

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE OCCIDENTE

Reconocimiento de validez oficial de estudios de nivel superior según acuerdo secretarial 15018,
publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 1976.

Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



CONDICIONES DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN TRABAJADOR EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA

Trabajo recepcional que para obtener el grado de
MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Presenta: Martha Leticia Bustos Villarruel

Tutor: Maestro Gabriel Alejandro Castillo Sabanero

San Pedro Tlaquepaque, Jalisco, diciembre de 2016.

Introducción.

Esta investigación parte del análisis de la sentencia T-025/11¹, emitida por la Corte Constitucional Colombiana, en la que se concedió la protección de los derechos fundamentales del trabajador², a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y al mínimo vital.

Se considera que el fallo resolvió un caso jurídico relevante, que permite analizar su argumentación, la cual podría ser aplicable al sistema jurídica mexicano, en los supuestos de que se trate de personas de grupos vulnerables.

En cuanto a los antecedentes de la sentencia T-025/11, caso de Pablo, emitida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, se destacan los siguientes:

- i. Pablo interpuso acción de tutela contra la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica S.A. Comdistral, S.A., con el fin de obtener amparo constitucional a sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, y a la igualdad, que consideró vulnerados por la entidad demandada.
- ii. Pablo prestó sus servicios laborales desde el ocho de junio de dos mil seis al treinta de enero de dos mil diez, de manera continua desempeñó labores de aseo y limpieza; su contratación fue mediante sucesivos contratos de trabajo individuales, por duración de obra, devengando un salario mínimo mensual legal vigente.
- iii. El treinta de enero de dos mil diez, la entidad accionada remitió un oficio al peticionario, informándole sobre la terminación de su vinculación laboral, para ello argumentó que la labor para la que fue contratado, había llegado a su conclusión.

¹ Referencia: expediente T-2.838.267. Acción de tutela de Pablo contra la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica S.A. – Comdistral, S.A. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., el veintiuno (21) de enero de dos mil once (2011). La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Mauricio González Cuervo.

² En este caso el trabajador es identificado como Pablo, a fin de proteger su derecho a la intimidad y confidencialidad, por ello se suprimió su identidad.

- iv. El accionante sostuvo que con la actuación de la demandada se desconoció su derecho a la estabilidad laboral, como persona portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), de acuerdo con la prueba “*Western Blot*”, practicada el veintisiete de agosto de dos mil ocho; además, que en la época en que demandó, precisó que era padre cabeza de familia, que se encontraba desempleado y que no contaba con ingresos que le permitieran continuar el tratamiento prescrito para el manejo de su condición de salud.
- v. El tribunal colombiano, en esencia, determinó que existió denegación de la tutela invocada por el peticionario y, concedió el amparo a sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, y al mínimo vital del señor Pablo. También ordenó a la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmeccánica – Comdistral S.A. que reintegrara a Pablo a un cargo de iguales o mejores condiciones que aquél que desempeñaba, además debía efectuar el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, al pago de 180 días de salario al señor Pablo, a título sancionatorio, por infringir la prohibición de despido de personas en condición de debilidad manifiesta.

De igual forma, el tribunal resolutor precisó que la entidad accionada podría terminar el vínculo laboral sostenido con el peticionario, por justa causa, previa autorización del Ministerio de la Protección Social³.

Para examinar aquella sentencia, deben estudiarse otras resoluciones también emitidas por dicho Tribunal⁴, las que se consideran relevantes por tener vinculación con el tema a investigar —estabilidad laboral reforzada—.

En estas sentencias, la aludida Corte ha precisado que la estabilidad laboral reforzada ha sido utilizada en los siguientes supuestos:

- ✓ Mujer embarazada⁵.

³ Esta sentencia se adjunta en copia simple a la presente investigación.

⁴ Cuando se aluda a Tribunal o Corte se entenderá la Corte Constitución Colombiana.

⁵ T-161/02 y 470/97.

- ✓ Mujer madre cabeza de familia (único sostén de un grupo familiar, como ocurre con mujeres con hijos, sin apoyo del padre)⁶.
- ✓ Personas discapacitadas o disminuidas física o psíquicamente⁷.
- ✓ Personas en estado de debilidad manifiesta por cuestiones de salud⁸.
- ✓ Personas de edad muy avanzada (70 años o más)⁹.

El examen de aquella sentencia como el de las que se encuentran relacionadas con el tema, es con la finalidad de destacar los elementos de la estabilidad laboral reforzada de personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud o alguna situación especial (personas que integran grupos vulnerables).

En esos grupos se encuentran los trabajadores que presentan alguna discapacidad ya sea física o mental, de trabajadoras embarazadas o en situación de maternidad, los que padezcan alguna enfermedad que represente menoscabo en sus labores, así como a de la tercera edad.

En la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional Colombiana, cuando se habla de estabilidad laboral reforzada, se alude a los siguientes aspectos:

- ✓ Se trata del conjunto de principios que informan el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y establecen límites constitucionales a la facultad de configuración del derecho laboral, en atención al carácter social del estado y a la calificación dada por el constituyente al trabajo, como principio fundante del Estado.
- ✓ Es deber del Estado proteger a aquellas personas que se encuentren dentro de grupos discriminados o marginados, o en estado de debilidad manifiesta, ya sea por su condición física o mental.

⁶ Sentencia T-1083 de 2007.

⁷ Ídem.

⁸ En las sentencias T-273 de 2009.

⁹ Sentencia T-643/2015.

Estas sentencias se adjuntan en copia simple a la presente investigación.

- ✓ El trabajador debe tener una certeza mínima con respecto al vínculo laboral contraído con su empleador, dada su condición de inferioridad frente a éste, además de que no deben ver menoscabados sus derechos laborales.
- ✓ Implica que aquellas personas que se encuentren en un estado de vulnerabilidad manifiesta sean protegidas, por lo que no pueden ser desvinculadas de su trabajo sin que medie una autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente.
- ✓ La estabilidad laboral reforzada no tiene una garantía absoluta, que se traduzca en la inmovilidad en los puestos de trabajo, pues debe armonizarse con otros principios constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad de empresa en el ámbito privado, y los principios que orientan la función pública y el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos, en lo atinente a los puestos de trabajo provistos por el Estado¹⁰.

De acuerdo a lo anterior, y una vez que se efectúe el referido análisis, se estará en posibilidad de establecer si el derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta por razones especiales, resulta aplicable al sistema jurídico mexicano, por ello se plantea la siguiente interrogante.

¹⁰ En la Sentencia SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), explicó la Corte: *“...la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta...”*

Pregunta central de investigación.

¿Cuál es la situación laboral de trabajadores que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por cuestiones especial, y qué acciones debe tomar el Estado para protegerlos cuando se considere que se trata de situaciones que ameritan una protección de mayor intensidad?

Para dar respuesta a este cuestionamiento, se parte de la premisa de que la protección especial se debe otorgar a todos aquellos trabajadores que se encuentren en una situación de vulnerabilidad laboral; es decir, no se trata únicamente de aspectos de género o alguna otra índole, sino para todos los trabajadores que se enfrenten a ese estado de debilidad.

Asimismo, es dable destacar que la propuesta de esta investigación se dirige a implementar un método de interpretación jurídica para las autoridades al resolver conflictos laborales; esto es, el estudio se aborda desde una perspectiva jurisdiccional, no así bajo el panorama de una propuesta de políticas públicas administrativas.

Del análisis que se efectúe a la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, se podrá establecer que, tratándose de un trabajador que enfrenta una situación de debilidad (enfermedad), se debe analizar su situación laboral desde una perspectiva reforzada o vista con una mayor intensidad, al del común de los trabajadores que gozan de una salud favorable, y que no los limita en el desarrollo de sus actividades laborales.

Ante tal situación, el juzgador debe ponderar si el trabajador que es cabeza de familia, requiere conservar su empleo más que por gusto, sino ante la propia necesidad que deriva de las circunstancias; para ello debe saberse cuál es la situación económica que enfrenta, así como su estado de salud; además, habrá de considerar la cantidad de los miembros del núcleo familiar que de él dependen, así como su poder adquisitivo; sin perder de vista que el trabajador tiene que afrontar su enfermedad y sufragar los gastos vinculados con ésta.

Para la aplicación de este beneficio —estabilidad laboral reforzada—, debe acreditarse que el trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, es

decir, que sufre de la enfermedad (como en el caso de Pablo), que presenta alguna discapacidad física o mental, o que es una trabajadora embarazada o en situación de maternidad, o que tiene una edad avanzada; asimismo, se debe demostrar que el empleador tiene conocimiento de la situación que presenta el trabajador o trabajadora; además, que la no continuación de la relación laboral se llevó a cabo sin que ponderara, previamente, el estado actual del empleado.

Asimismo, se considera que en razón de que los trabajadores que, por padecer alguna de las situaciones especiales, se les restringe llevar a cabo sus actividades con las condiciones establecidas y deseadas, se ven obligados a enfrentar ante sus patrones situaciones de discriminación e injusticia, que en muchas ocasiones se reflejan en sus ingresos y en el desempeño de sus labores, incluso son despedidos de su empleo.

Por lo que, cuando un trabajador demande ante algún tribunal laboral la situación de la que es objeto por su estado de debilidad manifiesta, su caso no debe ser resuelto como el común de los trabajadores, sino que el juzgador debe ponderar la situación a la que se enfrenta, tomando en consideración todo el entorno que rodea el asunto, desde luego verificando en el caso no exista inequidad o discriminación del trabajador frente a su patrón, incluso ante las propias autoridades de trabajo.

Hipótesis o argumento principal.

Efectuado el examen de la sentencia o sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, se determinará que el trabajador que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, debe ser acreedor de una particular protección por parte del Estado; de tal manera, el juzgador debe ponderar una estabilidad laboral reforzada, dado que no puede admitirse una valoración ordinaria de las condiciones en que se encuentra el operario, ya que deberá de evaluar detenidamente cuáles son las condiciones reales y actuales del trabajador.

En tal sentido, se determinará que los elementos analizados resultan aplicables al sistema jurídico mexicano, en cuanto al tema de la estabilidad laboral reforzada.

Contexto e importancia del problema jurídico que es objeto de análisis.

Para abordar esta cuestión, en primer lugar, es dable aludir a diversas concepciones del derecho; entendiendo por concepción un conjunto de repuestas, con cierto grado de articulación entre sí, a una serie de cuestiones fundamentales en relación con el derecho, como cuáles son sus componentes, cómo se determina el derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo, entre otros aspectos.

Así, en el siglo XX, y en el ámbito de la cultura jurídica occidental se habla de concepciones centrales y otras periféricas; entre las primeras destacan el normativismo positivista, el realismo y el iusnaturalismo; en tanto que en las segundas, se encuentran el formalismo y las concepciones escépticas del derecho.

Posteriormente, se alude al constitucionalismo o post-positivismo (para algunos neo-constitucionalismo), donde el derecho no puede verse como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad, como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación, sino que además se deben incorporar los valores del legalismo, el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo o post-positivista, así como integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales; es decir, requiere de una mayor demanda de justificación de argumentación en el derecho, en términos cuantitativos y cualitativos.

Asimismo, el razonamiento jurídico no puede ser analizado de manera aislada, sino que la argumentación jurídica se compone de la moral y política, pero sin llegar al extremo de confundir derecho, moral y política¹¹.

Expuesto lo anterior, cuando se efectúe el análisis de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, se podrá evidenciar que tratándose de un trabajador que enfrenta una cuestión especial (de vulnerabilidad por padecer una enfermedad que le imposibilita desarrollar su trabajo de manera habitual), se debe analizar su situación laboral desde una perspectiva reforzada o vista con una mayor intensidad, al del común de

¹¹ Atienza Rodríguez, Manuel, 2013.

los trabajadores que gozan de una salud favorable, y que lo limita en el desarrollo de sus actividades laborales.

Se estima que es importante tener presente dicha circunstancia, porque ante un conflicto de naturaleza laboral el juzgador debe ponderar si el trabajador es cabeza de familia, además de que requiere conservar su empleo más que por gusto, sino ante la propia necesidad que deriva de las circunstancias, así como tener presente cuál es su situación económica, su estado de salud; también habrá de tomar en cuenta la cantidad de los miembros del núcleo familiar que de él dependen, así como su poder adquisitivo; sin perder de vista que el trabajador tiene que afrontar su enfermedad, además de sufragar los gastos vinculados con ésta.

Derechos humanos a la igualdad (no discriminación) y equidad.

En cuanto al análisis del derecho humano a la igualdad (no discriminación), que fue uno de los aspectos abordados por la Corte Constitucional Colombiana, se realizan las siguientes acotaciones.

Los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición; todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, tales derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles, como lo establece el artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en algunas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos. El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra

angular del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como se estableció en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y como se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos¹².

El tema a la igualdad se debe abordar como principio y como derecho. Respecto del primero, fundamenta y da sentido a todo el mecanismo jurídico, de orden nacional e internacional, y a los actos que deriven de él ya sea formal y materialmente administrativos, legislativos y judiciales; que la igualdad debe ser utilizada como guía hermenéutica en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho; tiene el carácter de *ius cogens*, ya que no admite acuerdo en contrario, resulta aplicable a todo Estado, con independencia de que sea o no parte de un tratado internacional. En relación al segundo, constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia, o sea otorga titularidad a las personas para reclamar por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de los derechos.

Ya sea que se hable de principio o de derecho, la igualdad implica una obligación para el Estado. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha explicado que la igualdad no se limita a un punto de vista de equiparación matemática o formal que exigiría absoluta homogeneidad, sino que debe versar desde una perspectiva material que establezca tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficio de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado.

La igualdad se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente.

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos, al encontrarse presente en todos los principales tratados de derechos humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales¹³.

¹² Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Viena (Austria).

"los Estados Miembros de las Naciones Unidas han prometido solemnemente respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, y emprender individual y colectivamente acciones y programas para lograr que el disfrute de los derechos humanos sea una realidad para todos los seres humanos".

En la Convención Americana Sobre Derechos se prevé el principio a la igualdad, en la disposición 1.1. que refiere la obligación de los Estados Partes a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención, sin discriminación de ninguna naturaleza; en el artículo 24 precisa que todas las personas son iguales ante la ley; es decir, existe el derecho a no ser discriminadas y a ser tratadas de manera igual frente a la ley. Cuando se hace mención al principio a la igualdad y no discriminación no se alude a una forma única, porque en relación a su estructura se distinguen las cláusulas accesorias de las independientes. Por lo que ve a las primeras, se destaca como garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades contenidos en algún tratado de derechos humanos; y respecto de las restantes, es un derecho que se encuentra garantizado por sí mismo, que no está supeditado a algún otro.

Asimismo, conforme a lo estipulado en la citada convención, cuando se alude a la igualdad, se destacan las siguientes características: consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la propia convención; genera obligación y derechos de protección específicos para los Estados; y alude a la garantía a la igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.

La igualdad y la no discriminación van de la mano, esto cuando se habla de la igualdad ante la ley, y la igual protección de la ley sin discriminación. En tal sentido, en el primer caso, estamos en presencia de una noción a la igualdad formal, prevalente en el siglo XVIII, aquí cabe destacar que esto que se encontraba vinculado con el principio de legalidad, al señalar que los jueces únicamente era boca de la ley. En tanto que la noción de igual protección de la ley sin discriminación, se encuentra encaminada a garantizar los derechos de grupos que no se encontraban protegidos, como son las personas que eran libres de la esclavitud durante el siglo XIX, o la clase trabajadora a partir de la industrialización, entre otros aspectos.

¹³ Por ejemplo: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A partir de las citadas nociones, surgen las dimensiones positivas y negativas: igualdad en el sentido positivo; no discriminación en sentido negativo. Así se dice que igualdad es la ausencia de discriminación; sin embargo, se ha establecido que no toda distinción de trato lleva una vulneración al derecho a la igualdad, pues existen situaciones que, en principio parecen desiguales, pero atendiendo al contexto o a su ámbito se puede decir que ese trato desigual se encuentra justificado; no se podría afirmar que toda desigualdad es sinónimo de discriminación, en razón de que para que se dé ésta, tendría que haber una distinción de trato entre situaciones similares, sin que exista justificación al respecto y, que no exista proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende realizar.

En tal sentido, se insiste que, aun cuando se adviertan estas diferencias de trato y no se está en presencia de una cuestión de desigualdad, se requiere de un examen o análisis sumamente estricto de los motivos que le dan origen, pues de no existir éstos, entonces podría pensarse que sí se está frente a la vulneración del derecho.

Al respecto, es dable aludir al caso *Kiyutin c. Rusia*, resuelto por el Tribunal Europeo el quince septiembre de dos mil once, en el que Viktor Viktorovich Kiyutin, ciudadano de Uzbekistán, demandó a la Federación Rusa, al considerar que fue víctima de discriminación basada en su estado de salud, al solicitar un permiso de residencia en Rusia; se consideró que como el demandante acreditó la diferencia de tratamiento, el Gobierno debía acreditar que ello fue por una razón objetiva y razonable, es decir, que fue legítimo; empero, la sola presencia de una persona seropositiva en un país no fue en sí misma una amenaza para la salud pública, al estimarse que el VIH no se transmite casualmente, sino por comportamientos específicos que incluyen intercambios sexuales y compartir jeringuillas como las principales rutas de transmisión. De igual forma, se precisó que Rusia no aplicaba las restricciones de viaje relacionadas con el VIH a los turistas o a los visitantes a corto plazo, además de que tampoco imponía tests del VIH a los ciudadanos rusos que abandonaban y volvían al país. En tales condiciones, se concluyó que el demandante fue víctima de discriminación con base a su estado de salud, en violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 8; en consecuencia, el

Tribunal concluyó que el demandante sufrió angustia y frustración por causa de la discriminación contra él de acuerdo a su estado de salud.

Ahora bien, en relación a la desigualdad, debe precisarse que ésta existe, por ejemplo, en relación a las mujeres, que en el caso, se destaca el ámbito laboral, como lo sostiene Luigi Ferrajoli, en el sentido de que hay estadísticas que permiten evidenciar que la participación de la mujer es notablemente inferior a la del hombre esto a nivel nacional e internacional, sin dejar de lado que la remuneración recibida es diferente, aun cuando se realicen funciones o actividades similares; lo anterior, al considerar que persisten los roles sociales que contemplan a la mujer dedicada a la vida privada, al hogar, pero, a fin de romper con esos catálogos, es necesario impulsar mecanismos institucionales que fomenten en la realidad la igualdad entre hombres y mujeres.

Al respecto, cabe citar que en el informe número 28/98, caso de María Eugenia Morales de Sierra, contra Guatemala, resuelto el seis de marzo de mil novecientos noventa y ocho, se destacaron algunos estereotipos de derechos y deberes en el matrimonio, es decir, entre el hombre y la mujer, evidenciándose el rol de la esposa, en cuanto al cuidado del hogar y los hijos, en tanto que el del esposo, primordialmente, era en el ámbito público, no en el privado.

Lo anterior resulta importante, porque en la actualidad estos roles no cobran total vigencia, en razón de que en algunas ocasiones las mujeres son cabeza de familia, o sea, son las encargadas de sufragar las necesidades económicas, familiares, sociales y de salud, frente al hogar, por ello se estima que se debe romper con aquellos estereotipos en los que se establecía que la mujer era la ama del hogar y desconocía el trabajo fuera de casa; ante esta nueva situación es que se debe respetar el derecho a la igualdad, tomando en consideración, desde luego la perspectiva de género (no discriminación).

Así, debe existir igual trato sin importar el sexo, y que no debe haber discriminación ante la ley, pues si bien la igualdad implica concebir la igualdad como igual trato, la igualdad justa, consistirá en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; en tanto que la no discriminación se aplica a todos los actos estatales, independientemente de si dichos actos

son exigidos por el derecho internacional —las medidas especiales o acciones afirmativas serán coherentes con la igualdad o no discriminación siempre y cuando: se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo y se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad—.

Las medidas implementadas por el Estado deben dirigirse a lograr la igualdad de que tanto se ha hablado, verbigracia, en el supuesto de la maternidad que es de interés social y requiere la protección del Estado, a fin de salvaguardar a la mujer en su elevada función maternal, como generadora del bien supremo de la vida, así como del ser en gestación y del recién nacido, por tal motivo, al otorgar esta protección especial, lejos de romper el principio a la igualdad, precisamente busca garantizarlo con las medidas y ajustes de trato necesarias para equilibrar la situación especial en que se ubican las trabajadoras en situación de maternidad, incluso en el periodo de lactancia.

De tal modo, la noción de desigualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de persona frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran inmersos en tal situación de inferioridad; así no es aceptable hablar de diferencias de tratamiento entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza¹⁴.

Bajo tal óptica, cuando se habla de diferencias de trato, no todas son discriminatorias, puesto que como se ha dicho, la igualdad no significa trato idéntico, pues si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo, si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo, se estará frente a una situación de desigualdad.

¹⁴ Lo anterior encuentra sustento en la Opinión Consultiva 17/2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo hicieron notar tanto México y Costa Rica como el Instituto Interamericano del Niño, ILANUD y CEJIL.

El derecho a la igualdad podría ser considerado como el valor supremo de todo ordenamiento constitucional democrático, por lo que deben tomarse las medidas e implementarse los mecanismos necesarios para que no sea vulnerado por ningún motivo.

La protección a los derechos humanos no debe ser una cuestión que únicamente quede en el papel, como es en los diversos tratados internacionales, convenios, jurisprudencia, sino que se deben implementar medidas efectivas para lograr una efectiva protección, además debe ir más allá, como es enfocarla a la estabilidad laboral reforzada, a favor de personas que se ven inmersas en una situación de desventaja frente a los otros, ello con la finalidad de lograr el respecto al derecho a la igualdad y no discriminación.

En las sentencias aludidas emitidas por el Tribunal se advierte que concluyó que se violó en perjuicio de los trabajadores el derecho humano a la no discriminación, porque fueron vulnerados sus derechos laborales al ser portadores de alguna enfermedad, encontrarse embarazadas o en estado de maternidad, entre otros aspectos.

En nuestro país a partir de la reforma de junio de dos mil once, del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé el principio de igualdad, lo que supone la existencia de una cierta y determinada situación en la cual se encuentran una pluralidad de sujetos y dentro de la cual tienen la capacidad de adquirir los mismos derechos y obligaciones.

La igualdad jurídica constituye el conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto o persona e implica una prohibición respecto a la instauración de distinciones o diferencias entre los seres humanos en cuanto tales, o sea, como contenido de la garantía individual se apoya en que todo individuo está colocado en una misma situación, quedando prohibido a la autoridad realizar cualquier discriminación por razones del género, entre otras y, en general cualquier que atente contra la dignidad propia del ser humano y que tenga como consecuencia anular o menoscabar sus derechos y libertades; no obstante, el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce

en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato, que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho.

La noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes, de tal manera que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que a todos aquellos colocados en la misma situación jurídica se les trate igual, lo que significa asimismo, que respetándose el principio jurídico de equidad, deberá darse trato igual a los iguales y desigual a los desiguales; así, no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino solo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada.

De ahí que para tratándose de la garantía de igualdad y equidad, debe atenderse a las consecuencias jurídicas que derivan de la ley, las que deben ser de tal manera proporcionadas que ayuden a conseguir un trato igualitario; por tanto, cuando se habla de equidad se alude a uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico de la producción normativa y de su posterior interpretación y aplicación; además, no toda desigualdad de trato ante la ley implica vulnerar la garantía de equidad, sino que dicha violación la produce aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones jurídicas que pueden considerarse iguales, cuando dicha disparidad carece de una justificación razonable y objetiva.

La equidad alude a la rectitud y sentido de justicia natural; sentido natural de lo justo. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita¹⁵.

