celebrada, de realizar aportes al Sistema de Seguridad Social. Por ejemplo, la Ley 1562 de 2002 "por la cual se modifica el Sistema de Seguros Sociales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional", establece en su artículo 2º que los afiliados al sistema General de Riegos Laborales, los jubilados o pensionados, que se reincorporen a un empleo laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, no pierden su condición de pensionados.

45. Por otra parte, es irrefutable que la compañía demandada conocía de la situación de discapacidad de la accionante al momento de la terminación de la relación laboral, pues incluso en la carta de terminación del contrato con justa causa se le informó que de haber conocido con anterioridad su "condición", la Compañía habría celebrado el contrato de trabajo, precisamente porque estaba "médica y legalmente inhabilitada para el trabajo".

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

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

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

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

Al respecto, la empresa accionada argumentó que la desvinculación de la peticionaria se originó por causas legales. En primer lugar, por el "engaño" que sufrió el empleador cuando la accionante ocultó información fundamental en el proceso de selección (numeral 1º, artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo). En segundo lugar porque constituye una justa causa "el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa" (numeral 14, artículo 62 del CST).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

49. En esa medida, existe el deber, prima facie, de reconocer a la accionante: en primer lugar, la inejecución del despido laboral; en segundo lugar, el derecho a ser reintegrada a un cargo que ofrezca condiciones mejores que las del cargo desempeñado hasta su desvinculación; y en tercer lugar, el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

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

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

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

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

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ROCIO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

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

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

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

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

[5] A folios 8-12 del cuaderno 1 se observa una copia del contrato a término indefinido suscrito el 7 de septiembre de 2016 entre la accionante y la compañía Convergys Customer Management Colombia S.A.S.

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

[7] "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad, y se dictan otras disposiciones."

[8] Folio 2 del cuaderno 1.

[9] Folios 18 ibíd.

[10] Folios 20-25 ibíd.

[11] Folio 20 ibíd.

[12] Folio 14 ibíd.

[13] Folios 31-95 ibíd.

[14] Folios 104-108, cuaderno 1.

[15] Folios 13-14, cuaderno Corte.

[16] Folios 18-35 ibíd.

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

[18] Folio 19 ibíd.

[19] Folio 19 ibíd.

[20] Folios 36 a 75 ib.

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

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

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

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

[25] La Corte ha considerado que se trata de un interés que abarca un número plural de personas q afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular. Al respecto ver las sentencias T-025 de 1 Jorge Arango Mejía, T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-357 de 1995, M.P. Alejandro Caballero, entre otras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[44] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[45] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[47] *Ibíd.* Página 74.

[48] OIT. O' Reilly Arthur. El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2007.

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

[50] Ratificado por Colombia el 7 diciembre 1989.

[51] Sobre el alcance del concepto "ajustes razonables" consultar la publicación ["De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad". Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>.](#) Consulta efectuada el 15 de mayo de 2017.

[52] *Ibíd.*

[53] Sentencia T-394 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y C-824 de 2011, M.P. Luis Ernesto Caballero Cifuentes.

[54] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

[56] *Ibíd.*

[57] Sentencia T-247 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

[59] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

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

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

[62] Ibíd.

[63] Ibíd.

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

[65] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

[67] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[68] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[69] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