De los diversos criterios sustentados por el Pleno y las Salas de este Alto Tribunal, se desprende que el contenido de la garantía de equidad requiere que los sujetos de una

¹⁵ www.lexjuridica.com/diccionario/e.htm

misma circunstancia guarden una situación de igualdad frente a la norma jurídica que establece y regula el gravamen, esto es, el Alto Tribunal ha circunscrito a un ámbito específico de aplicación, correspondiente a las actuaciones formal y materialmente legislativas la proyección de la citada garantía constitucional; por ello debe tenerse en cuenta que la garantía de equidad no tiene menor o mayor valor que la de igualdad garantizada por vía de principio en otros preceptos constitucionales, puesto que la primera no es sino una manifestación concreta de esta última.

El Máximo Tribunal del país ha delimitado el ámbito específico de aplicación de la garantía de equidad tributaria, necesariamente debe dar lugar a que, sobre la necesaria base de que la Constitución no establece excepciones a la garantía de igualdad, cuando las disposiciones analizadas no corresponden a dicho ámbito, los argumentos que denuncian la existencia de un trato diferenciado o discriminatorio entre dos personas o grupos, deben ser analizados en el contexto más amplio que corresponde a la garantía de igualdad.

Por tanto, cuando se habla de equidad se debe entender como tal el hecho de dar un trato igual a los iguales y uno desigual a los desiguales, aunque no toda desigualdad de trato establecida en la ley supone una violación a dicho principio, siempre y cuando ello se base en razones objetivas, así la igualdad de trato queda violada cuando carece de justificación objetiva y razonable.

Dicho Tribunal ha sostenido que el valor superior que persigue el principio de equidad es evitar que existan normas que sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propiciar efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica. En el entendido de que este principio, no supone que todos los hombres sean iguales, con un patrimonio y necesidades semejantes, ya que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos acepta y protege la propiedad privada, la libertad

económica, el derecho a la herencia y otros derechos patrimoniales, de donde se reconoce implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas¹⁶.

Obligaciones y deberes del Estado frente a los derechos humanos.

El Estado debe cumplir con las siguientes obligaciones: respetar, proteger, garantizar y promover.

Respetar: Constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con o poner en peligro los derechos. Se trata de una obligación tendente a mantener el goce del derecho, y su cumplimiento es inmediatamente exigible, cualquiera que sea la naturaleza del derecho. Esta obligación se cumple por parte del Estado por medio de abstenciones y se violenta a través de acciones.

Proteger: Se encuentra dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para *crear* el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para *prevenir* las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares y por agentes estatales. Al respecto se habla de aparatos de prevención y algunos mecanismos de exigibilidad. Se trata de una conducta positiva del Estado, el que debe desplegar múltiples acciones a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de particulares y de agentes estatales. Sin embargo, debe tenerse precaución porque múltiples acciones estarán relacionadas con la obligación de proteger los derechos humanos pero a partir solo de algunos aspectos institucionales de la medida en cuestión.

Garantizar: Además de mantener el disfrute del derecho debe mejorarlos y restituirlo en caso de violación; se trata de una obligación que exige la conducta positiva del Estado para asegurar la realización del derecho; se debe planear, establecer metas, crear mecanismos de control, entre otras actividades. Se requiere la remoción de todas las restricciones a los derechos, así como la provisión de los recursos o la facilitación de las

¹⁶ Al respecto, se invoca la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES". Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta correspondiente a junio de 1997, Novena Época, tomo V, página 36.

actividades que aseguren que todos sean sustantivamente iguales en cuanto a su habilidad para participar como ciudadanos plenos en una sociedad. Se clasifica en: la creación de la maquinaria institucional para tomar medidas y la provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos.

Promover: Tiene el objetivo de proveer a las personas toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutar el derecho; el Estado tiene la obligación de que las personas conozcan sus derechos y los mecanismos de defensa, pero también el deber de garantizar que sepan cómo ejercer mejor esos derechos.

Además de las obligaciones que debe cumplir el Estado, se debe señalar que éste habrá de observar determinadas características esenciales de los derechos humanos, como son la disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad.

Disponibilidad: Implica garantizar la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho para toda la población.

Accesibilidad: El Estado debe asegurar que los medios por los cuales se materializa un derecho sean accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna.

Aceptabilidad: Ello vincula el medio y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio de un derecho sean aceptables por las personas a quienes están dirigidos, lo que conlleva el reconocimiento de especificidades y, consecuentemente, la flexibilidad necesaria para que los medios de implementación de un derecho sean modificados de acuerdo con las necesidades de los distintos grupos a los que van dirigidos en contextos sociales y culturales variados.

Calidad; Se debe asegurar que los medios y contenidos por los cuales se materializa un derecho tengan los requerimientos y propiedades aceptables para cumplir con esa función.

En relación al análisis de la aplicación de las obligaciones y principios de derechos humanos, a partir de las reformas constitucionales de junio de dos mil once, se toman en

consideración los planteamientos, Daniel Vázquez y Sandra Serrano, en cuyo estudio abordan el análisis de sentencias de la Corte Colombiana¹⁷.

En tales condiciones, a fin de hacer efectivo el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el Estado debe establecer los mecanismos y métodos para que las autoridades laborales al momento de resolver los asuntos que se les presenten, analicen la situación especial que presente el trabajador, es decir, su estado de vulnerabilidad, dejando de lado, un examen genérico de los hechos puesto a su consideración, sino que tiene que ir más allá, o sea, ver la situación de debilidad manifiesta expuesta por el trabajador.

Cierto, el Estado debe establecer la forma de garantizar que este derecho a favor de los trabajadores realmente resulte efectivo; se considera que esto se podría lograr mediante un método de interpretación de los derechos laborales contenidos en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de las personas que integren un grupo de vulnerabilidad y ello evitar algún menoscabo en tales prerrogativas.

En el invocado precepto legal se prevé que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, además que se promoverá la creación de empleos, para lo cual el Congreso de la Unión expedirá leyes a fin de regular las relaciones entre los obreros, jornales, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo; sin embargo, no se estipula que tratándose de trabajadores que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, el juzgador debe ponderar esta situación a fin de resolver el conflicto puesto a su consideración; de ahí que se estime que de encontrarse estipulado a nivel constitucional el derecho a la estabilidad laboral, las autoridades laborales del país se encontrarían obligadas a ponderar la situación laboral en que se encuentren los trabajadores frente a sus patrones, es decir, tendrían que analizar el conflicto que se les presente desde una perspectiva especial, tomando en consideración la situación actual y real que presente el operario, si efectivamente está ante un contexto de debilidad manifiesta y, que por ello, tenga que realizar tal escrutinio.

¹⁷ Daniel Vázquez y Sandra Serrano, *Principios y obligaciones de los derechos humanos*, México: SACAN, CNDH y ONU, 2013. Disponible en: reformadh.org.mx.

Se tendría que precisar que el examen que, en su caso, efectúen las autoridades de trabajo debe abarcar a todas aquellas personas que se encuentren en alguna situación de debilidad manifiesta, como se ha dicho, las trabajadoras embarazadas o en estado de maternidad, trabajadores que padezcan alguna enfermedad que menoscabe sus funciones, o presenten alguna discapacidad física o mental, entre otras.

Al aplicar el derecho a la estabilidad laboral reforzada se verán protegidos aquellos grupos en situación de vulnerabilidad; asimismo, al resolver los conflictos laborales puestos a consideración de las autoridades de trabajo, éstas podrán resolverlos tomando en consideración todas las circunstancias que presenten las partes, como son las situaciones especiales, evitando con ello emitir una resolución de forma general al común de los trabajadores y patrones; de igual forma, con lo anterior, se podrían evitar gastos económicos a los trabajadores, al ver resuelto en menor tiempo su estado laboral, pues si dicha ponderación se efectúa desde la primera instancia laboral, se podrían ir cerrando los caminos, para que el asunto se resuelva desde la cuestión de fondo.

Por ello deben establecerse los métodos adecuados para la resolución del caso, esto es, si se trata de una trabajadora embarazada o en esta de maternidad, la autoridad laboral deberá tomar en cuenta su situación médica; si se está ante una persona con alguna discapacidad física o mental, se debe precisar cuál es ésta, qué implicaciones tiene, entre otras cuestiones, para lo cual, la autoridad podría auxiliarse de la opinión de los expertos de la materia; lo anterior, con el objeto de esclarecer de qué forma se vería afectado su trabajo al padecer esa inhabilidad, y teniendo cuenta todos esos elementos, entonces el juzgador se encontraba en posibilidad de emitir una resolución que realmente aborde esas cuestiones.

En efecto, la aplicación de que se trata, implica un nuevo paradigma en la resolución de los conflictos laborales, en la medida de que cuando se esté ante un caso de vulnerabilidad, el asunto no podrá resolver de manera similar al del común de los trabajadores o patrones, sino que se tendría que desentrañar realmente la afectación especial que enfrente el trabajador y, por ende, lograr una verdadera protección a sus

derechos, como son la estabilidad, protección a la medidas de seguridad social, salario, entre otros.

Ahora bien, respecto de la obligación del Estado de garantizar los derechos que prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Miguel Carbonell, ha precisado que esa obligación da pie a desarrollar una teoría general de las garantías, la que podría desarrollarse desde un plano meramente teórico o más allá, en el derecho positivo con relación a los medios para hacer efectivos los derechos¹⁸.

Continuando con el tema de las principales obligaciones de los Estados derivadas de las normas, tratados y jurisprudencia, Ariel Dulitzky, refiere que los Estados no son agentes externos a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, sino que son piezas centrales ya que de ellos depende la implementación de los tratados¹⁹.

La cuestión de género en el ámbito laboral, aspecto que se considera debe ser examinado por los juzgadores, sostiene Luigi Ferrajoli, que existen estadísticas que permiten evidenciar que la participación de la mujer es notablemente inferior a la del hombre esto a nivel nacional e internacional, sin dejar de lado que la remuneración recibida es diferente, aun cuando se realicen funciones o actividades similares; lo anterior, al considerar que persisten los roles sociales que realizan²⁰. En cuanto a este mismo tema (desigualdad), Miguel Carbonell, arguye que el derecho a la igualdad, como el resto de los derechos reconocidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona humana²¹.

¹⁸ Carbonell Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

¹⁹ Dulitzky, Ariel; 2004. "Alcance de la obligaciones internacionales de los Derechos Humanos". En: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana y American University, México.

²⁰ Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel; 2005. [Igualdad y diferencia de género](#).

²¹ Carbonell, Miguel; 2003. El Principio Constitucional de Igualdad; México.

Elementos importantes de la sentencia T-025/11.

Analizadas las premisas contenidas en tal fallo, se determinará que sus elementos resultan aplicables al sistema jurídico mexicano, en cuanto al tema de la estabilidad laboral reforzada.

Para efectuar el desglose de los argumentos expuestos en la resolución, se propone utilizar algunos de los métodos implementados por el jurista y filósofo del derecho español, Manuel Atienza Rodríguez²², a saber:

1. El caso.

La litis consiste en determinar si la compañía demandada vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, la estabilidad laboral reforzada, y el mínimo vital del señor Pablo, portador del virus VIH, al dar por terminado su contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, alegando la finalización de la obra y la inexistencia de una garantía de estabilidad reforzada en cabeza del actor.

2. Antecedentes.

2.1. Pablo interpuso acción de tutela contra la Compañía patronal, con el fin de obtener amparo constitucional a sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, y a la igualdad que considera vulnerados por la entidad demandada.

2.2. El accionante solicitó, como medida material de amparo, el reintegro al cargo para el que fue contratado y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el día de la desvinculación laboral. Invoca como precedente las sentencias T-295 de 2008 y T-496 de 2004.

2.3. La demandada alegó que la acción de tutela resultaba improcedente.

²² Atienza Rodríguez, Manuel, 2013. Editorial, México: Trotta, s.a.

2.4. La autoridad de primera instancia denegó el amparo solicitado, porque el accionante no acreditó los supuestos del perjuicio irremediable, que no se produjo el desconocimiento de sus derechos fundamentales.

3. Estructura de la argumentación.

3.1. Reiteración de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.2. Alcance y contenido del principio constitucional de estabilidad laboral.

3.3. Restricciones a ese principio.

3.4. Grupos sociales beneficiados con el principio.

3.5. Subreglas que condicionan la procedencia de la tutela para la procedencia a la estabilidad laboral reforzada (sentencia T-519 de 2003).

3.6. Definición y delimitación de conceptos (T-198 de 2006).

3.7. Tratándose de personas con discapacidad debe aplicarse la presunción de despido indiscriminado que se aplica a las mujeres embarazadas (T-1083 de 2007).

3.8. El respeto al citado derecho se debe extender a los contratos celebrados a tiempo fijo y de obra.

3.9. Reflexiones sobre la trascendencia de la estabilidad laboral reforzada de personas portadora del VIH (sentencia T-469 de 2004).

4. Decisión del fallo.

4.1. Reintegrar al actor a un cargo de iguales o mejores condiciones.

4.2. Pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir el accionante.

4.3. Pago de indemnización de 180 días de salario.

4.4. La entidad accionada puede dar por terminado el vínculo laboral, por justa causa, previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

- 4.5. Conforme a las cargas soportables, si la entidad demuestra que no existe proyecto alguno en el que actor pueda prestar sus servicios. En ese supuesto, debe remitir un informe mensual al juez de primera instancia.

De lo anterior se pueden advertir los siguientes hallazgos.

1. El trabajador que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, debe ser acreedor de una particular protección por parte del Estado.
2. El juzgador debe ponderar una estabilidad laboral reforzada, cuando se trate de una trabajadora o de un trabajador de algún grupo vulnerable.
3. Debe evaluar de forma exhaustiva las condiciones reales y actuales que presenta la trabajadora o trabajador.
4. No puede efectuar una valoración ordinaria de tales condiciones, como al resto de los trabajadores que no se encuentren en una situación especial.
5. Los anteriores elementos resultan aplicables al sistema jurídico mexicano, en cuanto al tema de la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, en ese fallo la Corte Constitucional Colombiana concluyó que existió vulneración al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor Pablo, porque el centro de la vulneración se encontró en la pretermisión del deber de solidaridad frente a una persona portadora del VIH, y el desconocimiento del principio de igualdad material. Para llegar a esa determinación se destacan las siguientes consideraciones, a saber:

- a.** Para analizar la estabilidad laboral reforzada en las personas portadoras del virtud del VIH y/o enfermedad de Sida, hizo referencia a ese derecho desde diversos aspectos, como son las personas con discapacidad, donde la conexidad entre la discapacidad y el despido para la procedencia de la acción de tutela, debía aplicarse la presunción de despido discriminatorio; criterio que se aplicaba en el caso de las mujeres embarazadas.

- b.** Se abordó el principio de inmediatez, el que de acuerdo con su jurisprudencia constitucional, surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma inmediata los derechos constitucionales; además que la pertenencia del actor a un grupo vulnerable; las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; el aislamiento geográfico, la vulnerabilidad económica, y la persistencia o agravación de la situación del actor, son elementos que permiten flexibilizar el examen de inmediatez.
- c.** En el proceso, se acreditó que el peticionario fue una persona portadora del virus de inmunodeficiencia humana, situación que la convirtió en titular del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada; también que sostuvo un vínculo laboral con la entidad accionada y que, previa la notificación que Comdistral S.A. le remitiera, informándole sobre la finalización de su relación laboral, no existió autorización del Ministerio de la Protección Social, sino que existió la presunción de que fue despedido porque padecía la enfermedad.
- d.** Cuando se alude a condición de debilidad manifiesta, deben entenderse que protege a todas las personas que se encuentran en esa situación por cuestiones de salud (razones de índole físico, mental, o fisiológico). Esa condición es un hecho susceptible de comprobación material, y que corresponde al operador jurídico evaluar, en cada caso, la presencia de esa situación.
- e.** Que podría aplicarse la presunción de despido discriminatorio en favor del peticionario; además de que esa presunción estaba fortalecida porque el patronal conocía la situación del actor, de acuerdo con su intervención ante el juez de primera instancia.
- f.** También refirió el Tribunal Constitucional que respecto de los contratos a término fijo, o por duración de obra contratada, se había establecido por el solo hecho de que se cumpliera el término o finalizara la obra, no era razón suficiente para extinguir legítimamente el vínculo laboral, pues para que el despido se

encontrara justificado debía demostrarse, que la causa de la vinculación desapareció materialmente, y el bajo rendimiento del empleado.

- g.** La carga de desvirtuar la presunción de discriminación en las circunstancias destacadas, recaía en el patrón; sin embargo, en el caso, la explicación formulada por éste fue insuficiente, porque del expediente se advirtió que el señor Pablo realizaba labores de aseo, que había trabajado por más de tres años, y que se mantenía la necesidad de contratar el servicio de aseo en los diversos proyectos que realizaba la empresa; además que Pablo desarrolló sus funciones de manera satisfactoria, sin que la patronal hubiese intentado su reubicación en algún otro proyecto o área.
- h.** Ante tal situación, concluyó que Comdistral S.A., vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor Pablo, en razón de que omitió el deber de solidaridad frente a una persona portadora del VIH, y el desconocimiento del principio de igualdad material. Precisó que la discriminación no solo se da un aspecto positivo, sino también negativo, que consiste en omitir el trato especial para aquellas personas o grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.
- i.** Destacó el Tribunal que la estabilidad laboral reforzada no tenía un carácter absoluto, y el alcance del amparo debía tomar en cuenta las condiciones materiales de la empresa demandada, por lo que la patronal podría terminar el contrato laboral si demostraba, ante el juez de primera instancia, que no existía proyecto alguno en el que existiera el cargo de aseo o se requieran las funciones de aseo que realiza el accionante.
- j.** Por tanto, revocó el fallo de primera instancia y concedió el amparo constitucional a los derechos fundamentales del señor Pablo y ordenó a la Compañía, reintegrarlo a un cargo que tuviera las mismas o mejores condiciones laborales, que el cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación.

- k. Y, ordenó a la Compañía efectuara el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir al peticionario, desde la fecha de la pretendida desvinculación hasta el momento en que se cumpliera el fallo; además de pagar 180 días de salario al señor Pablo a título sancionatorio, por infringir la prohibición de despido de personas en condición de debilidad manifiesta.

De la sentencia en cuestión se evidencia que cuando un trabajador es portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), y es despedido del empleo, bajo el argumento de la patronal que fue contratado para desempeñarse en una obra por tiempo determinado, y si dicha enfermedad no le era desconocida, existe la presunción de que fue despedido precisamente por esa circunstancia, debiendo en todo caso, la patronal desvirtuar la presunción de discriminación; empero, en la especie, ésta no demostró que hubiese reubicado al trabajador en alguna otra área donde pudiera realizar sus funciones de aseo, sino por el contrario, se llevó a cabo el despido porque en el lugar en que realizaba sus labores ya no eran necesarios sus servicios, sin que hubiese considerado que el operario era portador de una enfermedad, que era cabeza de familia y que debía costear los gastos inherentes a ese padecimiento; ingresos que se vieron mermados por el despido del que fue objeto.

Sin embargo, ante tal situación, el Tribunal Constitucional estimó que la patronal al no haber observado el estado de salud de su empleado ni haber efectuado alguno tendente para su reubicación, concluyó que fue vulnerado el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, al no haberse atendido el deber de solidaridad frente a una persona portadora del VIH, y el desconocimiento del principio de igualdad material.

Cierto, la Corte Constitucional Colombiana determinó que respecto de los contratos laborales celebrados entre personas de derecho privado, la estabilidad va desde el pago de una indemnización por despido injusto hasta el reintegro laboral, nivel más alto de protección, del que son beneficiarios tres grupos sociales: las personas cobijadas con fuero sindical, las mujeres embarazadas y las personas con discapacidad, o en condición de debilidad manifiesta por motivo de enfermedad; además que la estabilidad laboral

reforzada implica que no pueden ser desvinculadas de su empleo sin autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente.

En la sentencia C-470/97, que constituye una en las que el Tribunal ha abordado cuestiones de estabilidad laboral reforzada en trabajadoras embarazadas o en estado de maternidad; comprendió el estudio de inconstitucionalidad contra el ordinal 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990²³, al considerarse que la disposición discrimina a la trabajadora embarazada, por cuanto no le otorga la misma protección de la cual gozan los trabajadores aforados, quienes no pueden ser retirados de sus cargos sin que previamente se les haya levantado su fuero sindical; situación que violó el debido proceso, puesto que el patrono puede prescindir de los servicios de un trabajador sin darle la oportunidad de defenderse, con lo cual se arroga la posibilidad de administrar justicia de manera unilateral, sustituyendo un procedimiento y soslayando las consecuencias de la ausencia del mismo, a través del pago de una indemnización.

El Tribunal concluyó que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.

Las consideraciones anteriores, como se precisó al inicio de este estudio, se pretende aplicarlas al sistema jurídico mexicano, en concreto, en los conflictos de naturaleza laboral, en el que el trabajador sea un integrante de algún grupo vulnerable, donde el juzgador no lo resuelva como lo ha hecho tradicionalmente, sino que por el contrario, pondere la situación especial que presenta el operario, y de esa forma emita un fallo en el que se respeten sus derechos laborales, en especial, a la estabilidad laboral reforzada.

²³ **ARTICULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.**

1º) Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2º) Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3º) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

Se parte de la premisa que a través de los años el juzgador se ha acostumbrado a resolver, la mayoría de los conflictos laborales que le son planteados, siguiendo las reglas tal y como están previstas en la legislación aplicable, se podría decir que hasta cierto punto, de manera literal, y en algunos casos, muy pocos, atendiendo algún método de interpretación, como es el histórico o legislativo.

Bajo esa óptica, es que se propone que el juzgador abandone ese método de análisis de los juicios laborales, y adopte un nuevo sistema partiendo del entorno del trabajador, esto es, estudiando el estado de debilidad manifiesta que éste presente; posteriormente, exponga las razones y fundamentos por los cuales, de ser el supuesto, resulta aplicable la estabilidad laboral reforzada, y que por ello no se trata de un conflicto laboral “común” al de cualquier trabajador; es decir, debe argumentar por qué en el caso es dable efectuar dicha ponderación.

Por ende, el objetivo es que la autoridad aplique este método de interpretación cuando se ponga a su consideración un conflicto que vincule a personas vulnerables, pues como se ha precisado, cuando al juzgador se le plantea alguna controversia laboral, en la que el trabajador aduce afectación a sus derechos laborales, por parte de su patrón, es común que se resuelva de forma rígida, o sea, no efectúa un estudio exhaustivo en relación a si la trabajadora o el trabajador presenta alguna situación especial como a las que se ha hecho alusión, pues no analiza si se trata de una trabajadora embarazada, si es cabeza de familia, o si el trabajador o trabajadora es una persona discapacitada o disminuida física o psíquicamente, por mencionar algunas.

De ahí que la trabajadora o el trabajador, además de ver afectados sus derechos laborales frente a su patrón, también ven violentados sus derechos en los juicios o controversias que al efecto promueve, en razón de que el juzgador lo revuelve de manera tradicional, esto es, sin ponderar la situación aludida.

En tal sentido, se considera que la actual forma de resolver los conflictos de trabajo se enfoca a un problema público, puesto que afecta a las trabajadoras y trabajadores que

enfrentan alguna situación especial, ante ello deben verse beneficiados con una protección laboral reforzada.

Es así, porque aun cuando el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la protección a los trabajadores²⁴, en la realidad ello no sucede siempre ni en la mayoría de los asuntos.

Por su parte, el artículo 2 de la actual Ley Federal del Trabajo²⁵, alude al equilibrio entre los factores de producción y la justicia social, así como la dignidad humana del trabajador, la no discriminación de cualquier índole; la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

Por ello, se considera que los elementos relevantes de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, resultarán de utilidad y podrán ser aplicados en el sistema jurídico mexicano al momento de resolver los conflictos laborales, porque la estabilidad laboral reforzada tiene un ámbito mayor de protección a favor de los trabajadores, lo que no se puede apreciar de la norma constitucional ni en el numeral de la ley de trabajo aludidos en párrafos precedentes, los cuales no prevén el aspecto “reforzada”, sino que únicamente aluden a la protección de las relaciones de los trabajadores frente a sus patronos, pero no se precisa que, tratándose de personas vulnerables se efectúe la ponderación de la situación que presentan, y de esa forma se hagan acreedores a la estabilidad laboral reforzada, cuando se resuelva el caso que se presente al juzgador.

²⁴ **Artículo 123.** *Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.*

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. *Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: [...]”.*

²⁵ **Artículo 2°.** *Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.*

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.”

Cierto, la estabilidad laboral reforzada implica el derecho del trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido, o sea, se trata de un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, lo que se traduce en una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene el trabajador a no ser despedido de su empleo, sin que exista una razón justificada por parte del patrón.

La aplicación de la estabilidad laboral reforzada se debe abordar a todas aquellas personas que integran grupos vulnerables, entre las mujeres que son jefas de familia, es decir, que los hogares no se encuentran encabezados por un hombre, sino que ellas tienen que verse en la necesidad de trabajar; sin pasar por alto, desde luego, la diferencia del salario entre un hombre y una mujer, que desempeñan las mismas funciones. Esa situación se puede advertir de las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi)²⁶.

De acuerdo al sistema jurídico mexicano, en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si bien se prevé que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, además que se promoverá la creación de empleos, para lo cual el Congreso de la Unión expedirá leyes a fin de regular las relaciones laborales, también es verdad que no se estipula que tratándose de trabajadoras o trabajadores que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, el juzgador debe ponderar esta situación a fin de resolver el conflicto puesto a su consideración.

Debe encontrarse estipulado que las autoridades laborales del país se comprometan a ponderar la situación laboral en que se encuentren las trabajadoras o trabajadores frente a sus patrones, esto es, tendrían que analizar el conflicto que se les presente desde una perspectiva especial, tomando en consideración la situación actual y real que exista en la operaria u operario, si efectivamente está ante un contexto de debilidad manifiesta y, que por ello, tenga que realizar tal escrutinio.

²⁶ <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/hogares.aspx?tema=P>

En tal sentido, en esta investigación se tendría que precisar que el examen que, en su caso, efectúen las autoridades de trabajo, debe abarcar a todas aquellas personas que se encuentren en alguna situación de debilidad manifiesta, como se ha dicho, las trabajadoras embarazadas o en estado de maternidad, trabajadores que padezcan alguna enfermedad que menoscabe sus funciones, o presenten alguna discapacidad física o mental, entre otras; por tanto, las autoridades laborales deben ser capacitadas para poder identificar cuándo están ante una situación de debilidad manifiesta y entonces, poder realizar la ponderación de que tanto se ha hablado, pues de lo contrario, no tendría sentido que la obligación se encuentre establecido, si no se tiene la habilidad para su aplicación.

De la argumentación contenida en las sentencias que son materia de estudio, se podrá establecer que el trabajador que integre los grupos vulnerables, debe ser acreedor de una particular protección por parte del Estado; de tal manera, el juzgador debe ponderar una estabilidad laboral reforzada, dado que no puede admitirse una valoración ordinaria de las condiciones en que se encuentra la empleada o empleado, puesto que deberá de evaluar detenidamente cuáles son las condiciones reales y actuales de ellos.

A fin de entender el tema de la ponderación, es conveniente acudir a la teoría de Robert Alexy, la que se presenta cuando se producen conflictos entre derechos o principios, y deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, el que, para ese autor, consiste en una especie de meta-principio, y que a su vez se subdivide en tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros, significan que una medida, sea una ley, sentencia, etcétera, que limita un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. En tanto que el tercero, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.

El autor refiere que la ley de la ponderación se formula “cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Con esa fórmula se pretende mostrar los lugares,

los tópicos a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes – X e Y: la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M1 que permita satisfacer X sin lesionar Y; o bien que X pesa más que Y.

Se busca responder los siguientes cuestionamientos: por qué se prefirió el bien X frente a Y; cuáles son las razones para tomar esa decisión; cómo se debe convencer al observador para que comparta esa postura o por lo menos la acepte como acertada.

Continuando con el tema de la ponderación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver, involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno²⁷.

De igual modo, se debe atender al modelo del juez, en lo que ahora interesa, al juez activo, entendiendo como tal a quien no tiene intención de desobedecer el derecho, sino que trata de elaborar una interpretación jurídica distinta a la que en principio parece la mejor; busca una motivación extrajurídica, donde examinará los argumentos de esta nueva interpretación y los argumentos en contra, ello con la finalidad de establecer la solución que estime correcta.

A través de esa forma de resolver los conflictos, se lograría que los juzgadores se aparten de los cánones tradicionales, conseguir un cambio de paradigma, con la finalidad de

²⁷ Tales consideraciones se contienen en la jurisprudencia 1a. CCCXII/2013 (10a.), localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta correspondiente a octubre de 2013, Décima Época, libro XXV, página 1052, de rubro: "INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS".

que los gobernados obtengan una sentencia justa al problema jurídico puesto a consideración del juez.

Así, se considera que, desglosados los elementos de la resolución, se pueden confrontar con los derechos fundamentales contenidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los Tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte, porque como se ha precisado, la estabilidad laboral reforzada implica el derecho del trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido, o sea, se trata de un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, lo que se traduce en una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene el trabajador a no ser despedido de su empleo, sino no existe una razón justificada por parte del patrón; por ello los elementos abordado por el Tribunal Constitucional pueden ser aplicados al sistema jurídico mexicano, puesto que prevén un aspecto de mayor protección para los trabajadores que tienen una situación especial o de vulnerabilidad, que es el fin perseguido con esta investigación.

El juzgador en materia de trabajo ha de efectuar un escrutinio estricto, para ello debe analizar en su integridad el conflicto que es puesto a su consideración, para poder determinar que se actualizan los supuestos de vulnerabilidad o debilidad manifiesta; en cuyo caso, se podrá examinar la situación bajo un escrutinio ordinario.

Al respecto, se precisa que algunos tribunales laborales de nuestro país, han dado pasos hacia dicha interpretación, en concreto un Tribunal Colegiado de Circuito, donde al resolver un juicio de amparo directo, en el que se impugnó el laudo definitivo dictado por la Junta responsable; la trabajadora quejosa argumentó que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales, en razón de que el patrón la despidió, una vez que se reincorporó a sus labores después de haber gozado de su licencia por maternidad; sin que dicha situación hubiese sido valorada por la Junta.

En ese juicio constitucional, el tribunal federal jurisdiccional sostuvo que cuando la trabajadora alegó que fue despedida de sus labores de manera injustificada, y el patrón

negó ese hecho y además le ofreció el trabajo para que se reincorporara a sus funciones en los mismos términos y condiciones en que lo realizaba, la Junta al momento de efectuar la calificación de esta oferta, no podría hacerlo bajo un test ordinario, sino que debía desplegar un escrutinio más estricto, como es analizar detenidamente las condiciones de trabajo que no debían alterarse, el respeto a las prerrogativas básicas y fundamentales de estas empleadas, conductas antagónicas, contradictorias o desleales, porque la justicia laboral debe otorgar tratos procesales acordes al despido aludido en periodos de mayor tutela, donde es fundamental el empleo, adoptando medidas procesales afines. Lo anterior, porque es sabido que en muchas ocasiones se realiza aquel ofrecimiento del trabajo con la intención de revertir la carga probatoria y de que el patrón quede liberado de acreditar el despido alegado por la trabajadora²⁸.

Ante esa situación, las trabajadoras embarazadas y en situación de maternidad, al gozar de una tutela especial, entre otros beneficios, cuentan con una estabilidad reforzada en el empleo, así lo sostuvo el Tribunal Colegiado de Circuito al resolver aquel juicio de amparo directo, porque durante esos periodos guardan condiciones físicas especiales y necesidades determinadas que las hacen merecedoras de conservar el empleo con mayor énfasis y, por ende, evitar ser despedidas por razón de tales factores o castigadas laboralmente en sus condiciones, ya que son proclives a sufrir doble discriminación, como es en el empleo que tenían al perderlo y para obtener otro; además que la Junta debía tomar en cuenta que en ocasiones esas trabajadoras son cabeza de familia, así como aquellos núcleos que carecen de poder adquisitivo para atender sus necesidades económicas, familiares, sociales y de salud. Y, que solamente por razones legítimas y excepcionales podrían dar cabida a su despido durante los periodos protegidos, como son las faltas graves o la cesación de las actividades de la empresa, entre otras²⁹.

²⁸ Tales argumentos encuentran sustento en la tesis aislada III.3o.T.24 L (10a.) del Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, de rubro: "OFRECIMIENTO DE TRABAJO PARA EMPLEADAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE MATERNIDAD. SI EL DESPIDO ES ATRIBUIDO EN LOS PERIODOS PROTEGIDOS CONSTITUCIONAL E INTERNACIONALMENTE, SU CALIFICACIÓN DEBE HACERSE BAJO UN ESCRUTINIO MÁS ESTRICTO". Localizable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, mayo de 2014, libro 6, página 2087.

²⁹ Lo anterior encuentra apoyo en la tesis aislada III.3o.T.23 L (10a.), del citado Tribunal Colegiado de título: "TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE MATERNIDAD. CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS, AL GOZAR DE UNA TUTELA ESPECIAL, ENTRE OTROS BENEFICIOS, CUENTAN CON ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO". Visible en la página 2271, del libro 6, ídem.

No obstante lo anterior, y tomando en cuenta mi experiencia laboral, me he percatado que cuando la Junta de Conciliación y Arbitraje o el Tribunal de Arbitraje y Escalafón, resuelven los conflictos laborales, no efectúan en análisis de la situación que presenta la trabajadora o el trabajador, aun cuando se le proporcionen los elementos para evidenciarle que se trata de una persona que tiene una situación especial, de vulnerabilidad; y dictan una resolución como al común de los trabajadores que no se encuentran en aquella situación; por ello se estima necesario que las autoridades de trabajo al emitir el fallo, lleven a cabo una ponderación de los hechos que se le pongan a su consideración, y de ser el caso, apliquen el principio de estabilidad laboral reforzada, para entonces pronunciar una sentencia congruente y justa.

Conclusión.

Con esta investigación se pretende implementar un método de interpretación jurídica, que rompa con el paradigma tradicional con el que han sido resueltos los conflictos laborales, ello en pro de las trabajadoras y trabajadores que, desde luego, acrediten ubicarse en alguna de tales situaciones, pues debe precisarse que este beneficio no se otorgaría a todas las trabajadoras o trabajadores, pues de ser así, entonces se llegaría a desequilibrar la balanza de la justicia en perjuicio de la patronal, ya que en tales casos, la propia legislación laboral establece las disposiciones que deben ser observadas para lograr el respeto a las relaciones asimétricas de poder.

Advertidas las premisas de las resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana, como su relevancia cuando se demuestre una causa de vulnerabilidad, no deben resolver los asuntos laborales bajo un escrutinio ordinario, sino que debe emplearse un escrutinio más estricto, examinando esos aspectos que hacen al conflicto especial.

Es conveniente precisar que ese derecho no es ilimitado, y que no podría equipararse a una inamovilidad del trabajador, puesto que de llegar a demostrarse que éste ha incurrido en actos ilegales, desleales o inapropiados, es decir, en faltas graves vinculadas con su desempeño laboral y con el patrón, ello daría a lugar a concluir el nexo laboral, sin que

exista alguna responsabilidad para éste, por más de que se trate de un trabajador integrante de un grupo vulnerable; por lo que se deben atender a los supuestos de rescisión del vínculo de trabajo previstos en la legislación laboral correspondiente.

Para lograr una impartición de justicia completa e igualitaria, en los conflictos de trabajadores que presenten situaciones especiales o de vulnerabilidad, se propone implementar uno de los métodos sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dicho criterio se contiene en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.)³⁰, de la Primera Sala de ese Alto Tribunal, donde determinó que a partir del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, por lo que debía crearse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, con el objeto de verificar si existía una situación de violencia o vulnerabilidad, para lo cual debía tomarse en cuenta diversas situaciones.

En tal sentido, se considera que los aspectos abordados por el Máximo Tribunal de nuestro país, son de gran utilidad para los juzgadores al momento de resolver los conflictos laborales, en los que sean parte los trabajadores que enfrenten una situación de vulnerabilidad, a saber:

- i) Identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de condiciones especiales de los trabajadores den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia.
- ii) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de condiciones especiales de los trabajadores, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por tales condiciones.

³⁰ Rubro: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO". Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 29, tomo II, abril de 2016, página 836. Ejecutoria que se anexa a la presente investigación.

- iii) En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación especial de trabajo, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.
- iv) De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de condiciones especiales de los trabajadores, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto que se presente.
- v) Para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente cuando se trate de condiciones especiales de los trabajadores.
- vi) Considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación.

Por tanto, una vez que se implemente tal método de interpretación, el cual, vinculado con el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, se lograra una efectiva impartición de justicia y con ello respetar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, además de un verdadero equilibrio entre las partes contendientes —trabajador y patrón—; asimismo, romper con la forma tradicional de resolver los juicios laborales y emplear un nuevo sistema de interpretación, con el que se logre garantizar los derechos laborales de las personas que integren grupos vulnerables; y lograr la intervención del juzgador al ajustarse a este paradigma de interpretación jurídica.

Bibliografía y fuentes de información.

Obras consultadas:

- Atienza Rodríguez, Manuel, 2013. Curso de Argumentación Jurídica. Editorial, México: Trotta, s.a.
- Carbonell Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.
- Dulitzky, Ariel; 2004. “Alcance de la obligaciones internacionales de los Derechos Humanos”. En: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana y American University, México.
- Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel; 2005. Igualdad y diferencia de género.
- Fix-Zamudio, Héctor. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La protección internacional de los Derechos Humanos 1986. El Sistema Americana de Protección de los Derechos Humanos.
- Rodríguez, Matilde, Maffía, Diana; abril 2010; Mujeres y derecho: análisis de la administración de justicia en la provincia de Buenos Aires, desde la perspectiva de género, estudio de caso: la aplicación de la legislación en la justicia civil en la ciudad de Tandil.
- Dulitzky, Ariel; 2004. “Alcance de la obligaciones internacionales de los Derechos Humanos”. En: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana y American University, México.
- Torres Menchaca, Ana Sofía, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la obligación de promover, texto inédito tomado de la Tesis de Maestría “Promoción de Derechos Humanos”.
- Carbonell, Miguel; 2003. El Principio Constitucional de Igualdad; México.
- Pérez Portilla, Karla; 2005. Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas. Universidad Nacional Autónoma de México, Consejo para Prevenir la Discriminación. México.
- Bolaños Cacho Guzmán, Raúl; 2006. El Principio de Igualdad en el Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos en el Amparo Constitucional en España y México. Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación consulta del Orden Jurídico Nacional.
- Serrano, Sandra Vázquez, Daniel, Guía de Estudio de la Materia *El Enfoque de los Derechos Humanos*, y. 2012-2014.
- Atienza Rodríguez, Manuel. A vueltas con la ponderación. Universidad de Alicante (España).

- Bernal Pulido, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>
- Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra. Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción. Disponible en <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/5-Principios-obligaciones.pdf>.
- Ortega Soriano, Ricardo Alberto, Robles Zamarripa, José Ricardo, García Huerta, Daniel Antonio y Bravo Figuera, Roberto Luis. Deberes específicos de prevención investigación y sanción. Disponible en <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/6-Deberes-especificos.pdf>.

Legislación nacional e internacional:

- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General para la Igualdad entre mujeres y hombres.
- Convención Americana Sobre Derechos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Viena (Austria).
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. Coordinadores Christian Steiner y Patricia Uribe.
- Convenio (número 102) de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social.
- Convenio núm. 183 de la OIT.

Otras fuentes consultadas:

- www.ohchr.org www.unfe.org.
- www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/
- www.ohchr.org/SP/NewsEvents/OHCHR20/Pages/WCHR.aspx
- www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981-CAFDH.htm
- www.echr.coe.int
- www.un.org
- www.corteidh.or.
- www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm
- sjf.scjn.pjf.gob.mx

Anexos

- » Sentencia T-2.838.267.
- » Sentencia T-161/02.
- » Sentencia 470/97.
- » Sentencia T-1083/2007.
- » Ssentencias T-273/2009.
- » Sentencia T-643/2015.
- » Ejecutoria relativa a la tesis de rubro: “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”.

Contenido

Introducción.	1
Pregunta central de investigación.....	5
Hipótesis o argumento principal.	6
Contexto e importancia del problema jurídico que es objeto de análisis.....	7
Derechos humanos a la igualdad (no discriminación) y equidad.....	8
Obligaciones y deberes del Estado frente a los derechos humanos.....	17
Elementos importantes de la sentencia T-025/11.	22
Conclusión.	36
Bibliografía y fuentes de información.	39
Anexos	41

Currículo

1. Datos generales

Nombre: Martha Leticia Bustos Villarruel

Dirección: Camino Arenero 1051, interior 52, colonia el Bajío, Zapopan, Jalisco. C.P. 45019.

2. Trabajo actual

Cargo: Secretario de Tribunal Colegiado

Institución: Poder Judicial de la Federación. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, con residencia en Zapopan, Jalisco.

3. Experiencia laboral

Iniciativa privada: Secretaria Ejecutiva. Bufete Jurídico. 1989-1991.

Poder Judicial de la Federación: Como Oficial Judicial, Actuario Judicial, Secretario de Juzgado y Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito.

4. Estudios de licenciatura

Grado obtenido. Licenciado en Derecho. Instituto Vocacional Enrique Díaz de León. Generación 1996-2000.

5. Diplomados o especialidades

Grado obtenido: Diplomado en Antropología Jurídica. Institución: Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fecha de culminación: Noviembre de 2004.

Grado obtenido: Diplomado en Argumentación y Retórica Jurídica. Institución: Universidad Iberoamericana. Fecha de culminación: En 2007.

Grado obtenido: Diplomado Fortalecimiento de la memoria y lectura veloz. Institución: Universidad Iberoamericana. Fecha de culminación: En 2011.

Grado obtenido: Diplomado en Derecho Tributario. Institución: Universidad Panamericana. Fecha de culminación: Junio 2013.

Grado obtenido: Diplomado en Calidad Ortográfica y Redacción Institucional. Institución: Escuela Bancaria y Comercial en colaboración con el Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación. Fecha de culminación: Septiembre 2013.

6. Cursos:

Jornadas de Derecho de la Suprema Corte de Justicia, la Nueva Justicia Mexicana. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.

Preparación y Capacitación para Actuarios, Secretario de Juzgados de Distrito, Secretario de Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación: Instituto de la Judicatura Federal Extensión Jalisco.

Derecho Administrativo Contemporáneo: Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Seminario de Nueva Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.

Seminario sobre Derecho Constitucional Tributaria. Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.

Problemas Actuales de Interpretación Constitucional: Casa de la Cultura Jurídica "Mariano Azuela Rivera".

Curso de Didáctica: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.

Seminario "Impuesto al Activo y Reformas 2007": Academia Mexicana de Derecho Fiscal.

Seminario "El Género en la Impartición de Justicia": Comisión de Equidad de Género, Consejo de la Judicatura Federal.

Videoconferencia, Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.

Curso de Actualización Legislativa, Módulo Materia Administrativa, Reformas Fiscales 2010: Instituto de la Judicatura Federal.

Ciclo de Conferencias. Programa Nacional. Cómo elaborar mejores sentencias: Instituto de la Judicatura Federal.

Curso Photoreading. Universidad Iberoamericana.

Tlaquepaque, Jalisco, diciembre de 2016.

Licenciada Martha Leticia Bustos Villarruel.

Sentencia T-025/11

ACCION DE TUTELA-Alcance como medio idóneo para protección laboral reforzada de personas portadoras de VIH

DERECHO A 7A ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección especial a trabajador enfermo de VIH

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA Y CONTRATO POR DURACION DE OBRA-Vulneración de derechos fundamentales por parte del empleador

La situación fáctica, plenamente comprobada en este trámite, gracias a las copias de los contratos allegadas por el peticionario, permite a la Sala inferir que (i) el desempeño del peticionario en el ejercicio de sus funciones fue satisfactorio, como se desprende de los antecedentes de la tutela, y se infiere de su participación en tres proyectos diferentes. (ii) El ejercicio de labores de aseo es requerido en diversos proyectos de ingeniería de aquellos que desarrolla la entidad accionada. En ese sentido, resulta claro que el trabajo del accionante no se encuentra atado a la culminación de un proyecto determinado, sino que puede ser necesario en una variedad de ellos. (iii) la entidad accionada no intentó la reubicación del accionante en nuevo proyecto, pues consideró que, en ausencia de una calificación formal de la discapacidad laboral, no tenía esa obligación. El análisis precedente permite concluir que Comdistral S.A., en efecto, vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor Pablo. El centro de la vulneración se encuentra en la pretermisión del deber de solidaridad frente a una persona portadora del VIH, y el desconocimiento del principio de igualdad material. Además, debe recordarse a la entidad accionada que la discriminación no solo tiene una esfera positiva, consistente en dar un trato diferencial injustificado a una persona; sino que también se manifiesta en una esfera negativa, que consiste en omitir el trato especial para aquellas personas o grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Al evaluar la actuación de la parte demandada a la luz de esa esfera negativa, es claro que infringió la prohibición de discriminación al finalizar sus relaciones con el peticionario.

REINTEGRO AL CARGO DE TRABAJADOR PORTADOR DE VIH

La Sala concederá el amparo constitucional a los derechos fundamentales del accionante y ordenará a la Compañía de Ingeniería Metalmecánica Comdistral S.A. reintegrarlo a un cargo que tenga las mismas, o mejores condiciones laborales, que el cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación.

Referencia: expediente T-2.838.267

Acción de tutela de *Pablo* contra la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica S.A. - Comdistral S.A.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., el veintiuno (21) de enero de dos mil once (2011).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Séptimo (7º) Penal Municipal de Barranquilla con función de control de garantías, el diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. *Pablo* interpuso acción de tutela contra la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica S.A. – Comdistral S.A., con el fin de obtener amparo constitucional a sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, y a la igualdad, que considera vulnerados por la entidad demandada. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:

1.1. El señor *Pablo* prestó servicios laborales a la compañía Comdistral S.A. desde el ocho (8) de junio de dos mil seis (2006) hasta el treinta (30) de enero de dos mil diez (2010), de manera continua, desempeñando labores de aseo y limpieza, mediante sucesivos contratos de trabajo individuales, por duración de obra, devengando un salario mínimo mensual legal vigente.

1.2. El treinta (30) de enero de dos mil diez (2010) la entidad accionada remitió un oficio al peticionario, informándole sobre la terminación de su vinculación laboral, argumentando la finalización de la labor para la que fue contratado.

1.3. El accionante sostiene que la actuación de Comdistral S.A. desconoce su derecho a la estabilidad laboral como persona portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), de acuerdo con la prueba “*Western Blot*”, practicada el veintisiete (27) de agosto de dos mil ocho (2008). Afirma, además, que es padre cabeza de familia, que actualmente se encuentra desempleado y que no cuenta con ingresos que le permitan continuar el tratamiento prescrito para el manejo de su condición, basado en los medicamentos *abacavir*, *lamivudina*, *efivarenc*.

2. Con base en los hechos expuestos, el accionante solicita, como medida material de amparo, el reintegro al cargo para el que fue contratado y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el día de la desvinculación laboral. Invoca, como precedentes, las sentencias T-295 de 2008 y T-496 de 2004.

Intervención de la entidad accionada.

3. El señor Alvaro Espinel Quintero, actuando en calidad de representante legal de la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmeccánica – Comdistral S.A., intervino en el trámite de la primera instancia, y solicitó denegar el amparo con base en los siguientes argumentos:

3.1. El accionante se encontraba vinculado a Comdistral S.A. a través de contrato “*de obra o labor contratada*”, y su vínculo terminó el 30 de enero de 2010, día en que culminó el proyecto para el que se suscribió su último contrato. Por lo tanto, su desvinculación se basó en una causal objetiva, de origen legal, y no en una conducta discriminatoria desplegada por la accionada. Más aún, Comdistral S.A. celebró sucesivos contratos con el actor, conociendo el padecimiento que lo aqueja.

3.2. El peticionario no es un sujeto amparado por la estabilidad laboral reforzada que cobija a las personas con discapacidad, pues no existe calificación del estado de incapacidad o invalidez efectuada por las entidades competentes. Si el actor padece una pérdida de su capacidad laboral, al momento de su desvinculación no se había determinado ni el origen ni el porcentaje de la misma, de manera que la accionada no estaba obligada a solicitar autorización del Ministerio de la Protección Social para finalizar su el vínculo laboral.

3.3. La Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos (radicados 32532 y 35606), ha establecido que la protección a la estabilidad laboral de las personas con discapacidad está condicionada a (i) que la limitación haya sido calificada como severa, es decir, que la disminución de la capacidad laboral se encuentre entre el 25% y el 50%; o profunda, es decir, que supere el 50%; (ii) que el empleador conozca el estado de salud del trabajador; y (iii), que la terminación de la relación laboral se produzca “*por razón de la limitación física del trabajador*” y sin autorización del Ministerio de la Protección Social.

Esos requisitos no se cumplen en el caso de estudio pues (i) no se había acreditado que el actor presentara una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 25%; (ii) si esa calificación se produjo, esa situación no fue comunicada al empleador; y (iii) la terminación del contrato obedeció a una causa objetiva: el vencimiento del término pactado en el contrato de trabajo.

3.4. El accionante confunde en su demanda la terminación del contrato con el despido. Sin embargo, debe precisarse que Comdistral S.A. no lo *despidió*, sino que su contrato terminó por la finalización de la fabricación de los separadores *CCHL-COLUMBUS*, “*proyecto u obra en virtud de la cual fue contratado*”, tal como ocurrió en otras oportunidades en que el actor fue vinculado al desarrollo de proyectos específicos.

3.5. La acción de tutela es improcedente, pues (i) no cumple el requisito de inmediatez, ya que fue interpuesta más de 6 meses después de la terminación del vínculo laboral; (ii) el peticionario no probó su condición de cabeza de hogar, ni demostró que no cuenta con los medios económicos para sufragar los gastos del tratamiento que requiere por su enfermedad, desconociendo las cargas probatorias que le corresponden, aún en el trámite informal de la acción de tutela; (iii) de acuerdo con el principio de subsidiariedad, el accionante dispone de mecanismos judiciales para perseguir su reintegro, ante la jurisdicción ordinaria laboral, a los que debe acudir para la solución de la controversia planteada en sede constitucional.

Del fallo de primera instancia

4. El Juzgado Séptimo (7º) Penal Municipal de Barranquilla, con función de control de garantías, denegó el amparo solicitado por el peticionario, con base en los siguientes argumentos:

4.1. En el caso de estudio no se dan los supuestos del perjuicio irremediable, pues el asunto de fondo es una discusión laboral que no puede ventilarse por la vía constitucional de conformidad con el principio de subsidiariedad y el carácter residual y sumario de la acción de tutela. Si bien el accionante *“padece de la enfermedad VIH-SIDA, (...) no se desprende por ese solo hecho una inminencia y gravedad”*, que permita dar lugar al amparo transitorio para evitar la consumación de un daño iusfundamental irremediable.

4.2. En relación con los derechos presuntamente vulnerados, consideró el *a-quo* que:

4.2.1. No se produjo un desconocimiento al derecho fundamental al mínimo vital pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este requiere a.1) un incumplimiento salarial; a.2) que ese incumplimiento afecte el mínimo vital del trabajador; a.3) que sea prolongado, es decir, que supere los dos meses; o indefinido, circunstancias que no concurren en el caso objeto de estudio.

4.2.2. No se vulneró el derecho a la igualdad, pues el peticionario no acreditó su condición de padre de familia, ni mencionó el supuesto trato discriminatorio o desigual del que fue víctima.

4.2.3. En relación con el derecho a la salud, no puede imputarse vulneración alguna a la entidad accionada, pues una vez disuelto el vínculo laboral, el Estado tiene la obligación de atender sus necesidades sanitarias, a través del régimen subsidiado de seguridad social en salud.

4.2.4. Tampoco se desconoció el derecho al trabajo, pues la estabilidad laboral no es una garantía contenida en el núcleo esencial del derecho al trabajo, salvo en aquellos casos en que la persona afectada por la culminación de una relación laboral es una mujer embarazada o se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que no se comprobó en el presente trámite.

4.3. La acción de tutela interpuesta por el peticionario es improcedente, en atención a la existencia de recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de sus

derechos en la jurisdicción ordinaria laboral, “(...) a la cual deberá acudir para lo pertinente”. El amparo transitorio tampoco es viable, ante la ausencia de pruebas sobre la amenaza de un perjuicio irremediable.

5. La decisión de primera instancia no fue impugnada.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), expedido por la Sala de Selección Número Diez de esta Corporación, que escogió este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si la compañía Comdistral S.A. vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, la estabilidad laboral reforzada, y el mínimo vital del señor *Pablo*, portador del virus del VIH, al dar por terminado su contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, alegando la finalización de la obra y la inexistencia de una garantía de estabilidad reforzada en cabeza del actor.

Para resolver el problema planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con (i) el alcance de la tutela como medio idóneo para la protección de la estabilidad laboral reforzada de personas portadoras del virus del VIH, y/o enfermas del Sida. Dentro de ese marco jurisprudencial, la Sala (ii) analizará el caso concreto.

La estabilidad de personas portadoras del virus del VIH y/o enfermas de Sida; procedencia de la tutela para su protección.

1. La Corte Constitucional ha definido el contenido y alcance del principio constitucional de estabilidad laboral en amplio número de pronunciamientos¹. En ese sentido, la Sala estima que las *subreglas* constitucionales aplicables en la materia se encuentran plenamente decantadas, razón por la cual motivará brevemente esta decisión, siguiendo, en líneas generales, el esquema expositivo de los recientes fallos T-490 de 2010 y T-295 de 2008, en los que la Corporación se ha pronunciado sobre la estabilidad laboral de personas portadoras del VIH o enfermas de Sida².

¹ La Corte Constitucional ha señalado la existencia del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada desde las tempranas sentencias T-427 de 1992 y T-441 de 1993 y SU-256 de 1996; además, las subreglas que rigen el examen constitucional en la materia se han sistematizado en los fallos C-351 de 2000, T-1040 de 2001, T-519 de 2003, T-198 de 2006 y T-1083 de 2007, ampliamente reiterados por las distintas salas de esta Corporación, entre otras, en las sentencias T-812 de 2008, T-065 de 2010, T-772 de 2010, T-797 de 2009

² Es importante mencionar que, aún antes de esos fallos, desde la sentencia SU-256 de 1996, la Corte ha establecido que quienes padecen de esa enfermedad son titulares de una protección reforzada en materia laboral. Sin embargo, el orden jurídico y la jurisprudencia constitucional han presentado notables desarrollos desde la fecha, principalmente, con la entrada en vigencia de la ley 361 de 1997 y con los fallos C-531 de 2000, T-519 de 2003, T-198 de 2006 y T-

2. La estabilidad laboral hace parte del conjunto de principios que informan el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y establecen límites constitucionales a la facultad de configuración del derecho laboral, en atención al carácter social del estado y a la calificación dada por el constituyente al trabajo, como principio fundante del Estado. Sin embargo –como ocurre con todos los principios constitucionales- esa estabilidad no constituye una garantía absoluta, que se traduzca en la inmovilidad en los puestos de trabajo, pues debe armonizarse con otros principios constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad de empresa en el ámbito privado, y los principios que orientan la función pública y el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos, en lo atinente a los puestos de trabajo provistos por el Estado.

3. Debido a la diversidad de intereses comprometidos en los distintos escenarios en que se desarrollan las relaciones laborales, y atendiendo a que muchos de esos intereses poseen relevancia constitucional, la estabilidad tiene distintos niveles de intensidad y diferentes garantías para su protección, dependiendo de los fines que se pretendan satisfacer al desvincular a un trabajador, y las circunstancias personales del afectado³.

4. En el escenario de los contratos laborales celebrados entre personas de derecho privado, la estabilidad va desde el pago de una indemnización por despido injusto hasta el reintegro laboral, nivel más alto de protección, del que son beneficiarios tres grupos sociales: las personas cobijadas con fuero sindical, las mujeres embarazadas y las personas con discapacidad, o en condición de debilidad manifiesta por motivo de enfermedad⁴.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que esas personas gozan de un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, lo que implica que no pueden ser desvinculadas de su empleo sin autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente.

5. En relación con el grupo compuesto por las personas con discapacidad, la Corte ha explicado que el fundamento normativo de esa protección especial se encuentra en los principios de estado social de derecho⁵, igualdad material⁶ y solidaridad social, que

1083 de 2007, lo que explica que en los fallos más recientes, distintas salas de revisión hayan abordado el escenario de la protección laboral de personas portadoras del VIH desde la perspectiva de la estabilidad reforzada de personas con discapacidad, realizando los ajustes pertinentes y necesarios para abordar adecuadamente la situación de este grupo poblacional, como se explicará más adelante.

³ En la Sentencia SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), explicó la Corte: “...la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta...”

⁴ T-812 de 2008.

⁵ Constitución Política, artículo 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁶ Artículo 13. (...)

“[Inciso 2º] El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

ordenan la adopción de medidas en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta; el principio de no discriminación, que prohíbe desvincular a una persona por su condición física, mental o psicológica⁷; y el mandato concreto del artículo 54 de la Carta que establece, en cabeza de todas las autoridades públicas, el deber de propender por la integración social de las personas con discapacidad⁸.

6. Tales mandatos constitucionales fueron objeto de desarrollo legislativo, al promulgarse la ley 361 de 1997, en la que el Congreso de la República decidió adoptar un marco de protección legal para la estabilidad de personas con discapacidad, en cuyo núcleo se encuentra el artículo 26 de la citada ley, que establece la prohibición de despido de personas con discapacidad sin autorización previa del Ministerio del Trabajo (actualmente, de la Protección Social).

En efecto, el inciso primero de la citada disposición establece que *“ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”* y el inciso segundo, ibídem, dispone que si ese despido se produce, el empleador debe cancelar una indemnización equivalente a 180 días de trabajo⁹.

7. En sentencia C-531 de 2000, la Sala Plena de esta Corporación declaró la constitucionalidad condicionada del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, es decir, el aparte que ordena el pago de la indemnización mencionada, sentando los siguientes criterios de interpretación conforme a la Constitución, del aparte normativo demandado: (i) el despido de una persona por razón de discapacidad es absolutamente ineficaz; (ii) en consecuencia, si este se produce, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado. (iii) La indemnización correspondiente a 180 días de salario constituye una sanción por el desconocimiento de la prohibición de despido de personas con discapacidad¹⁰, y de las normas constitucionales previamente citadas (artículos 1º, 13 y 54), pero no comporta la validación del despido.

[Inciso 3º] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

⁷ Artículo 13. *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”*

⁸ Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

⁹ Artículo 26: (...) En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. ||No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

¹⁰ Sentenció la Corte, en la parte resolutive del fallo citado: “Primero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión *“salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”*, contenida en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.|| Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P.,

8. Establecido el marco constitucional y legal del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de personas con discapacidad, es preciso hacer referencia a la sentencia T-519 de 2003, en la que la Sala Sexta realizó una juiciosa sistematización de las *subreglas* que condicionan la procedencia de la tutela para la protección del derecho citado. De esta forma se sintetizaron en el fallo citado, las subreglas relevantes:

“(…) (i) [E]n principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente”¹¹.

9. Es oportuno, también, hacer referencia a la sentencia T-198 de 2006, en la cual abordó la Sala Sexta el problema de determinar la interpretación constitucionalmente adecuada del término *limitación*, en el marco de la protección establecida por el legislador en la ley 361 de 1997; tras hacer referencia a las dificultades que comporta una adecuada definición y delimitación de los conceptos *limitación*, *discapacidad*, *minusvalía*, *impedimento*, tanto en el ámbito interno como en el derecho internacional de los derechos humanos, la Sala estimó que, en materia laboral, la protección debe extenderse a todo aquel que se encuentre en condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta por motivos de salud, o por cualquier circunstancia que afecte su bienestar físico, mental o fisiológico.

De acuerdo con esa posición interpretativa, al momento de evaluar la titularidad del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y, ulteriormente, la procedencia del amparo, el operador jurídico debe indagar sobre la existencia de los factores de vulnerabilidad citados y no condicionar el amparo a la presentación de un certificado de calificación de incapacidad de carácter formal, emanado de las juntas de calificación de invalidez, o de otro órgano competente para calificar la aptitud laboral.

Concluyó la Corte en el citado fallo:

“Es por ello, que en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones

arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

¹¹ Sentencia T-519 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido”.¹²

10. En cuanto al alcance del deber de solidaridad en el escenario estudiado, la Sala Quinta explicó, en el pronunciamiento T-1040 de 2001 que no se agota en la solicitud del permiso ante la autoridad laboral, sino que el empleador está obligado, además, a intentar la reubicación de la persona en un cargo acorde con sus condiciones de salud, de acuerdo con lo dispuesto por los órganos de salud ocupacional. El cumplimiento de este deber depende, a su vez, de la capacidad real (fáctica) de cada empresa para lograr la reubicación del empleado en el giro de sus negocios. De esta forma lo expresó la Corporación:

“(…) [E]l alcance constitucional de la protección especial depende de la exigibilidad de la carga impuesta al empleador. En situaciones como éstas, en principio corresponde al empleador reubicar al trabajador en virtud del principio constitucional de solidaridad, asegurándole unas condiciones de trabajo compatibles con su estado de salud, para preservar su derecho al trabajo en condiciones dignas. Sin embargo, el empleador puede eximirse de dicha obligación si demuestra que existe un principio de razón suficiente de índole constitucional que lo exonera de cumplirla.

En efecto, el alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación”¹³.

11. Finalmente, en la sentencia T-1083 de 2007 la Sala Séptima anunció su decisión de apartarse de lo expuesto en la sentencia T-519 de 2003, en relación con la prueba de conexidad entre la discapacidad y el despido para la procedencia de la acción de tutela. A juicio de la Sala citada, en el caso de las personas con discapacidad debe aplicarse la presunción de despido discriminatorio que se aplica en el caso de las mujeres embarazadas. Así, establecida la condición de debilidad manifiesta y la ausencia de autorización del Ministerio de la Protección Social, corresponde al empleador demostrar que la terminación de la relación laboral obedeció a una causa justa.

La necesidad de aplicar esta presunción se deriva de la enorme dificultad que supone para el empleado –parte débil de la relación laboral- acreditar un hecho que reside en el fuero interno del empleador. Consideró la Sala Séptima que esa carga no solo resulta desproporcionada, sino que puede llevar a la ineficacia de la prohibición de despido el

¹² Cfr. Sentencia T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹³ T-1040 de 2001.

empleador podría aducir motivos legítimos, dejando al afectado en situación de imposibilidad de probar que fue víctima de la conducta discriminatoria:

“(…) [E]n opinión de esta Sala, además de la consideración relativa a la ineficacia absoluta del despido que se efectúe sin autorización previa de la autoridad del trabajo y el carácter sancionatorio de la indemnización que se impone al empleador por desconocer tal requisito, es necesario extender al caso de los trabajadores que sufren discapacidad, otras medidas de protección reforzada que han sido consagradas a favor de la mujer durante el embarazo y el periodo de lactancia, de forma tal que, el espectro de protección de su estabilidad laboral pueda considerarse suficiente y en tal sentido ajustado a la Constitución.

(…)

De esta forma, es necesario que respecto de los despidos de trabajadores discapacitados efectuados sin autorización de la Oficina del Trabajo se aplique en particular una de las reglas establecidas positivamente en el caso de la trabajadora en embarazo, cual es, la presunción de que el despido o la terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de su discapacidad”.¹⁴

12. Independientemente de lo expresado por la Sala Séptima, sobre su interés por separarse de las *subreglas* sentadas en la sentencia T-519 de 2003, esta Sala estima que los dos fallos no contienen posiciones incompatibles, sino que la sentencia T-1083 de 2007 añadió una carga probatoria en cabeza del empleador, haciendo más intensa la protección a la estabilidad laboral de este grupo poblacional y dando, por lo tanto, un mayor alcance y eficacia a los contenidos normativos de los artículos 53 y 54 de la Carta.

En ese orden de ideas, la tutela es procedente [si se prueba la conexidad entre la discapacidad y el despido para la procedencia](#) de la acción de tutela, como se indicó en la sentencia T-519 de 2003. Sin embargo, acreditada la condición de debilidad manifiesta del afectado, y su desvinculación sin autorización previa de autoridad competente, surge la presunción de despido injustificado y la carga de la prueba se

¹⁴ Añadió la Sala: “La necesidad de esta presunción salta a la vista, por cuanto, exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o psicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. Es más, exigir tal prueba al sujeto de especial protección equivale a hacer nugatorio el amparo de los derechos que pretende garantizar la estabilidad laboral reforzada, pues se trata de demostrar un aspecto ligado al fuero interno del empleador. La complejidad de dicha prueba aumenta, si tiene en cuenta que, las más de las veces, los motivos que se exponen en las comunicaciones de despido son aparentemente ajustados a derecho”. De esta forma, resulta más apropiado desde el punto de vista constitucional, imponer al empleador la carga de probar que el despido tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en la discapacidad. Así lo reconoció la jurisprudencia anterior a la promulgación de la ley 361 de 1997:

“Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión” [Sentencia T-427 de 1992, reiterada por la T-441 de 1993].

traslada al empleador, como se estableció en la sentencia T-1083 de 2007, ampliamente acogida y reiterada por otras salas de la Corporación¹⁵.

13. En el fallo recién citado, también se pronunció la Sala Séptima sobre el ámbito material de la protección, es decir el tipo de relaciones laborales a las que se aplica la garantía de estabilidad estudiada.

Al respecto, explicó la Corporación que esta no se limita a los contratos a término indefinido sino que se extiende a otras formas de contratación y precisó que, en los contratos laborales celebrados a término fijo, al igual que en los contratos “de obra”, el cumplimiento del término pactado o la culminación de la obra contratada no constituyen razón suficiente para disolver el vínculo laboral, sino que debe demostrarse la extinción definitiva del objeto y/o la causa que del contrato, así como el incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleado.

“(…) la Sala considera pertinente esbozar algunas consideraciones respecto del tipo de contratos de trabajo frente a los cuales opera la estabilidad laboral reforzada consagrada a favor de los discapacitados. (...) [C]abe destacar que dicha protección no se aplica exclusivamente a los contratos de trabajo celebrados por un término indefinido, puesto que la jurisprudencia constitucional ha encontrado necesario hacer extensiva la exigencia de autorización de la Oficina del Trabajo a las hipótesis de no renovación de los contratos a término fijo.

En tal sentido, se ha señalado que el vencimiento del plazo inicialmente pactado o de una de las prórrogas, no constituye razón suficiente para darlo por terminado, especialmente cuando el trabajador es sujeto de especial protección constitucional.¹⁶

(…) para dar por terminado un contrato de trabajo que involucra a un sujeto de especial protección y que, pese a haber sido celebrado por un plazo determinado, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formas, envuelve una relación laboral cuyo objeto aún no ha cesado, no basta el cumplimiento del plazo, sino que deberá acreditarse además, el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles”¹⁷.

En lo concerniente a **los contratos de obra**, tema que interesa especialmente a la Sala en atención al problema jurídico que debe resolver, concluyó la Corporación:

¹⁵ Ver, entre un amplio número de pronunciamientos, las sentencias T-065 de 2010, T-772 de 2010, T-797 de 2009, T-281 de 2010, T-651 de 2010, T-490 de 2010, T-457 de 2010.

¹⁶ Así, en relación con la terminación del contrato a término fijo de una mujer en estado de embarazo afirmó esta Corporación: “(...) con fundamento en los principios de estabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, “siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”. (Sentencia T-546 de 2006).

¹⁷ Continuó la Corte: “Y es que, en última instancia, lo que determina la posibilidad de dar por terminada la relación laboral en la que es parte uno de estos sujetos es la autorización que para tal efecto confiera la Oficina del Trabajo, entidad que para el efecto examinará, a la luz del principio antes mencionado, si la decisión del empleador se funda en razones del servicio y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le halla dado al vínculo laboral.”

“Cabe entonces preguntarse si la anterior conclusión puede resultar aplicable también a los contratos de trabajo celebrados *por la duración de la obra o labor contratada* (artículo 45 C. S. T.). Al respecto, es importante tener en cuenta que este tipo de relaciones laborales se constituyen con el objeto de adelantar una específica tarea que debe ser cuidadosamente determinada al momento del surgimiento del vínculo y que una vez concluida tendrá como consecuencia la finalización del mismo. Por tal razón, la aspiración de continuidad es en principio extraña a este tipo de contratos, lo cual no obsta para que, en los casos en los cuales la realidad de la relación permita advertir que el objeto del contrato no es el desempeño de una obra o labor determinada sino una prestación continuada, y que por ende, la denominación del mismo constituye más bien una forma de evadir la estabilidad del mismo, el empleador estará obligado a requerir de la Oficina del Trabajo la correspondiente autorización para dar por terminado el contrato de un sujeto de especial protección, como podría serlo una persona que sufre discapacidad”.

14. En lo atinente a la situación específica de las personas portadoras del virus del VIH / enfermas de Sida, es preciso señalar que la Corte Constitucional estableció, desde la sentencia SU-256 de 1996¹⁸, que son titulares del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y que la tutela puede ser el medio judicial preferente para su protección en el ámbito laboral.

Posteriormente, en el pronunciamiento T-469 de 2004 se consignaron importantes reflexiones sobre la trascendencia de la estabilidad laboral reforzada de personas portadores del VIH y/o enfermas de Sida como una medida para superar patrones de discriminación que afectan a esta población, haciendo del escenario laboral un espacio para la creación de conciencia social sobre la situación de quienes se encuentran afectados por dicha enfermedad. Por su trascendencia para el caso que ocupa a la Sala, se transcriben algunos apartes del fallo citado:

“Las personas que **padecen del virus** de inmunodeficiencia humana son indudablemente titulares de los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos, así como de la totalidad de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Su enfermedad los hace particularmente vulnerables a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población propensa a ver vulnerada su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo. Precisamente, la legitimidad del Estado Social de Derecho descansa en su capacidad para garantizarle a todos los ciudadanos la observancia de los valores, principios y derechos fundamentales que en la Carta Política se consagran”.

(...)

¹⁸ En el fallo SU-256 de 1996, este Tribunal consideró que la desvinculación de un empleado del Gun Club, originada exclusivamente en su condición de portador del virus de inmunodeficiencia adquirida resultaba discriminatoria, y que los empleadores no podían exigir la presentación de exámenes sobre la presencia del virus para la vinculación o permanencia de los empleados en sus cargos.

“Para el cumplimiento de este objetivo, los empleadores no sólo tienen la responsabilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la contaminación y propagación de la infección, tales como el suministro de equipo de protección personal, de primeros auxilios y su mantenimiento, sino que también son titulares de ciertas obligaciones frente al trabajador infectado con el virus de inmunodeficiencia humana, deberes orientados a proteger los derechos fundamentales y la dignidad de sus trabajadores infectados con el virus. El acondicionamiento del lugar de trabajo del empleado infectado, el otorgamiento de permisos para asistir a controles médicos, la adopción de medidas de apoyo, la promoción de un ambiente que no sea discriminatorio, la prohibición de exigir pruebas tendientes a determinar si ha sido contagiado por el virus de inmunodeficiencia humana para acceder o permanecer en una actividad laboral y la permanencia de la persona infectada en su actividad laboral o cualquier otra que presente menos peligro para ella o para los demás, son las recomendaciones señaladas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), algunas de las cuales han sido acogidas en nuestro ordenamiento jurídico interno”.

15. En fallos recientes (sentencias T-238 de 2008, T-295 de 2008, T-490 de 2010), la Corte ha abordado el caso de la estabilidad de personas portadoras del VIH, a partir de reglas generales establecidas para el caso de la estabilidad de personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta, con el fin de sistematización jurisprudencial. Es importante recalcar que distintas salas han otorgado, en ocasiones, un amparo transitorio; en tanto que otras han optado por el amparo definitivo.

16. En las recientes sentencias T-295 de 2008 y T-490 de 2010, las salas Octava y Séptima de revisión, han considerado que el amparo definitivo responde de manera más adecuada a la situación que afrontan las personas portadoras del VIH o enfermas de Sida. A juicio de esta Sala, poderosas razones pueden aducirse para seguir el camino trazado por estos pronunciamientos. Así, la gravedad de la enfermedad; la persistencia de conductas y patrones discriminatorios en la sociedad hacia las personas portadoras del VIH, el riesgo que supone la enfermedad para la vida humana, una vez se manifiesta en el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, y el elevado costo de los tratamientos para el manejo de su condición, restan eficacia a los medios judiciales ordinarios de protección y justifican la procedencia definitiva del mecanismo constitucional.¹⁹

17. Con base en las subreglas y criterios de interpretación reiterados en los párrafos precedentes, procede la Sala al estudio del caso concreto.

III. Del caso concreto.

1. Examen de procedibilidad (formal) de la acción.

1.1. Subsidiariedad.

¹⁹ El amparo transitorio ha sido concedido, por ejemplo, en las sentencias T-273 de 2009, T-238 de 2008 y T-469 de 2004, en la que la Sala tuvo en cuenta que ya se encontraba tramitándose la acción ordinaria laboral.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede para la protección de los derechos constitucionales cuando (i) no existe otro mecanismo de defensa judicial; (ii) existen tales mecanismos pero no son *idóneos* o *adecuados*, en virtud de las circunstancias del caso concreto, o las condiciones personales de vulnerabilidad o debilidad del afectado; o (iii), se interpone para buscar la protección transitoria del derecho, debido a que la duración o estructura del proceso ordinario, no permiten conjurar la amenaza de un perjuicio irremediable.

En el presente caso, siguiendo lo expuesto en los fundamentos 15 y 16 de esta providencia, la Sala considera que, dado que se encuentra confirmada la condición médica del actor como portador del VIH, resulta legítima su aspiración de obtener la protección de sus derechos por la vía constitucional en lugar de acudir al proceso ordinario laboral, mecanismo en principio idóneo para discutir el reintegro, pero que carece de la eficacia suficiente frente al grupo poblacional de las personas que padecen la condición médica referida.

Por lo tanto, si se confirma la vulneración *iustificada* alegada, el amparo material será concedido de forma definitiva.

1.2. Inmediatez.

En relación con el principio de inmediatez, la Corte Constitucional ha establecido que si bien no existe un término legal concreto para la interposición de la acción, esta debe proponerse dentro de un plazo razonable.

El [principio de inmediatez](#), de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma *inmediata* los derechos constitucionales. Puesto que no es constitucional establecer términos específicos para la interposición de la acción de tutela, ese examen de razonabilidad en relación con el tiempo transcurrido entre la violación del derecho fundamental y la presentación de la demanda de tutela debe ser evaluado a partir de los diversos criterios que se han fijado en la jurisprudencia de la Corporación.

Así, este Tribunal ha indicado que la [pertenencia del actor a un grupo vulnerable](#); las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; el aislamiento geográfico, la vulnerabilidad económica, y la persistencia o agravación de la situación del actor, son elementos que permiten flexibilizar el examen de inmediatez.

Contrario sensu, la eventual vulneración de derechos de terceros, la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado, y la posibilidad de que el amparo represente una seria afectación a la seguridad jurídica (v.gr. en los casos en que se pretende controvertir un fallo judicial), son aspectos que tornan más exigente la evaluación que debe efectuar el juez constitucional²⁰.

²⁰ En la reciente sentencia T-079 de 2010, expresó la Corte sobre el criterio de inmediatez: “La Corte ha establecido que, si bien no existe un término legal para la interposición de la acción de tutela, es de la naturaleza del amparo la necesidad de buscar la protección inmediata de los derechos por parte del afectado, de manera que esta debe

En el caso concreto, la pertenencia del peticionario al grupo poblacional de las personas portadoras del VIH, la vulnerabilidad económica del actor, alegada en la demanda de tutela y que la Sala encuentra acreditada al observar que el peticionario devengaba 1 SMLMV, así como la inexistencia de intereses de terceros involucrados en el trámite, llevan a la Sala a considerar que, en las circunstancias de este proceso, 6 meses no exceden el plazo razonable exigido por el principio de inmediatez.

En consecuencia, procede la Sala al estudio del fondo del caso.

2. Examen de fondo.

2.1. De acuerdo con el artículo 26 de la ley 361 de 1997, y la interpretación conforme con la Constitución, sentada por la Corte en sentencia C-531 de 2000, el despido de una persona en razón de una “limitación”, sin autorización previa de la autoridad del trabajo, es absolutamente ineficaz. Es decir, carece de efectos, razón por la cual, en caso de producirse, el juez debe ordenar el reintegro laboral del afectado y el pago de 180 días de salario como sanción por el desconocimiento de la especial protección que cobija a las personas con discapacidad. De acuerdo con la sentencia T-198 de 2006, esa protección se extiende a todos aquellos que se encuentren en condición de debilidad manifiesta por enfermedad, en aplicación directa de los principios de solidaridad social e igualdad material.

En este proceso, **está comprobado** que el peticionario es una persona portadora del virus de inmunodeficiencia humana, situación que lo convierte en titular del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

Está acreditado, así mismo, que sostuvo un vínculo laboral con la entidad accionada y que, previa la notificación que Comdistral S.A. le remitiera, informándole sobre la finalización de su relación laboral, no existió autorización del Ministerio de la Protección Social. Esa situación se explica, además, por el hecho de que –de acuerdo con la contestación de la demanda- la parte demandada no consideraba que tuviera la obligación de solicitar el permiso en mención, en el caso del actor.

En ese sentido, un argumento central del representante de la accionada es que la estabilidad reforzada solo cobija a quienes han sido calificados con una discapacidad

interponerse en un plazo razonable, a partir de la alegada violación a un derecho fundamental. || Esa razonabilidad está dada por varios factores. Así, en las sentencias T-243 de 2008, T-743 de 2008, expresó la Corte Constitucional: Ahora bien, ¿cuáles factores deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso? La Corte ha establecido, cuando menos, cuatro de ellos: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;²⁰ (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.²⁰|| En similar sentido, en la providencia T-1112 de 2008, señaló: “Del principio de inmediatez, como claramente lo ha expresado esta Corporación, no se desprende un plazo objetivo para la interposición de la acción de tutela. Sencillamente, surgen los parámetros para determinar si el lapso transcurrido entre la decisión judicial que se controvierte y la interposición de la acción permite concluir que (i) se pretende una protección urgente de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados; (ii) en caso de otorgar el amparo no se produce una lesión desproporcionada a derechos de terceros, (iii) ni se afecta irrazonablemente la seguridad jurídica; y (iv) la conducta del accionante no es negligente”.”

“severa” (es decir, una disminución de capacidad laboral superior al 25%, de acuerdo con calificación expedida por los órganos competentes), y no a personas enfermas, o que padecen alguna limitación que no ha sido evaluada por los órganos competentes para la calificación de discapacidad.

Es preciso, entonces, reiterar en esta oportunidad, que la expresión “limitación”, utilizada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 [no hace referencia a la pérdida de capacidad laboral formalmente certificada](#) por el órgano competente. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad, la norma contenida en la disposición citada solo es acorde con la Constitución Política bajo el entendido de que cubija a [todas las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud \(razones de índole físico, mental, o fisiológico\)](#).

En adición a lo expuesto, ha sentenciado esta Corporación que la [condición de debilidad manifiesta es un hecho susceptible de comprobación material, y que corresponde al operador jurídico evaluar, en cada caso, la presencia de esa situación](#). Por lo tanto, en sede de tutela, no es exigible la calificación formal de discapacidad expedida por los órganos de medicina laboral, o aquellos que disponga el sistema de seguridad social, para efectos de determinar el estado de invalidez, o los distintos grados de pérdida de capacidad laboral.

Por lo tanto, es equivocada la apreciación de la entidad accionada sobre la inexistencia de una garantía de especial protección en cabeza del actor. Y es importante recalcar que esa equivocación no se limita al desconocimiento de las subreglas jurisprudenciales en la materia, sino que refleja una completa indiferencia hacia los principios de solidaridad social e igualdad material, elementos cardinales del estado social de derecho, vinculantes para todas las autoridades y particulares en sus relaciones, en virtud el “*efecto irradiación*” de las normas constitucionales.

En el mismo sentido, el requisito de que la discapacidad supere el 25%, supuestamente originado en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, no puede aplicarse en contravía de la interpretación que esta Corporación ha realizado sobre una garantía de origen constitucional. Debe recordarse, al efecto, que esta Corporación tiene a su cargo la función de interpretar con autoridad la Constitución Política, y que los precedentes constitucionales vinculan a autoridades judiciales y administrativas por igual, cuando de la aplicación e interpretación de derechos fundamentales se trata.

Establecida la [titularidad del derecho fundamental a la estabilidad reforzada en cabeza del peticionario, y verificada la existencia de un vínculo laboral que culminó sin autorización del Ministerio de la Protección Social, la procedencia del amparo se encuentra condicionada a que se pruebe la conexión entre el despido y la condición de discapacidad del afectado](#).

Al respecto, es preciso indicar que si bien la existencia de ese nexo debe estar comprobada, en este escenario debe aplicarse la [presunción de despido discriminatorio](#) en favor del peticionario, pues resulta una carga desproporcionada para el afectado demostrar un hecho que reside en el fuero interno del empleador (T-1083 de 2007, reiterada), presunción que, para la Sala, en este caso se ve fortalecida, [puesto que la](#)

entidad conocía la situación del actor, de acuerdo con su intervención ante el juez de primera instancia.

Además, en **contratos a término fijo**, o por duración de obra contratada, la Corte ha expresado que el simple cumplimiento del término o finalización de la obra **no es razón suficiente para extinguir legítimamente el vínculo laboral**; para que el despido se encuentre justificado debe demostrarse, además, que la causa de la vinculación desapareció materialmente, y el bajo rendimiento del empleado.

La parte accionada, **sobre quien recae la carga de desvirtuar la presunción de discriminación** en las circunstancias previamente mencionadas, explicó que la relación laboral con el actor llegó a su fin por la culminación del proyecto de fabricación de separadores *CCHL-Columbus* para el cual se suscribió su último contrato laboral, y argumenta que, por lo tanto, no puede considerarse que el despido tuvo carácter discriminatorio.

La explicación que expone la accionada **resulta insuficiente**, de conformidad con las subreglas reiteradas en esta oportunidad. En efecto, consta en el expediente que el último contrato que se suscribió con el peticionario se relacionaba con la fabricación de los separadores mencionados; sin embargo, el señor *Pablo* no se encontraba involucrado en los aspectos técnicos del proyecto; es decir, en los aspectos propios de un proyecto de ingeniería, sino que realizaba **labores de aseo** durante el desarrollo del mismo. Además, el peticionario trabajó, anteriormente, en diversos proyectos, que se extendieron por más de **tres años y que, si bien tenía un objeto diferente desde el punto de vista de la ingeniería, mantenían en común la necesidad de contratar el servicio de aseo, como probablemente se necesita en cualquier proyecto que se extienda en el tiempo.**

Esa situación fáctica, plenamente comprobada en este trámite, gracias a las copias de los contratos allegadas por el peticionario, permite a la Sala inferir que (i) el desempeño del peticionario en el ejercicio de sus **funciones fue satisfactorio**, como se desprende de los antecedentes de la tutela, y **se infiere de su participación en tres proyectos diferentes**. (ii) El ejercicio de **labores de aseo es requerido en diversos proyectos** de ingeniería de aquellos que desarrolla la entidad accionada. En ese sentido, resulta claro que el trabajo del accionante **no se encuentra atado a la culminación de un proyecto determinado, sino que puede ser necesario en una variedad de ellos**. (iii) **la entidad accionada no intentó la reubicación** del accionante en nuevo proyecto, pues consideró que, en ausencia de una calificación formal de la discapacidad laboral, no tenía esa obligación.

El análisis precedente permite concluir que Comdistral S.A., en efecto, **vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor Pablo**. El centro de la vulneración se encuentra en la pretermisión del deber de solidaridad **frente a una persona portadora del VIH, y el desconocimiento del principio de igualdad material**. Además, debe recordarse a la entidad accionada que la discriminación no solo tiene una **esfera positiva**, consistente en dar un trato diferencial injustificado a una persona; sino que también se manifiesta en una **esfera negativa**, que consiste en omitir el trato especial para aquellas personas o grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Al evaluar la actuación de la parte demandada a la luz de esa esfera

negativa, es claro que infringió la prohibición de discriminación al finalizar sus relaciones con el peticionario.

En consecuencia, la Sala concederá el amparo constitucional a los derechos fundamentales del señor *Pablo* y ordenará a la Compañía de Ingeniería Metalmeccánica Comdistral S.A. **reintegrarlo** a un cargo que tenga las mismas, o mejores condiciones laborales, que el cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación.

Ahora bien, como lo ha expresado la Corte Constitucional, la estabilidad laboral reforzada **no tiene un carácter absoluto**, y el alcance del amparo debe tomar en cuenta las condiciones materiales de la empresa demandada. Por lo tanto, la Sala advertirá que el vínculo laboral puede finalizar si existe justa causa, evaluada por el Ministerio de la Protección Social.

Además, dado que la entidad Comdistral S.A. realiza proyectos de ingeniería, podrá terminar el contrato laboral si demuestra, ante el juez de primera instancia, que en los tres meses sucesivos a la notificación de esta providencia, **no existe proyecto alguno en el que exista el cargo de aseo o se requieran las funciones** de aseo que realiza el accionante.

Si la accionada pretende acreditar esa situación, deberá presentar un informe mensual al juez de primera instancia en el que consten los proyectos que desarrolla y los cargos que en ellos se pueden desempeñar. Ese informe se entenderá rendido bajo la gravedad de juramento, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea, y manteniendo presente que el incumplimiento de una orden judicial da lugar a sanciones por desacato, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda establecerse en cada caso.

Ahora bien, considerando que la ineficacia de la terminación del vínculo acarrea la inexistencia de efectos jurídicos, y que en esta oportunidad se concederá un amparo definitivo, la Sala ordenará el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y ordenará el pago de 180 días de salario por parte de Comdistral S.A. al peticionario, a título sancionatorio, por el desconocimiento de la especial protección debida a las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta por ser portadoras del VIH.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Revocar el fallo de instancia, proferido por el Juzgado Séptimo (7º) Penal Municipal con función de control de garantías de Barranquilla, en tanto **denegó** la tutela invocada por el peticionario y, en su lugar, **conceder** el amparo a sus derechos

fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, y el mínimo vital del señor *Pablo*.

SEGUNDO.- Ordenar a la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica – Comdistral S.A. que, en el término de 24 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reintegrar al peticionario a un cargo de iguales o mejores condiciones que aquél que desempeñaba al momento de la pretendida finalización del vínculo laboral (30 de enero de 2010).

TERCERO.- Ordenar a la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica – Comdistral S.A. que, en el término de 24 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, efectúe el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir al peticionario, desde la fecha de la pretendida desvinculación hasta el momento en que se cumplan las órdenes proferidas en esta providencia.

CUARTO.- Condenar a la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmecánica – Comdistral S.A al pago de 180 días de salario al señor *Pablo*, a título sancionatorio, por infringir la prohibición de despido de personas en condición de debilidad manifiesta, en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, y de conformidad con la *interpretación conforme* de esa disposición, establecida en sentencia C-531 de 2000, y ampliamente explicada en los fundamentos de esta providencia.

QUINTO.- Señalar que la entidad accionada puede terminar el vínculo laboral sostenido con el peticionario, por justa causa, previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

Además, en virtud del principio de *cargas soportables*, el vínculo puede disolverse si, transcurridos tres meses desde la notificación de esta providencia, la entidad accionada demuestra, ante el juez constitucional de primera instancia (Juzgado 7º Penal Municipal de Barranquilla, con funciones de control de garantías), que no existe proyecto alguno en el que el accionante pueda desempeñar funciones de aseo actualmente.

En caso de pretender la disolución de la relación laboral por esta vía, la entidad deberá remitir un informe mensual al juez de primera instancia sobre los proyectos en desarrollo, y los cargos y funciones requeridos en cada uno de ellos.

Se advierte, en relación con lo dispuesto en este numeral, que cualquier informe rendido por Comdistral S.A. al juez de primera instancia, se entiende suscrito bajo la gravedad de juramento; cualquier inconsistencia entre dichos reportes y la situación real de la entidad ubica a la accionada en situación de desacato a las órdenes de esta Corporación, sin perjuicio de las consecuencias previstas en la ley penal.

SEXTO.- Líbrense, por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2951 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria

Sentencia T-161/02

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Casos excepcionales de procedencia para reintegro

Esta Corporación ha manifestado que, procede excepcionalmente la tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales que se originan de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, demostrando los siguientes requisitos: Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia; que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que apareja es devastador.

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Información oportuna al empleador sobre su estado

En el caso de autos, no existe en el proceso prueba que demuestre la violación del derecho fundamental a la no discriminación de la petente por parte de la tutelada, pues es evidente que esta última no sabía del estado de gravidez de la actora cuando dio por terminada en forma unilateral la relación laboral.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-515867

Acción de tutela instaurada por Alba Nora Loaiza Restrepo contra Empresa Círculo Inmobiliario Ltda.

Magistrado Ponente:
Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil dos (2002).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Vigésimo Primero Penal Municipal y el juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, dentro de la

acción de tutela instaurada por Alba Nora Loaiza Restrepo contra Empresa Círculo Inmobiliario Ltda.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda de tutela

La señora Alba Nora Loaiza Restrepo, instauró acción de tutela en contra de la Empresa Círculo Inmobiliario Ltda por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con su vida y la de su hijo por nacer, consagrados en la Constitución Política, en razón a que fue despedida encontrándose en estado de embarazo.

Manifiesta la actora que para ingresar a la empresa demandada, le fue exigida prueba de embarazo, que le fue practicada por cuenta de la accionada, en el laboratorio clínico del doctor David Botero Ramos y Cia Ltda, la que efectivamente resultó negativa.

Aduce la tutelante que el día 19 de abril del año dos mil uno, celebró con la parte accionada: "EMPRESA CIRCULO INMOBILIARIIO LTDA", contrato a término indefinido, para ocupar el cargo de secretaria.

Que el día 16 de mayo dos mil uno (2001), informó a su jefe inmediato señora Alba Inés Gómez Londoño, que se había practicado un examen de embarazo el cual resultó positivo y que al día siguiente se lo entregaría.

Agrega la demandante que el día 17 de mayo de dos mil uno (2001) entregó la prueba de embarazo a la señora Alba Inés Londoño, la que enseguida le pasó la carta de despido.

En consideración a lo expuesto, estima que el proceder de la empresa demandada, de despedirla injustamente encontrándose en estado de embarazo y de manera inmediata desafiliarla del sistema de seguridad social en salud, le ha causado un grave perjuicio no solamente a ella sino también a la criatura por nacer si se tiene en cuenta que ahora está desempleada y no tiene ingreso alguno, por lo que solicita en consecuencia, se ordene a la accionada vincularla nuevamente al sistema de seguridad social en salud.

2. Respuesta de la entidad demandada.

Por su parte la entidad demandada en contestación a la acción de tutela dirigida a la juez Veintiuno Penal Municipal de Medellín, por intermedio de su representante legal, señaló que la terminación del contrato de trabajo a la señora ALBA NORA RESTREPO LOAIZA se debió a que ésta carecía de las habilidades necesarias para desempeñar el cargo de secretaria para el cual había sido contratada, por tanto, la empresa contratante hizo uso del término legal y contractual del periodo de prueba, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo se celebró el día 19 de abril de 2001 extendiéndose el

periodo de prueba hasta el 19 de junio del mismo año y el despido se produjo el 17 de mayo del año citado, es decir dentro de dicho periodo.

Además añade, que cuando la empresa tomó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo no tenía conocimiento del estado de embarazo de la tutelante ya que el día 16 de mayo de 2001 se le informó por escrito que su contrato de trabajo terminaría a partir del día 17 de mayo de esa misma anualidad, lo que significa que la demandante laboraría hasta el día 16 de mayo de 2001, motivo por el cual se le indicó que pasara al día siguiente a reclamar lo que le correspondía por concepto de prestaciones sociales.

De igual forma, señala que efectivamente el 17 de mayo de 2001 cuando la actora fue a recoger las prestaciones sociales, notificó a la empresa de su estado de gravidez, situación que consta en el acuso de recibido en donde se indica la fecha y hora del mismo.

Con base en los argumentos citados, la accionada pide que se niegue por improcedente la acción de amparo solicitado por la señora Alba Nora Restrepo Loaiza.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

El Juez Veintiuno Penal Municipal de Medellín, mediante providencia de julio trece (13) de 2001, negó la protección solicitada, por considerar que el empleador desconocía el estado de embarazo en que se encontraba la actora al momento de ser despedida, además, si bien es cierto la representante legal de la sociedad Círculo Inmobiliario Ltda, dió por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y desvinculó del Sistema de Seguridad Social en Salud a la accionante, ello se debió a la terminación de su contrato de trabajo el cual no había superado el período de prueba.

Finalmente consideró, que para el caso en estudio, la tutela es improcedente, toda vez que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial.

Impugnada la decisión, el juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín- en providencia del 28 de agosto de 2001, confirmó el fallo del *a-quo* por considerar que, a la accionada le fue comunicado su despido el 16 de mayo y ésta entregó la prueba de embarazo positivo al día siguiente, fecha en la cual ya no era empleada de la empresa demandada, en consecuencia, el despido no fue en razón de su estado de gravidez sino por la terminación unilateral del contrato de trabajo de conformidad con los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 7 del decreto 351 de 1965.

En este orden de ideas, no se le han conculcado a la accionante ni al nasciturus, los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida, por cuanto en el caso *sub-judice*, hubo una terminación del contrato laboral de manera unilateral y por ende, cesaron las obligaciones patronales.

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE.

Obran en el expediente los siguientes documentos:

Fotocopia del contrato de trabajo (folio 21).

Examen clínico (folio 20).

Carta de despido de fecha mayo 16 de 2001 (folio 7).

Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa accionada (folios 22, 23, 24 y 25).

Prueba testimonial (folios 26 y 27).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Consideraciones jurídicas y caso concreto.

En el caso *sub-judice*, la Sala debe establecer si a la tutelante, le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la protección constitucional especial a la maternidad, toda vez que fue despedida de su empleo encontrándose en estado de gravidez.

3. Reiteración de jurisprudencia. Estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada - Protección Constitucional especial.

En varias oportunidades¹ esta corporación ha sido reiterativa en la especial protección constitucional que tiene la mujer durante los periodos de gestación y de lactancia, ya que, debido a las particulares condiciones en que se encuentra en estas etapas, puede ser objeto de discriminación y en consecuencia, de violaciones no solamente de sus derechos fundamentales sino también los de la criatura que está por nacer; protección que la jurisprudencia ha denominado "*Fuero de maternidad*", que además de estar

¹ Ver entre otras, las sentencias: T-232/99, T-315/99, T-902/99, T-375/00, T406/00, T-899/00, T-1473/00, T-040A/01, T-154/01, T-231/01, T-255A/01, T-352/01, T-367/01, T-642/01 Y T-664/01.

expresamente consagrada en nuestra Carta Política y las demás disposiciones que la desarrollan, también encuentra respaldo en tratados internacionales.

En efecto, en la sentencia T-373 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se sostuvo:

“En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43).² Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia (C.P. art. 42)”.

Sobre el tema señalado, la Corte, en la sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) manifestó:

“ (...) la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.”

En similar sentido, en la sentencia T-311 de 2001, (M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra) consideró:

“Partiendo del precepto básico contenido en el artículo 43 constitucional, según el cual, “durante el embarazo y después del parto [la mujer embarazada] gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”, la Corte Constitucional ha señalado que resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer que se encuentra en estado gestante, porque ello atenta directamente contra su derecho de autodeterminación, reflejado en el libre desarrollo de su personalidad (art. 16 Superior); contra sus derechos a la libertad personal

² Cfr., entre otras, las sentencias T-710/96 (M.P. Jorge Arango Mejía); ST-179/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); ST-694-96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); SC-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

(art. 28) y a la igualdad (art. 13), contra la familia misma, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42), contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido, a quienes también la Constitución les da un tratamiento especial (art. 44) y contra sus derechos laborales (arts. 25 y 26), por mencionar los más relevantes.

“En materia laboral, que es el tema pertinente a esta tutela, la Corporación viene haciendo efectivo el artículo 43 superior a través de la aplicación de las normas de derecho internacional suscritas y ratificadas por Colombia³, las cuales se refieren al tema de la dignidad de la mujer y de su protección especial, y mediante el robustecimiento de los mecanismo legales de orden interno que pudieran virtualmente disminuir el riesgo de afectación de los derechos fundamentales tratados. El más importante de ellos, por sus repercusiones, es el referido a la “estabilidad laboral reforzada” de la mujer en embarazo”.

4. Presupuestos fácticos que deben demostrarse en este caso para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

Esta corporación por regla general ha sostenido⁴ que, la solicitud de amparo constitucional, no es el mecanismo mas adecuado para lograr el reintegro al cargo que se estaba desempeñando antes del despido o terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, toda vez que existen otros medios para hacer valer los derechos conculcados. No obstante lo anterior, dada la protección especial que garantizan las normas constitucionales a la mujer en estado de embarazo y dentro del periodo de lactancia, esta Corporación ha manifestado⁵ que, procede excepcionalmente la tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales que se originan de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, demostrando los siguientes requisitos: Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia; que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; que el

³ “Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo.” (Sentencia C-470/97)

⁴ Ver entre otras, las sentencias: SU-250/98, T-576/98, T-546/00, T-1010/00 y T-1755/00.

⁵ Cfr. Sentencias T-040A/01, T-255A/01, T.664/01

empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparea es devastador.

De acuerdo con lo que precedió, corresponde a la Sala determinar si en el caso que nos ocupa, se cumplen los elementos exigidos por la jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela.

En el caso concreto, la tutelante laboró al servicio de la empresa demandada mediante contrato a término indefinido⁶ para ocupar el cargo de secretaria, desde el día 19 de abril del año dos mil uno, hasta el día 16 de mayo del mismo año.

A folio 7 del plenario obra prueba en la que la accionada con fecha 16 de mayo de 2001 informa a la demandante que a partir del día 17 de ese mismo mes y año se daría por terminado el contrato de trabajo firmado entre las partes. Cabe anotar que en la prueba anteriormente mencionada, aparece la firma de recibido por parte de la actora.

A folio 6 obra prueba en la que se lee:

*“ LABORATORIO CLINICO
ALBA NORA RESTREPO LOAIZA
2001/05/16. Hora: 17:28
Beta HCG Cualitativa: Positiva”*

En el mismo folio anteriormente citado, aparece la firma de recibo por parte de la accionada, de la prueba de embarazo positivo con fecha mayo 17 de 2001.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el plenario, entiende la Sala que para el día 16 de mayo de 2001, fecha en la cual se dio por terminada unilateralmente la relación laboral, la accionada no tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora, por cuanto ésta última, no obstante haberse practicado la prueba de embarazo el día 16 de mayo de 2001 a las 5:28 p.m., sólo hasta el día 17 de mayo de 2001 notificó de tal estado a la accionada.

Como puede observarse, si bien es cierto que, cuando se produjo la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador (16 de mayo de 2001), la actora se encontraba embarazada de acuerdo con la prueba médica citada, también lo es que, sólo hasta el 17 de mayo de 2001, se le notificó de tal estado al empleador, es decir, con posterioridad a la ruptura de la relación laboral.

Esta corporación ha sido enfática⁷ en cuanto a que, para que opere la presunción de despido a causa del embarazo en contra del empleador, además de las circunstancias señaladas en párrafos anteriores, es indispensable que se notifique del estado de

⁶ Folio 9.

⁷ Cfr. Sentencias T-778/00, T-1121/00, T-1126/00, T-1242/00, T-1243/00, T-1569/00, T-352/01 y T-367/01.

gravidez al empleador antes de que éste de por terminada en forma unilateral la relación laboral; y aún más cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, no se trataba de un hecho notorio.

Para la Sala es claro, que en el presente caso, no se satisface uno de los supuestos fácticos para la procedencia de la protección solicitada y por ello no se considera necesario profundizar en las demás exigencias requeridas para la viabilidad de la tutela.

De otro lado, con respecto a la pretensión de la actora, en lo que hace relación a que se ordene a la accionada vincularla al sistema de seguridad social en salud, la Sala comparte los argumentos de los jueces de instancia en el sentido de que la desvinculación del Sistema de Seguridad Social en Salud a la accionante, se debió a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, el cual no superó el período de prueba que era de dos meses como quedó estipulado en la cláusula quinta del contrato de trabajo⁸ y por ello cesaron las obligaciones por parte de la empresa demandada. En otras palabras, la empresa accionada, como ya quedó suficientemente demostrado de acuerdo con el material probatorio obrante, hizo uso de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 7 del decreto 351 de 1965, disposiciones legales que dan la posibilidad, en este caso al empleador, dentro del periodo de prueba de dar por terminado el contrato de trabajo.

Es claro que, en este caso, la ruptura del vínculo laboral llevó aparejada la desvinculación del sistema de seguridad social en salud, ante tal eventualidad, al verse desamparada, la tutelante debió acudir a la protección estatal por este concepto (SISBEN), protección que efectivamente se le debe brindar y con mayor razón al tratarse de una mujer embarazada que goza como ya se ha dicho, de especial protección constitucional.

En efecto, sobre el último tema planteado, esta corporación en la sentencia T-231/01, citando un aparte del salvamento de voto de la sentencia T-177/99 ha dicho:

*"El artículo 213 de la Ley 100 de 1993, relativo a los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, indica que se beneficiará del mismo toda la población pobre y vulnerable del país, en los términos del artículo 157 de la misma ley. De acuerdo con esta última norma, los afiliados al régimen subsidiado serán aquellas personas "sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización", pertenecientes a "la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana". A renglón seguido, el artículo 157 en comento establece que, dentro de la población pobre y vulnerable beneficiaria del régimen subsidiado, tienen particular importancia **"las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes,***

⁸ Folio 21.

artistas y deportistas, toreros y subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago".

Si es cierto que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio (art.48 C.P), inherente a la finalidad social del estado, se debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P), no podrán quedar por fuera de la órbita de su cubrimiento, las mujeres en estado de gravidez como ocurre en el caso de la actora.

Es oportuno recordarle a la demandante, que si aún no lo ha hecho, acuda al sistema subsidiado de seguridad social en salud que brinda el Estado.

De acuerdo a lo expuesto, concluye la Sala que, en el caso *de autos*, no existe en el proceso prueba que demuestre la violación del derecho fundamental a la no discriminación de la petente por parte de la tutelada, pues es evidente que esta última no sabía del estado de gravidez de la actora cuando dio por terminada en forma unilateral la relación laboral, y al no cumplirse con los supuestos fácticos requeridos para la procedencia del amparo constitucional solicitado se confirmarán las providencias objeto de revisión.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia las sentencias proferidas por el Juzgado Vigésimo Primero Penal Municipal de Medellín y por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, mediante las cuales se denegó por improcedente el amparo solicitado por **ALBA NORA RESTREPO LOAIZA**.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Sentencia C-470/97

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-casos especiales

Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos. La Corte considera que, por la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas.

RECOMENDACIONES DE LA OIT-Alcance interpretativo

No es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar. Esto concuerda con la Recomendación No 95 de la O.I.T de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección laboral/MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Estabilidad Laboral/MUJER EMBARAZADA-Protección eficaz

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que

tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Mecanismo insuficiente de protección laboral

El mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo.

SENTENCIA INTEGRADORA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Ineficacia/ OMISION LEGISLATIVA

La única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz. Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Respeto/SENTENCIA INTEGRADORA-Finalidad

La Corte es respetuosa de la libertad de configuración del Legislador, pues simplemente, en función de la fuerza normativa de la propia Constitución, incorpora en el orden legal los propios mandatos constitucionales, con lo cual llena los aparentes vacíos legales. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas que es, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4), por lo cual es perfectamente legítimo integrar los contenidos constitucionales dentro de la regulación legal. Así, en el presente caso, lo único que hace la Corte es completar, con base en los principios constitucionales, la propia legislación expedida por el Congreso, señalando que carece de toda eficacia jurídica un despido de una mujer embarazada, si el patrono no cumple los requisitos establecidos por el Legislador.

UNIDAD NORMATIVA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Caso de servidoras públicas

La Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

Referencia: Expediente D-1606

Norma acusada: Artículo 239 ordinal 3º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990.

Demandante: Luis Antonio Vargas Alvarez

Temas:

Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad.

Fundamentos e implicaciones constitucionales de la especial protección de la maternidad en el campo laboral: el derecho a una estabilidad reforzada.

Despido de mujer embarazada sin autorización previa: insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la ley y necesidad de una sentencia integradora.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo

Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

**EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN**

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Antonio Vargas Alvarez presenta demanda de inconstitucionalidad contra el ordinal 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, la cual fue radicada con el número D-1606. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN.

A continuación se transcribe el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, y se subraya el ordinal tercero demandado.

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

1º) Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2º) Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3º) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

III. LA DEMANDA.

El actor considera que la norma demandada viola los artículos 1º, 13, 16, 25, 29, 42, 43 y 229 de la Constitución ya que, según su criterio, la norma faculta al empleador a despedir a una mujer embarazada sin el permiso correspondiente. De esa manera se viola el debido proceso, puesto que el patrono puede prescindir de los servicios de un trabajador sin darle la oportunidad de defenderse, con lo cual se arroga “la posibilidad de administrar justicia de manera unilateral, sustituyendo un procedimiento y

soslayando las consecuencias de la ausencia del mismo, a través del pago de una pingüe indemnización.”

De otro lado, el demandante considera que la disposición acusada discrimina a la mujer embarazada, por cuanto no le otorga la misma protección de la cual gozan los trabajadores aforados, quienes no pueden ser retirados de sus cargos sin que previamente se les haya levantado su fuero sindical. El actor precisa entonces al respecto:

Si bien, en la sentencia C-710 de 1996, la H. Corte hace una diferencia entre lo que es fuero de los sindicalistas, y lo que constituye la garantía de estabilidad de la mujer embarazada, para concluir que no existe violación del debido proceso porque sea un Inspector del Trabajo quien imparta la autorización para el despido, no está por demás señalar que, de todas maneras existe un tratamiento discriminatorio, puesto que tanto la maternidad, como el derecho de asociación sindical están plenamente garantizados por la Constitución, de donde se desprende que existe una clara discriminación, pues en tanto en relación con la mujer embarazada puede prescindirse aun de la autorización del Ministerio del Trabajo y sustituirla por una indemnización, en el caso de los sindicalistas el fuero no puede ser objeto de un tratamiento de esta naturaleza. Si al sindicalista se le pudiera despedir, sin levantarle el fuero sindical, y si se pudiera sustituir el procedimiento de levantamiento del fuero con una indemnización, se estaría colocando en grave riesgo la actividad sindical. En el caso de la maternidad, es evidente que se autorizan, por parte de la ley, actuaciones del empleador dirigidas a desconocer los derechos que la Constitución consagra para la mujer embarazada.

Conforme a lo anterior, el demandante también considera que esta indemnización atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la trabajadora embarazada y permite abusos en su contra, porque en realidad la norma faculta al empleador a retirarla cargo sin la autorización del Ministerio del Trabajo, con lo cual se castiga su opción de ser madre y se vulnera su derecho al trabajo. De esa manera, además, añade el actor, se viola el derecho de la mujer embarazada de acceder a la justicia, toda vez que se impide que la empleada en estado de gravidez pueda solicitar la intervención de la autoridad competente, con anterioridad a la decisión del empleador de retirarla del servicio. El actor reconoce que la afectada puede acudir con posterioridad a la justicia, pero considera que este recurso posterior es insuficiente, por lo cual se le debe conferir “la posibilidad de defenderse, antes de ser despedida de los cargos que el empleador le formule”. Por ello considera que la norma acusada debe ser retirada del ordenamiento, ya que de esa manera “quedaría absolutamente prohibido el despido de la mujer embarazada, sin que medie autorización”, con lo cual se podrá evitar que el empleador, por el hecho “de quedar en estado de gravidez una mujer, se arroge la facultad de desconocer los preceptos constitucionales y legales con el solo hecho de pagar una indemnización que puede resultar insuficiente frente a las impredecibles consecuencias de un despido.”

IV. INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES

El ciudadano Pedro Nel Londoño Cortés, en representación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, interviene para defender la constitucionalidad de la norma acusada. Para ello comienza por indicar que la Ley 50 de 1990, de la cual hace parte el ordinal acusado, pretende adecuar la legislación del trabajo a los cambios operado por la economía mundial en los últimos años. Pero no por ello la disposición vulnera los derechos de la mujer embarazada ya que, en armonía con el Convenio No 3 de la OIT, no sólo la ley laboral prevé la licencia de maternidad sino que precisamente la disposición acusada prohíbe el despido de la mujer embarazada y confiere a la mujer, en tales casos, la correspondiente indemnización. Según el interviniente, el actor, más que impugnar la constitucionalidad de la norma demandada, en el fondo lo que pretende es que se establezca “una acción de reintegro para la trabajadora despedida, similar a la prevista para los dirigentes sindicales con fuero”, lo cual no parece compatible con la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad. Además, la declaratoria de inexecutable tendría efectos negativos para la protección de la maternidad, pues la mujer embarazada “quedaría incluso sin protección indemnizatoria”. Finalmente, el interviniente considera que no existe violación de la igualdad por la diversa la garantía “del fuero sindical y la de la maternidad, por la potísima razón de que no son los mismos supuestos de hecho y ni siquiera existe identidad entre los mismos”, tal como lo expresó la Corte en la sentencia C-710 de 1996.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del numeral impugnado pues considera que no existe ninguna violación a la protección de la maternidad. Para justificar lo anterior se refiere no sólo a las normas constitucionales que regulan la materia sino también a las disposiciones internacionales, en especial al Convenio 3 de la OIT, al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y a la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, aprobada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 dentro de la Asamblea General de la ONU, conforme a las cuales no se puede despedir a la mujer embarazada bajo pena de que se impongan sanciones al empleador. En ese orden de ideas, la Vista Fiscal considera que la norma acusada es un desarrollo de esos mandatos. Así, el numeral primero del artículo 239 del C.S.T. señala que “ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia”, mandato “que implica la consagración de una garantía laboral para la mujer que se encuentra en estas particulares circunstancias, a fin de que pueda atender adecuadamente su salud y la de su hijo.” Sin embargo, agrega el Procurador, es posible que el patrono retire del servicio a una trabajadora embarazada o lactante sin contar con la autorización oficial prevista por el artículo 240 del estatuto laboral, y es frente a tal caso que opera la protección prevista por la disposición acusada. Señala al respecto el Ministerio Público:

Frente a esta eventualidad, el numeral segundo de la citada disposición contempla la **presunción legal** de que el despido se ha efectuado por causa de la gravidez o lactancia cuando ha sucedido **dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto**, caso en el cual el empleador deberá pagar una **indemnización** equivalente a los salarios de sesenta (60) días,

sin perjuicio de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y del pago de doce (12) semanas del descanso remunerado, si no lo ha tomado.

Dentro del contexto de las normas protectoras de la condición femenina, es claro que la indemnización constituye una **sanción legal** para el patrono que ha transgredido la prohibición de dar por terminada la relación de trabajo con una mujer embarazada o en post-parto, sin mediar la autorización del Ministerio del Trabajo.

La indemnización tiene además un sentido resarcitorio, porque es evidente que la terminación del vínculo laboral representa para la empleada grávida o lactante un **perjuicio** que debe ser reparado por el patrono, pues desde el momento en que se produce el despido la mujer dejará de percibir los ingresos que constituyen la fuente de su subsistencia.

De manera que la indemnización por despido injusto no constituye un procedimiento para prescindir de la fuerza de trabajo de la mujer embarazada o dentro de los tres meses posteriores al parto, porque para estos efectos se debe agotar el trámite contemplado en el artículo 240 del C.S.T., donde se le exige al patrono la autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal, quien otorgará el permiso cuando se configure algunas de las justas causas establecidas en la ley, con previa audiencia de la trabajadora.

La Vista Fiscal precisa además que la indemnización prevista por la norma acusada es general “para la trabajadoras, en tanto abarca la gestación y se extiende hasta tres meses después del alumbramiento.” En cambio, agrega el Procurador, el amparo especial establecido en el artículo 241 del mismo Código Sustantivo es diverso pues, conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta última norma obliga al empleador a conservar el empleo de la mujer que esté disfrutando de los descansos remunerados por parto, aborto, lactancia o de licencia por enfermedad debida al embarazo o parto, careciendo de efectos el despido que comunique durante estos períodos. Sin embargo, la Vista Fiscal no considera que haya violación a la igualdad pues se trata de “situaciones fácticas distintas que recibieron del legislador una tutela diferente, en cumplimiento del enunciado del artículo 13 fundamental”.

VI. FUNDAMENTO JURÍDICO

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del ordinal 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de un aparte de una ley de la República.

El asunto bajo revisión y los temas jurídicos a tratar

2- Según el actor, la norma acusada desconoce la protección a la mujer embarazada, puesto que en el fondo autoriza al patrono a despedirla, con el simple pago de una indemnización, que es insuficiente como instrumento de protección. De esa manera, según su criterio, se viola además la igualdad, ya que la mujer embarazada no cuenta con un amparo similar al de los líderes sindicales, quienes, en caso de ser despedidos sin autorización, deben ser reintegrados. Por el contrario, los intervinientes y la Vista Fiscal concluyen que la norma es exequible, pues precisamente prevé una sanción a todo patrono que despida sin autorización a una mujer dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto. Además, según su criterio, no hay tampoco violación de la igualdad, pues la ley no tiene por qué proteger de la misma manera a la mujer embarazada y a los empleados que gozan de fuero sindical, tal y como la Corte lo señaló en la sentencia C-710 de 1996. Como vemos, el interrogante que se plantea, y que corresponde a esta Corporación resolver, es si la indemnización prevista por la norma acusada es o no un mecanismo suficiente para proteger los derechos constitucionales de la mujer embarazada y de su hijo. Sin embargo, previamente al estudio de este problema, la Corte debe analizar el alcance de la decisión tomada en la sentencia C-710 de 1996, la cual es citada por el interviniente como un elemento central para justificar la constitucionalidad de la norma acusada, a tal punto que parece considerar que el asunto ya habría sido resuelto por esa decisión.

Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad

3- La Corte, en la citada sentencia, declaró la exequibilidad de los apartes del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual el patrono, para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o en los tres meses posteriores al parto, no requiere de una autorización judicial -como en el caso del fuero sindical-, sino que es suficiente la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. La Corte consideró que no existía violación a la igualdad pues el Legislador no se encuentra obligado a regular de la misma manera la protección del fuero sindical y de la mujer embarazada, ya que “no existe identidad entre los supuestos de hecho”. Concluyó entonces la Corporación:

La protección que se consagra para la trabajadora en estado de embarazo, tiene por objeto que durante el período de gestación y cierto lapso después de éste, la trabajadora no sea despedida en razón a su estado. Para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón a su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización. Por tanto, cualquier decisión del patrono que modifique las condiciones de su contrato de trabajo, debe ser autorizada por el juez.

Las consecuencias por el despido en uno y otro caso, son distintas. En el caso de la trabajadora en estado de embarazo, se obliga al pago de una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salarios, y al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que tienen derecho, si no alcanzó a disfrutar de ellas. En relación con el fuero sindical, el reintegro y el pago de los salarios dejados de

percibir (salarios caídos), son las sanciones que se imponen al empleador que ha despedido o desmejorado las condiciones del trabajador amparado con fuero¹.

Esta decisión parece sugerir que sobre el asunto planteado en la presente demanda existe casi una cosa juzgada material, pues no sólo la Corporación señaló que el Legislador no estaba obligado a brindar a la mujer embarazada la misma protección que al trabajador aforado sino, además, por cuanto la sentencia hizo mención explícita de la norma acusada en el caso sub iudice. En efecto, la sentencia se refiere a la sanción legal que se impone al patrono que desconoce la prohibición de despedir a una mujer embarazada, sin la correspondiente autorización del funcionario del trabajo, con lo cual podría pensarse que la Corte estaba reconociendo la legitimidad constitucional de la misma. Es pues necesario que esta Corporación analice el alcance de esa sentencia en relación con el problema constitucional a ser resuelto en el presente caso.

4- La Corte reitera que no existe violación a la igualdad si la ley establece mecanismos diversos de protección a la trabajadora embarazada y al empleado que goza de fuero sindical, por cuanto las situaciones son diversas, y pueden entonces ser reguladas en distinta forma. Así, en el caso del trabajador aforado, se trata de proteger el derecho colectivo del trabajo, en su triple dimensión (asociación sindical, negociación colectiva y posibilidad de huelga), por lo cual esta materia tiene un régimen jurídico especial, tanto a nivel internacional como en el plano constitucional. Por ejemplo, las asociaciones sindicales sólo pueden ser suspendidas o disueltas por la vía judicial (CP art. 39). En cambio, la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5º, 13, 42, 43 y 44). Por consiguiente, el interviniente tiene razón en señalar que la sentencia C-710 de 1996 despejó el cargo del actor sobre la eventual violación a la igualdad, ya que puede ser diversa la regulación del fuero sindical y de la protección a la mujer embarazada. Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte haya reconocido en esa sentencia la legitimidad integral de la norma acusada, por simplemente haberse referido a ella como un ejemplo de la diversa regulación de esas materias, puesto que en esa ocasión no se trataba de estudiar el contenido material de esa disposición, la cual no se encontraba acusada. Por consiguiente, los otros problemas constitucionales planteados por el actor en el presente caso subsisten, por lo cual entra la Corte a analizar el alcance de la protección constitucional de la mujer embarazada, con el fin de poder determinar si la norma acusada se ajusta o no a los mandatos superiores.

La protección constitucional a la maternidad y la estabilidad en el empleo.

5- La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el artículo 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre

¹ Sentencia C-710 de 1996. MP Jorge Arango Mejía. Consideración de la Corte No 12.

desarrollo de las mujeres (CP arts 1º, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, “que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla²”. En efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2º, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el nasciturus recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como "gestadora de la vida" que es³.

En tercer término, y como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CP art. 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás (CP art. 44). En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se “busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”⁴.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42). En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que, tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades⁵, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

6- Este deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación (CP art. 43), pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo. Por tal razón, la Constitución, y

² Sentencia T-179 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero

³ Ver, entre otras, las sentencias T-179/93 y T-694 de 1996

⁴ Sentencia T-568 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

⁵ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-606 de 1995, T-106 de 1996. M.P. T-568 de 1996, T-694 de 1996, C-710 de 1996 y T-270 de 1997.

múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el artículo 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad. Igualmente, tal y como esta Corporación lo ha destacado⁶, numerosos tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por Colombia, los cuales tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades como para los particulares (CP art 53), y constituyen criterios de interpretación de los derechos constitucionales (CP art. 93), estatuyen ese deber especial de protección a la mujer embarazada y a la madre en el campo laboral. Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, señala en su artículo 3º:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;
- c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.

7- La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que la madre, o la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidas por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces

⁶ Sobre la fuerza jurídica de estos instrumentos, ver, entre otras, las sentencias T-694 de 1996 y T-270 de 1997.

estaríamos desconociendo la “especial protección” que la Constitución y los instrumentos internacionales ordenan en estos eventos. Por consiguiente, los principios constitucionales del artículo 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento. Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corte, un verdadero “fuero de maternidad”⁷, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan.

8- Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.”⁸

En ese mismo orden de ideas, la Corte considera que, por las razones largamente expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más [claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos](#) o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en

⁷ Ver sentencia T-568 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

⁸ Sentencia T-427 de 1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 7. Ver igualmente la sentencia T-441 de 1993. MP José Gregorio Hernández Galindo.

señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

Artículo 11.

(...)

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. (subrayas no originales).

Nótese que esta Convención protege no sólo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que “el derecho al trabajo” es un “derecho inalienable de todo ser humano”. Conforme a esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar. Esto concuerda con la Recomendación No 95 de la O.I.T de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada. Según el artículo 4º de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras “durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”. La Corte concluye entonces que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad de las mujeres que se encuentran en ese estado.

9- Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esta estabilidad reforzada y especial que el ordenamiento ordena en favor de la mujer embarazada? En anterior oportunidad, esta Corporación se interrogó sobre el sentido que se debía conferir a las disposiciones internacionales citadas en esta sentencia, en armonía con la “protección especial a la mujer, a la maternidad” señalada en el artículo 53 de la Constitución. La respuesta fue clara. Dijo entonces la Corte:

Los convenios suscritos por Colombia, debidamente ratificados, tienen fuerza vinculante. Si perentoriamente se prohíbe el despido, por motivo de embarazo y se ordena la licencia de maternidad, bajo “pena de sanciones”, si tal protección a

la estabilidad laboral de la mujer embarazada y al derecho a la licencia por maternidad es obligatoria en Colombia por mandato de los artículos 93, 4 y 53 de la Constitución de 1991, entonces hay que ponerle punto final a la inconstitucional e inhumana práctica de despedir del trabajo, sin justa causa, a la mujer embarazada.

La Corte no puede sino reiterar las anteriores conclusiones. En efecto, en general el derecho a la estabilidad laboral **consiste en la garantía que** tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de **estabilidad laboral configura, en** cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido⁹, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr **una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por** razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, como ya se explicó en esta sentencia, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar. Con tales criterios, entra entonces la Corte a examinar la legitimidad de la disposición impugnada.

Despido de mujer embarazada sin autorización previa: insuficiencia del mecanismo indemnizatorio.

10- La Corte considera que para comprender el alcance de la norma acusada es necesario estudiar en su conjunto el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo del cual forma parte, puesto que sólo de esa forma es posible desentrañar su sentido. Así, el primer numeral de ese artículo establece una regla que armoniza perfectamente con los principios constitucionales, pues señala que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. Por su parte, el segundo ordinal, en armonía con el artículo 240 de ese mismo estatuto, y que fue declarado exequible por la sentencia C-710 de 1996, establece instrumentos para asegurar la eficacia de esa regla. En efecto, tales normas señalan que se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del

⁹ Ver, entre otros, Américo Pla Rodríguez. Curso de derecho laboral. Montevideo, 1978, Tomo II, Vol I, pp 250 y ss. Igualmente Oscar Ermida Uriarte. La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia? Montevideo: Acali Editorial, 1983, pp 15 y ss.

período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, si tal despido se efectúa sin la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, el cual sólo puede conferir el citado permiso en caso de que se configuren las causas legales para que el patrono pueda dar por terminado por justa causa el contrato, y luego de haber escuchado a la trabajadora y haber practicado las correspondientes pruebas. En efecto, esta Corporación precisó que las actuaciones ante el funcionario del trabajo, para adecuarse a la Constitución, “deben ajustarse a los principios del debido proceso, tal como lo preceptúa el artículo 29 de la Constitución. Así, este funcionario al momento de calificar la justa causa para despedir a una trabajadora en estado de embarazo, deberá permitir la participación de las partes, y valorar las pruebas recaudadas con fundamento en los principios de la sana crítica, permitiendo la publicidad y contradicción de las mismas”¹⁰.

En tal contexto, el ordinal acusado estatuye que si una trabajadora es despedida sin la anterior autorización, entonces tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta, días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce semanas del descanso remunerado previsto por la ley, si no lo ha tomado.

11- En esas circunstancias, una pregunta obvia surge: ¿la indemnización prevista por el ordinal acusado es un mecanismo de protección suficiente para amparar el derecho constitucional que tiene toda mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada? Para resolver este interrogante, es necesario precisar el alcance del ordinal acusado.

Así, según algunos sectores de la doctrina, el despido de la mujer embarazada efectuado sin permiso previo es jurídicamente eficaz, por cuanto la sanción legal que se impone en estos casos es la indemnización prevista por la norma acusada. Según esta hermenéutica, el ordenamiento laboral establece dos amparos diferentes a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. De un lado, la indemnización prevista por el ordinal acusado, la cual opera cuando el patrono efectúa el despido dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin autorización previa del funcionario de trabajo. Y, de otro lado, el mecanismo de la ineficacia del despido previsto por el artículo 241 del mismo C.S.T. Según esta disposición, el patrono debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual “no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas”. Por consiguiente, concluyen quienes defienden esta tesis, debe entenderse, contrario senso, que cuando el despido de la mujer embarazada se efectúa en períodos distintos a los descansos remunerados o a las licencias por enfermedad motivada por el embarazo, sin la autorización previa del funcionario competente, entonces la relación de trabajo termina, aun cuando el patrono se encuentra obligado a pagar la correspondiente indemnización.

Durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema tendió a considerar que tal era la interpretación autorizada del ordinal acusado. Así, en la sentencia del 4

¹⁰ Sentencia C-710 de 1996. MP Jorge Arango Mejía. Consideración de la Corte 12.

de marzo de 1982, y con ponencia del Magistrado Fernando Uribe Restrepo, la Sala de Casación Laboral señaló al respecto:

Es cierto que la entidad demandada no pago a la accionante las indemnizaciones que consagra la ley a favor de “la trabajadora despedida sin la autorización” de la autoridad competente, y de allí la condena acertadamente dispuesta por el ad quem. El resarcimiento a la trabajadora se cumple así mediante el pago de dicha indemnización. Y demostrada como está la justa causa, no opera la nulidad del despido la cual tiene lugar únicamente cuando éste ocurre durante los períodos de descanso o de licencia por maternidad (C.S.T. arts. 236 y 237), por parto o aborto, según lo dispone claramente el artículo 8º del decreto 13 de 1967. Estos lapsos no pueden confundirse con el período de protección más general que consagra el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que comprenden toda la duración del embarazo y hasta tres (3) meses después del parto. Durante este último período procede la necesidad de autorización para despedir, o la indemnización especial que la misma norma consagra, mientras que la nulidad del despido y la consiguiente obligación de reintegrar, no es coextensiva y se limita según el texto expreso de la norma a los descansos o licencias legales por maternidad, propiamente dichos, conforme antes se indicó.

Ahora bien, la Corte Constitucional considera que si tal es la interpretación del ordinal acusado, la protección que esa norma consagra en favor de la maternidad es insuficiente. En efecto, no se debe olvidar que la mujer embarazada no goza simplemente de un derecho a la estabilidad **-como cualquier trabajador-** sino que la Carta y los instrumentos internacionales le confieren una estabilidad reforzada, por lo cual, durante el embarazo y durante un período razonable posterior al parto, la protección que la ley debe brindar a la estabilidad laboral de la mujer debe ser eficaz. Y ello no sucede en este caso pues, conforme a la anterior interpretación -y como bien lo señala el actor- el ordinal acusado no sólo estaría confiriendo eficacia jurídica al despido que se ha realizado sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo sino que, además, la indemnización prevista es a todas luces deficiente para salvaguardar los valores constitucionales en juego. Por tal razón, la Corte concluye que el ordinal acusado es de una constitucionalidad discutible, si se entiende que es una norma que autoriza el despido de una mujer embarazada, sin autorización previa del funcionario competente, pues el mecanismo indemnizatorio previsto no es idóneo para proteger efectivamente el derecho a trabajar de estas personas. Con todo, surge una pregunta: ¿significa lo anterior que la Corte debe declarar la inexecutable del ordinal acusado?

La decisión a tomar: la necesidad de una sentencia integradora.

12- La Corte considera que a pesar de la insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la disposición acusada, no procede la declaratoria de inexecutable pura y simple de esa norma, por las siguientes razones. De un lado, esa decisión podría tener efectos negativos para la protección de la maternidad, pues la mujer embarazada quedaría sin la correspondiente indemnización, con lo cual su situación podría ser peor que antes de la sentencia de esta Corporación. En efecto, como lo sugiere el interviniente, podría entenderse que esta Corporación suprimió la sanción específica

que la ley preveía para el despido injustificado, y sin autorización previa, de una mujer en estado de gravidez, con lo cual, paradójicamente, en nombre de la protección a la maternidad, se habría desmejorado la situación de las mujeres embarazadas.

De otro lado, la existencia de una indemnización en favor de la mujer embarazada, que ha sido despedida sin la previa autorización del funcionario del trabajo, no es en sí misma inconstitucional, puesto que bien puede la ley prever tales sanciones para reforzar la protección a la maternidad. El mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo.

Finalmente, y como también lo señala el interviniente, no podría la Corte, para corregir la situación, establecer una especie de acción de reintegro para las trabajadoras despedidas, similar a la prevista para los dirigentes sindicales con fuero, pues una determinación de esa naturaleza es propia del Legislador. En efecto, en principio no corresponde al juez constitucional sino a la ley establecer los remedios procesales para los distintos conflictos sociales, por lo cual no podría esta Corporación instituir, sin bases normativas, una acción especial para la protección de la estabilidad laboral reforzada que la Carta confiere a la mujer embarazada.

Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte deba mantener en el ordenamiento el ordinal impugnado pues, como se vio, la protección que establece es insuficiente para salvaguardar la estabilidad laboral en casos de maternidad. Por todo lo anterior, la Corte considera que tanto la sentencia de inexecutable como la de executable de la norma acusada son problemáticas y no parecen aceptables en este caso. Un interrogante obvio surge : ¿cuál determinación debe tomar la Corte, teniendo en cuenta que a ella corresponde modular los efectos de sus fallos, con el fin de lograr la solución que mejor guarde la integridad y supremacía de la Constitución ?¹¹ Entra pues la Corte a estudiar cuál es la decisión procedente, la cual debe respetar las competencias propias del Legislador, pero requiere igualmente asegurar los derechos constitucionales de las mujeres embarazadas.

13- En casos de esta naturaleza, la Corte ha considerado que a veces es posible, en forma excepcional, subsanar la inconstitucionalidad que se ha constatado, proyectando los mandatos constitucionales en la regulación legal, por medio de una sentencia integradora, para lo cual es posible aprovechar los contenidos normativos de las propias disposiciones legales existentes sobre la materia¹². En tal contexto, la Corte constata que existe una cierta incongruencia en la propia legislación laboral en relación con el despido de la mujer embarazada y la protección de la maternidad, la cual permite, como se verá, llegar a una solución adecuada en el presente caso.

Así, los dos primeros ordinales del artículo 239 del CST, interpretados en consonancia con el artículo 240 de ese mismo estatuto, prohíben todo despido de una mujer embarazada, sin que exista una previa autorización del funcionario del trabajo. En cambio, **el ordinal tercero** acusado, y conforme a la interpretación anteriormente

¹¹ Ver, entre otras, las sentencias C-113/93, C-109/95 y C-037/96.

¹² Ver sentencia C-109 de 1995. Fundamentos Jurídicos No 17 y ss.

señalada sobre su sentido, parece conferir eficacia jurídica a tal despido, aun cuando establece una indemnización en favor de la trabajadora. La tensión es evidente, pues mientras que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, con lo cual podría entenderse que el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico, el ordinal acusado, conforme a la interpretación de la Corte Suprema antes de la vigencia de la Constitución de 1991, restringe la fuerza normativa de esa prohibición: así, conforme a tal ordinal, el despido es válido pero genera una sanción indemnizatoria en contra del patrono y en favor de la trabajadora.

Sin embargo, la Corte Constitucional considera que ésta no es la única interpretación posible de ese ordinal, pues puede entenderse que, en la medida en que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, entonces el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico. En efecto, las normas que gobiernan el despido de la mujer embarazada son los dos primeros ordinales del artículo 239, en armonía con el artículo 240 del CST, en virtud de los cuales el patrono debe cumplir unos pasos para poder dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer embarazada. Por ende, y conforme a principios elementales de teoría del derecho, resulta razonable suponer que si, con el fin de amparar la maternidad, la ley consagra esos requisitos mínimos para que se pueda dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer que va ser madre, o acaba de serlo, y un patrono “despide” a una mujer en ese estado, sin cumplir tales exigencias legales, entonces es razonable concluir que el supuesto despido ni siquiera nace a la vida jurídica, por lo cual carece de todo efecto jurídico. En tales circunstancias, y conforme a esta hermenéutica, la indemnización del ordinal acusado no estaría confiriendo eficacia al despido sino que sería una sanción suplementaria al patrono por incumplir sus obligaciones legales.

14- Esta última interpretación es plausible pues armoniza con el tenor literal del ordinal acusado, puesto que éste no atribuye efecto al despido sino que simplemente consagra la sanción indemnizatoria. Con todo, podría argumentarse que esa hermenéutica no es válida pues el estatuto laboral no consagra expresamente la ineficacia del despido en tales casos, ya que limita esa figura al evento previsto por el artículo 241 del mismo C.S.T. Por ende, habría que concluir que la actual regulación restringe el mecanismo de la nulidad del despido a aquellos casos en que se efectúa o se perfecciona durante los descansos remunerados o las licencias ligadas a la maternidad (CST art. 241) mientras que en el resto del período en que debe ser protegida también la estabilidad laboral de la mujer que va a ser madre, o acaba de serlo, la ley prevé una indemnización (CST art. 239).

La Corte considera que, desde el punto de vista estrictamente legal, esa objeción tiene sentido, lo cual muestra que, antes de la Constitución de 1991, la interpretación de la Corte Suprema sobre el alcance del ordinal acusado era razonable. Sin embargo, ese entendimiento no es admisible conforme a los principios y valores de la actual Carta pues, como ya se vio en esta sentencia, la indemnización no constituye una protección suficiente para la estabilidad de la mujer embarazada. Además, y por las mismas razones, esta Corporación no encuentra ningún fundamento objetivo y razonable a que la ley establezca una diferencia de regulación tan acentuada entre las situaciones

previstas por los artículos 239 y 241 del estatuto laboral, puesto que en ambos casos se trata de proteger el derecho constitucional a una estabilidad reforzada del que son titulares todas las mujeres por razón de la maternidad, y no sólo aquellas que se encuentran gozando de la correspondiente licencia o descanso remunerado. En tales circunstancias, la Corte encuentra que sería violatorio de la igualdad mantener esa diferencia de remedios procesales en ambos casos.

Por todo lo anterior, debe entenderse que los mandatos constitucionales sobre el derecho de las mujeres embarazadas a una estabilidad reforzada se proyectan sobre las normas legales preconstituyentes y obligan a una nueva comprensión del sentido de la indemnización en caso de despido sin autorización previa. Así, la única interpretación conforme con la actual Constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.

15- A la misma conclusión llegó el Consejo de Estado, al interpretar los alcances de los artículos 21 del decreto 3135 de 1968 y 2º de la Ley 197 de 1938, que establecen para los servidores públicos el mismo mecanismo indemnizatorio. En efecto, tales normas señalan que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora oficial, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública, por lo cual la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde presta sus servicios le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta días, si el despido se efectúa sin el cumplimiento de esas formalidades. Pues bien, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo, en sentencia posterior a la entrada en vigor de la nueva Carta¹³, decidió que un municipio que había declarado insubsistente, sin la correspondiente resolución motivada, a una funcionaria que se encontraba embarazada, no sólo debía pagar la indemnización sino que, además, tal resolución era nula, por lo cual la entidad territorial debía reintegrarla a un cargo “de igual o superior categoría” y pagar “todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esa suma lo que la señora Prada Castillo tenga derecho a recibir por licencia de maternidad”. El Consejo de Estado justificó esa determinación con las siguientes consideraciones:

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando sólo este período como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991

¹³ Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 3 de noviembre de 1993, expediente No 5065, C.P. Clara Forero de Castro.

ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro a cargo al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ella señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Concluye la sala entonces, que en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que estaba prohibido.

16- Por todo lo anterior, la Corte Constitucional **concluye que la única** decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.

Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que, conforme a la sentencia C-543 de 1996, la Corte es competente para controlar estas omisiones relativas, es natural que esta Corporación, aplicando el principio de igualdad (CP art. 13), subsane esa omisión tomando en cuenta la regulación de un supuesto análogo, a saber, la regla prevista por el artículo 241 del CST, según la cual esos despidos carecen de toda eficacia.

La Corte procederá entonces a señalar en la parte resolutive de esta sentencia que el ordinal acusado es exequible, pero en el entendido de que, debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. **Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono**

debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Ahora bien, aunque el actor sólo impugnó el ordinal tercero del artículo 239 del CST, dado que éste sólo es inteligible dentro del precepto íntegro del que forma parte, y en vista de que las consideraciones que atrás quedan consignadas se refieren a la norma en su integridad, el pronunciamiento de la Corte se referirá a la totalidad del artículo 239 del estatuto laboral.

17- La Corte encuentra que esta decisión es la más adecuada pues tiene la virtud de salvaguardar los distintos principios y valores constitucionales en conflicto. De un lado, se protegen adecuadamente los derechos constitucionales de la mujer embarazada y se ampara la maternidad, pues se resguarda la estabilidad laboral de esas mujeres. Así, para que pueda haber en estos casos una terminación de contrato, es necesario que se obtenga el permiso previo del funcionario del trabajo, tal y como lo prevé el artículo 240 del CST, el cual debe determinar si existe o no la justa causa, tal y como lo ordena la ley. Además, se entiende que, como lo dice la sentencia C-710 de 1996, “la intervención del inspector en ningún momento desplaza al juez, quien asumirá, si a ello hay lugar, el conocimiento del litigio que se trabe para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el patrono”. En tales circunstancias, si el patrono no cumple esos requisitos, entonces el supuesto despido no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación laboral trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes. Una vez terminado el lapso de protección especial debido a la maternidad, la trabajadora queda amparada por las normas laborales ordinarias, como cualquier otro empleado.

De otro lado, por medio de esta sentencia, la Corte es respetuosa de la libertad de configuración del Legislador, pues simplemente, en función de la fuerza normativa de la propia Constitución, incorpora en el orden legal los propios mandatos constitucionales, con lo cual llena los aparentes vacíos legales. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas que es, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4), por lo cual es perfectamente legítimo integrar los contenidos constitucionales dentro de la regulación legal. Así, en el presente caso, lo único que hace la Corte es completar, con base en los principios constitucionales, la propia legislación expedida por el Congreso, señalando que carece de toda eficacia jurídica un despido de una mujer embarazada, si el patrono no cumple los requisitos establecidos por el Legislador. La Corte no está entonces creando ex nihilo una nueva acción procesal, sino que simplemente está adaptando a la Carta la regulación expedida por el Congreso, para lo cual se fundamenta en los propios mecanismos de protección a la maternidad establecidos por el Legislador, quien obviamente no pierde su facultad para regular, de conformidad con la Carta, esta materia. En efecto, nótese que la sentencia, con fundamento en el principio de igualdad y en el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, simplemente amplía el marco de acción de la regla del ordinal segundo del artículo 241 del CST, según la cual ciertos despidos no producen efectos, a fin de proteger precisamente la maternidad. Esto significa que el reintegro es

simplemente una consecuencia de la ineficacia del despido de la mujer embarazada, cuando el patrono no cumple las formalidades establecidas por la ley.

Finalmente, la Corte Constitucional es respetuosa de la separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. En efecto, la sentencia no impone a los jueces una determinada comprensión de la ley con base en criterios y discusiones legales, sino que la interpretación que la Corte establece deriva de valores constitucionales, como el principio de igualdad (CP art. 13) y el derecho que tienen las mujeres que van a ser madres, o acaban de serlo, a una estabilidad laboral reforzada (CP arts 43 y 53)

Unidad normativa.

18- La Corte Constitucional constata que, en relación con los servidores públicos, la ley establece un mecanismo indemnizatorio similar para proteger la maternidad. Así, el artículo 2º de la Ley 197 de 1938, establece:

El artículo 3º de la Ley 53 de 1938 quedará así: La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.

Por su parte el artículo 21 del decreto 3135 de 1968 señala:

Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si de empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los periodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, el pago de ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado. (D.1848/69 art. 39)

La Corte precisa que el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 establece un descanso remunerado por razones de parto de doce semanas, y no de ocho como lo señala el artículo 21 del decreto 3135 de 1968. Ahora bien, ese artículo de la Ley 50 de 1990 no sólo habla en general de toda trabajadora, sin distinguir los ámbitos público y privado, sino que, además, expresamente señala que esos “beneficios no excluyen al trabajador del sector público”, lo cual es además lo más conforme al principio de igualdad (CP art. 13). Por tales razones, la Corte concluye que en este punto la Ley 50 de 1991 subrogó parcialmente el artículo 21 del decreto 3135 de 1968, por lo cual se entiende que el descanso legal remunerado por parto para las servidoras públicas es de doce semanas.

Así las cosas, la Corte considera que en este caso, y con el fin de amparar la estabilidad laboral de las servidoras públicas embarazadas, procede aplicar la regla de la unidad normativa (art. 6º del decreto 2067 de 1991), puesto que la Constitución protege la maternidad no sólo en el ámbito de las relaciones laborales privadas sino también en la esfera pública. Por lo tanto la Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo

efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.

Segundo: Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ
Magistrado

VLADIMIRO
Magistrado

NARANJO

MESA

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Sentencia T-1083/07

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE DISCAPACITADOS-
Reiteración jurisprudencial

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE DISCAPACITADOS-
Sentencia C-530/00/**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE DISCAPACITADOS-**Deben gozar de la misma protección que la que se consagra a favor de la mujer trabajadora durante embarazo y lactancia

Tal como lo fue para la Sala Plena, en Sentencia C-530 de 2000, para esta Sala es claro que los trabajadores discapacitados deben gozar de una protección de la misma entidad que aquella que se consagra a favor de la mujer trabajadora durante el embarazo y el periodo de lactancia, por cuanto, se trata en ambos casos de sujetos que por la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran requieren del Estado una protección reforzada que garantice la eficacia real de los derechos de los cuales son titulares y que ha sido ordenada expresamente por el texto constitucional. Por tal razón, en opinión de esta Sala, además de la consideración relativa a la ineficacia absoluta del despido que se efectúe sin autorización previa de la autoridad del trabajo y el carácter sancionatorio de la indemnización que se impone al empleador por desconocer tal requisito, es necesario extender al caso de los trabajadores que sufren discapacidad, otras medidas de protección reforzada que han sido consagradas a favor de la mujer durante el embarazo y el periodo de lactancia, de forma tal que, el espectro de protección de su estabilidad laboral pueda considerarse suficiente y en tal sentido ajustado a la Constitución. Tal extensión, como es evidente, no se deriva de la aplicación de las normas laborales antes referidas, sino que constituye una expresión de la eficacia directa que adquieren los mandatos superiores en orden a la protección de los derechos de los sujetos que por su condición ameritan un especial amparo.

DESPIDO DE TRABAJADORES DISCAPACITADOS SIN AUTORIZACION DE LA OFICINA DEL TRABAJO-Presunción del despido o terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de la discapacidad/**DESPIDO DE TRABAJADORES DISCAPACITADOS SIN AUTORIZACION DE LA OFICINA DEL TRABAJO-**Carga de la prueba corresponde al empleador

Es necesario que respecto de los despidos de trabajadores discapacitados efectuados sin autorización de la Oficina del Trabajo se aplique en particular una

de las reglas establecidas positivamente en el caso de la trabajadora en embarazo, cual es, la presunción de que el despido o la terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de su discapacidad. La necesidad de esta presunción salta a la vista, por cuanto, exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o psicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. Es más, exigir tal prueba al sujeto de especial protección equivale a hacer nugatorio el amparo de los derechos que pretende garantizar la estabilidad laboral reforzada, pues se trata de demostrar un aspecto ligado al fuero interno del empleador. La complejidad de dicha prueba aumenta, si tiene en cuenta que, las más de las veces, los motivos que se exponen en las comunicaciones de despido son aparentemente ajustados a derecho. De esta forma, resulta más apropiado desde el punto de vista constitucional, imponer al empleador la carga de probar que el despido tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en la discapacidad.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Si logra establecer que el despido o la terminación del contrato de una persona discapacitada se produjo sin autorización de oficina de trabajo se presume que fue por la discapacidad

Si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION FRENTE A CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO Y A NO RENOVACION DE CONTRATOS A TERMINO FIJO-Exigencia de autorización de la oficina del trabajo/ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION Y PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

La Sala considera pertinente esbozar algunas consideraciones respecto del tipo de contratos de trabajo frente a los cuales opera la estabilidad laboral reforzada consagrada a favor de los discapacitados. Al respecto, cabe destacar que dicha protección no se aplica exclusivamente a los contratos de trabajo celebrados por un término indefinido, puesto que la jurisprudencia constitucional ha encontrado necesario hacer extensiva la exigencia de autorización de la Oficina del Trabajo a las hipótesis de no renovación de los contratos a término fijo. En tal sentido, se ha señalado que el vencimiento del plazo inicialmente pactado o de una de las prórrogas, no constituye razón suficiente para darlo por terminado, especialmente cuando el trabajador es sujeto de especial protección constitucional. Para dar por terminado un contrato de trabajo que involucra a un sujeto de especial protección y que, pese a haber sido celebrado por un plazo determinado, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formas, envuelve una relación laboral cuyo objeto aún no ha cesado, no basta el cumplimiento del plazo, sino que deberá acreditarse además, el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles. Y es que, en última instancia, lo que determina la posibilidad de dar por terminada la relación laboral en la que es parte uno de estos sujetos es la autorización que para tal efecto confiera la Oficina del Trabajo, entidad que para el efecto examinará, a la luz del principio antes mencionado, si la decisión del empleador se funda en razones del servicio y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le halla dado al vínculo laboral. Cabe entonces preguntarse si la anterior conclusión puede resultar aplicable también a los contratos de trabajo celebrados por la duración de la obra o labor contratada (artículo 45 C. S. T.). Al respecto, es importante tener en cuenta que este tipo de relaciones laborales se constituyen con el objeto de adelantar una específica tarea que debe ser cuidadosamente determinada al momento del surgimiento del vínculo y que una vez concluida tendrá como consecuencia la finalización del mismo. Por tal razón, la aspiración de continuidad es en principio extraña a este tipo de contratos, lo cual no obsta para que, en los casos en los cuales la realidad de la relación permita advertir que el objeto del contrato no es el desempeño de una obra o labor determinada sino una prestación continuada, y que por ende, la denominación del mismo constituye más bien una forma de evadir la estabilidad del mismo, el empleador estará obligado a requerir de la Oficina del Trabajo la correspondiente autorización para dar por terminado el contrato de un sujeto de especial protección, como podría serlo una persona que sufre discapacidad.

CALIFICACION DEL ORIGEN DE ENFERMEDADES PROFESIONALES-Procedimiento y caso en que no se hizo en segunda instancia calificación por haber sido desvinculada la trabajadora del Sistema de Riesgos Profesionales

El hecho de haber sido desvinculado el trabajador del Sistema de Riesgos Profesionales, no es causa suficiente para interrumpir el proceso de calificación del origen de la enfermedad o el accidente ni las prestaciones que para su atención se requieren. Semejante tratamiento, además de desconocer la obligación que de conformidad con la norma antes señalada les es impuesta a las Administradoras de Riesgos Profesionales, constituye una vulneración del debido proceso administrativo, que obliga en igual medida a los autoridades y a los particulares, a respetar las etapas procesales que de conformidad con la ley deben adelantarse para la imposición de una sanción o el reconocimiento de una prerrogativa a favor del administrado, sin dilaciones injustificadas y mucho menos interrupciones intempestivas fundadas en razones contrarias a derecho. Y es que, la calidad de particular que ostentan algunas de las entidades que forman parte del Sistema de Seguridad Social Integral (Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de servicios de Salud, Administradoras de Fondos de Pensiones, Administradoras de Riesgos Profesionales, etc.) no las excluye del imperativo constitucional de respetar, en cumplimiento de sus funciones, los procedimientos, términos, etapas y demás garantías ligadas al debido proceso que ha contemplado la ley. Más aún si se tiene en cuenta, que se encuentran prestando servicios públicos. La suspensión del servicio de salud, debida a la finalización del vínculo contractual que cobijaba a la actora mientras se encontraba recibiendo tratamiento para el fuerte dolor que la aquejaba, vulnera sus derechos fundamentales, cabe señalar que en el caso concreto, no existe ninguna razón válida desde la perspectiva constitucional que justifique la suspensión de la atención en salud por parte de SALUDCOOP E. P. S., más aún si se tiene en cuenta, que para dicha entidad era claro que la causa de la enfermedad que padece la petitionaria es profesional, razón por la cual, existe la probabilidad de que los costos de las prestaciones asistenciales que la E. P. S. debe proporcionar sean asumidos finalmente por la A.R.P.

ATENCION EN SALUD DE PERSONA QUE SE ENCUENTRA BAJO TRATAMIENTO MEDICO Y TERMINACION DE CONTRATO LABORAL/PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Caso en que se terminó contrato de trabajo

con la demandante por terminación de la obra o labor para la que había sido contratada y haberse reportado enfermedad profesional

La jurisprudencia constitucional ha afirmado en forma reiterada que la continuidad en la prestación de los servicios de salud hace parte de los caracteres que ésta debe reunir como servicio público esencial. Por tal razón, ha calificado como ilegítima la interrupción, sin justificación admisible desde el punto de vista constitucional, que respecto de procedimientos, tratamientos y suministro de medicamentos lleven a cabo las entidades encargadas de la prestación del servicio. En esta oportunidad, la Sala considera pertinente señalar que, cuando la atención en Salud es requerida como consecuencia de una enfermedad o accidente que la misma Entidad Promotora de Salud ha considerado como de origen profesional, con lo cual, existe para ella la clara posibilidad de obtener la cancelación de tales servicios por parte de la A. R. P. que de conformidad con la ley esté obligada a asumir el riesgo profesional del trabajador, no existe justificación alguna derivada del vínculo laboral o de las relaciones entre E. P. S. y A. R. P. que justifique la suspensión de la atención en salud, en tanto se define con carácter definitivo el origen del padecimiento y mucho menos, cuando ya se ha establecido que se trata de uno de los riesgos cubiertos por el Sistema de Riesgos Profesionales.

ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES-Caso en que se negó continuar con la calificación en segunda instancia del origen de la enfermedad de la demandante por terminación del contrato de trabajo

Pese a haberle sido reportada la enfermedad profesional y requeridas las prestaciones correspondientes, la A.R.P. se negó, en principio a continuar con la calificación en segunda instancia del origen de la enfermedad sufrida por la señora, por cuanto, a su juicio, no estaba obligada a proporcionar prestación alguna debido a la desafiliación de la peticionaria de la A.R.P. Más adelante, solicitó nuevamente toda la documentación a la aquí demandante, con el objeto de proseguir con el trámite, lo cual, sin embargo, no ocurrió. Dicha A.R.P. no contaba con ningún motivo para omitir la calificación, trámite que se requería para determinar si estaba o no obligada a asumir las prestaciones económicas y asistenciales que tal reconocimiento apareja. En cuanto al argumento de no estar obligada a suministrar tales prestaciones de conformidad con la ley, considera esta Sala que no es de recibo, por cuanto era precisamente esa A.R.P. a la cual se encontraba afiliado el trabajador al estructurarse la enfermedad, cumpliéndose pues el supuesto previsto por el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 776 de 2002 respecto del cual se pronunció in extenso esta sentencia en líneas anteriores. Por

esa razón, al abstenerse de continuar el trámite y exigirle a la peticionaria adelantar toda una serie de diligencias que van desde la interposición de un derecho de petición hasta la realización de una declaración extra juicio, la A.R.P. vulneró en forma evidente el derecho al debido proceso administrativo del que es titular la señora, afectación ésta que a su vez generó la lesión de los derechos a la salud y la seguridad social de la actora, por cuanto la falta de pronunciamiento de la A.R.P. condujo a la negación de los servicios de salud que la peticionaria venía recibiendo y de las prestaciones económicas a las cuales tendría derecho en el marco del Sistema de Riesgos Profesionales.

TERMINACION DE CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONA QUE SUFRE ENFERMEDAD LABORAL-Vulnera sus derechos fundamentales/DEBIDO PROCESO Y TERMINACION DE CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONA QUE SUFRE ENFERMEDAD LABORAL

Se concederá el amparo de estos tres derechos, pues pese a que la vulneración del debido proceso no haya sido alegada por la actora, del estudio del caso concreto, esta Sala advierte la necesidad de adoptar las medidas necesarias para su protección. Por tal razón, se ordenará a la A.R.P. BOLIVAR que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, califique en segunda instancia el origen profesional o común de la enfermedad, para que de esta forma, la peticionaria pueda reclamar las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho de acuerdo con la ley o, de existir desacuerdo en cuanto a dicha calificación, pueda acudir a las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez solicitando la solución de tal conflicto.

Nota de Relatoría: En esta sentencia la Corte Constitucional se aparta del precedente planteado en la materia en la sentencia T-519/03

Referencia: expediente T-1681341

Acción de tutela instaurada por María Deissy Morales Ruiz contra SEGUROS BOLIVAR A. R. P. y TECNIPERSONAL S. A. E. S. T.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Ibagué con función de control de garantías en la acción de tutela instaurada por María Deissy Morales Ruiz contra A. R. P. BOLIVAR y TECNIPERSONAL S. A. E. S. T.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana María Deissy Morales Ruiz acudió ante el Juzgado Quinto Penal Municipal de Ibagué solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y el trabajo, los cuales, en opinión de la accionante, han sido vulnerados por SEGUROS BOLIVAR A. R. P. y TECNIPERSONAL S. A. E. S. T. La peticionaria funda su pretensión en los siguientes hechos:

1.- El siete (07) de julio de dos mil cinco (2005) la señora Morales Ruiz inició su relación laboral con la Empresa de Servicios Temporales TECNIPERSONAL S. A., en desarrollo de la cual, fue enviada como trabajadora en misión a la empresa INTERASEO DEL SUR E. S. P.

2.- La labor desempeñada por la peticionaria consistía en *“barrer y limpiar todas las áreas públicas, dejándolas libres de todo residuo sólido diseminado o acumulado”*.

3.- El veinte (20) de febrero de dos mil seis (2006), aquejada por un fuerte dolor en

el hombro izquierdo, la accionante acudió por urgencias a SALUDCOOP E. P. S., entidad a la cual se encontraba afiliada. En dicha oportunidad, el médico tratante, al advertir “*dolor en el músculo supraespinoso escapular izquierdo con limitación para el movimiento rotacional por dolor*” síntoma que calificó como “*posterior a trabajo con pala*”, diagnosticó *Neuralgia del supraespinoso y Bursitis del hombro izquierdo* y ordenó, además de algunos medicamentos, una incapacidad laboral de dos (02) días. Toda esta información, fue consignada en un formato de “Reporte Médico de Enfermedades Profesionales y/o Accidentes de Trabajo” bajo la modalidad de “informe complementario” y en un “Formato de identificación de accidentes de trabajo o enfermedad profesional”.

4.- La anterior sintomatología y el diagnóstico fueron confirmados en “informe complementario” por otro profesional de la salud adscrito a SALUDCOOP E. P. S. en el área de urgencias el veintiuno (21) de febrero de dos mil seis (2006), concediendo para el efecto una incapacidad laboral por un lapso de tres (03) días, información que al igual que la obtenida el día anterior, fue ratificada en un “Formato de identificación de accidentes de trabajo o enfermedad profesional”.

5.- De acuerdo con la peticionaria, tras haber sido atendida por urgencias en varias oportunidades, fue remitida a un médico general quien ordenó la práctica de terapias de rehabilitación, las cuales fueron practicadas sin producir mejoría alguna, razón por la cual, se solicitó su valoración por un médico ortopedista, igualmente adscrito a la E. P. S., quien ordenó la práctica de varios exámenes producto de los cuales se definió el diagnóstico como de *Incipiente Tendinopatía del supra e infraespinoso y Bursitis subcoracoidea leve*, frente a lo cual el galeno remitió a la paciente a un neurocirujano, quien a su vez solicitó que la peticionaria fuera tratada por un médico del dolor.

6.- El veinticuatro (24) de mayo de dos mil seis (2006) un médico cirujano especialista en salud ocupacional, al servicio de SALUDCOOP E. P. S., requirió la reubicación laboral de la peticionaria para el desempeño de actividades que no impliquen esfuerzo físico prolongado, señaló así mismo, que no debe realizar labores que requieran levantar los brazos más allá de la altura de los hombros ni levantar más de seis kilogramos de peso.

7.- El requerimiento señalado en el hecho anterior fue comunicado a INTERASEO DEL SUR por parte de la empresa empleadora de la peticionaria – TECNIPERSONAL S. A.- en escrito dirigido al gerente de aquella el veinticinco (25) de abril de dos mil seis (2006).

8.- El seis (06) de junio de dos mil seis (2006) la peticionaria inició su periodo de vacaciones, concedidas por la empresa TECNIPERSONAL S. A., concluido el cual, se le comunicó la terminación de su contrato de trabajo.

9.- El nueve (09) de agosto de dos mil seis (2006) la empresa TECNIPERSONAL S. A. diligenció “Informe de enfermedad profesional del empleador o contratante” dirigido a A.R.P. BOLIVAR.

10.- El once (11) de agosto de dos mil seis (2006) SALUDCOOP E. P. S. remite una comunicación a A.R.P. BOLIVAR con el objeto de informar que, una vez analizado el caso de la señora María Deissy Morales Ruiz por el equipo multidisciplinario de calificación en primera instancia conformado por al E. P. S. se determinó *“el origen del evento de salud como de causa profesional”*.

11.- Ante la ausencia de un pronunciamiento de la A.R.P. BOLIVAR, el diecisiete (17) de octubre de dos mil seis (2006) la accionante dirigió un derecho a dicha entidad, solicitando se le informara el motivo por el cual, pese a la calificación de la enfermedad profesional por parte de la E. P. S., no se había practicado ninguna valoración tendiente a confirmarlo, no se le había proporcionado ningún tratamiento tendente al restablecimiento de su salud ni se había reconocido indemnización alguna en su favor.

12.- Tal petición fue contestada por A.R.P. BOLIVAR el ocho (08) de noviembre del mismo año, señalando que, a la fecha, dicha entidad no había recibido del empleador o de la E. P. S. ningún Informe de Presunta Enfermedad. Así mismo, agregó que por haberse encontrado afiliada hasta julio de dos mil seis (2006), la calificación en segunda instancia debería efectuarla la A.R.P. a la cual se encontrara afiliada en la actualidad, de conformidad con lo dispuesto por la ley 776 de 2002.

13.- Una vez remitidos los documentos relativos a la calificación del origen de la enfermedad por parte de SALUDCOOP E. P. S. a la A.R.P. BOLIVAR, ésta última solicitó a la señora Morales Ruiz una declaración extra juicio en la cual indicara los periodos en los cuales estuvo trabajando y la última A. R. P. a la cual estuvo afiliada. Documento que en tales términos fue remitido a la A. R. P.

14.- El doce (12) de enero de dos mil siete (2007) A.R.P. BOLIVAR dirigió a la peticionaria una comunicación, solicitándole enviar toda la documentación de la

calificación realizada por SALUDCOOP E. P. S. en primera instancia, con el fin de iniciar el proceso de calificación en segunda instancia de la enfermedad o accidente profesional que aqueja a la afiliada.

15.- La peticionaria remitió nuevamente toda la documentación a la A.R.P. BOLIVAR pero no recibió respuesta alguna, razón por la cual decidió acudir a la acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, la indemnización por parte de la A. R. P. de los daños causados con ocasión de la labor que desempeñaba y adicionalmente, que se sancione a la sociedad Tecnipersonal S. A. por haberla despedido a pesar de conocer su enfermedad laboral y estar pendiente la reubicación.

II. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

1.- Dentro del término concedido por el juez de instancia, TECNIPERSONAL S.A., por conducto de su representante legal, presentó contestación a la acción de tutela interpuesta por María Deissy Morales Ruiz, afirmando la improcedencia de la acción de tutela interpuesta en su contra debido a que en su concepto, la peticionaria pretende que a través de esta acción se resuelvan controversias laborales, desconociendo así el carácter subsidiario de este mecanismo.

Con relación a los hechos de la demanda, señaló que *“la causa de terminación de la relación laboral, con la aquí accionante no obedeció a causa de enfermedad o afección alguna, por el contrario el contrato se dio por finalizado en virtud de terminación de la obra o labor para la cual fue contratada la trabajadora (...) concretamente, el contrato se termina cuando el usuario en este caso INTERASEO DEL SUR S. A. E. S. P., comunica a TECNIPERSONAL S. A. E. S. T., que los servicios del trabajador ya no eran requeridos por la empresa en virtud de que la necesidad originaria del servicio ya no subsisten (sic)”*.

Así mismo, TECNIPERSONAL S.A. negó tener conocimiento de la enfermedad laboral padecida por la señora Morales Ruiz, toda vez que a la *“fecha de supuesta calificación de enfermedad laboral”* no tenía vínculo laboral vigente con la empresa.

Con base en lo anterior, la Empresa de Servicios Temporales se opuso a todas las pretensiones de la accionante y en particular a aquella dirigida a la imposición de una sanción en contra de su antigua empleadora.

2.- Pese a haber sido notificada de la acción de tutela interpuesta por María Deissy Morales Ruiz, la A.R.P. BOLIVAR, demandada en el proceso, no se pronunció al respecto dentro del término que para tal efecto le concedió el juez de instancia.

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1.- En sentencia del treinta (30) de abril de dos mil siete (2007) el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué decidió negar el amparo solicitado.

De acuerdo con la consideraciones del *a quo*, el conflicto cuya resolución reclama la peticionaria se encuentra relacionado con prestaciones económicas, para lo cual existe otro mecanismo judicial procedente, de forma tal que, no habiéndose alegado la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela resulta improcedente.

2.- Una vez notificada del fallo, la ciudadana impugnó la decisión de primera instancia ante el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, sin que en el escrito de impugnación aparezcan consignadas las razones de su inconformidad.

3- En sentencia del cuatro (04) de junio de dos mil siete (2007), el *ad quem* confirmó el fallo de primera instancia al considerar que, existe un procedimiento especialmente diseñado por la ley para determinar si la enfermedad sufrida por la peticionaria es de origen común o profesional y de esa forma, establecer a qué entidad dentro del Sistema General de Seguridad Social le corresponden las prestaciones a las que en tal caso tendría derecho. En tal sentido, agregó que, en cuanto existe otro mecanismo judicial para determinar la prosperidad de estas pretensiones, la acción de tutela no resulta procedente.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes, a partir de julio de dos mil cinco (2005) existe un vínculo laboral entre la peticionaria y la Empresa de Servicios Temporales Tecnipersonal S. A., en virtud del cual, la accionante se desempeña como auxiliar de aseo de la Empresa de Servicios Públicos INTERASEO DEL SUR, en calidad de trabajadora en misión.

En febrero de dos mil seis (2006) la señora Morales Ruiz acudió a la SALUDCOOP E P. S. -a la cual se encontraba afiliada- aquejada por un fuerte dolor en el hombro izquierdo. Tras ser valorada por diferentes especialistas, le fue diagnosticada una *Incipiente Tendinopatía del supra e infraespinoso y Bursitis subcoracoidea leve*, patologías que de acuerdo con el comité interdisciplinario de SALUDCOOP E. P. S. tienen su origen en la actividad profesional desempeñada por la accionante. En principio, esta entidad brindó la atención y tratamiento requerido a la peticionaria, preparando lo necesario para gestionar el recobro a A. R. P. BOLIVAR -entidad a la cual ésta se encontraba afiliada-, sin embargo, producto de la terminación del contrato de trabajo que cobijaba a la actora, los servicios de salud se suspendieron y la documentación necesaria para la calificación en segunda instancia del origen profesional de la enfermedad que padecía, no fue enviada oportunamente a la A. R. P. BOLIVAR.

Requerida por la aquí demandante, la Administradora de Riesgos señaló que no se encontraba obligada a efectuar dicha calificación ni tampoco a asumir prestación alguna, en cuanto la afiliación de la señora Morales Ruiz había terminado. Posteriormente, al recibir la documentación proveniente de SALUDCOOP E. P. S., la A.R.P. BOLIVAR requirió nuevamente los documentos para así iniciar dicho trámite, lo cual, sin embargo, no ocurrió, razón por la cual la señora Morales Ruiz interpuso la presente acción de tutela.

La Empresa de Servicios Temporales TECNIPERSONAL S. A. alegó en su defensa no conocer la enfermedad profesional sufrida por la peticionaria al momento de dar por terminado el contrato de trabajo y haber finalizado dicha vinculación en atención a la finalización de la obra o labor para la cual fue contratada la accionante.

Los juzgadores de primera y segunda instancia negaron el amparo por considerar que existían mecanismos judiciales, diferentes a la acción de tutela, aptos para

resolver la procedencia de las pretensiones de la peticionaria.

En estos términos, corresponde a la Sala establecer si (i) la terminación del contrato de trabajo de una persona que sufre una enfermedad laboral vulnera sus derechos fundamentales y en tal sentido, si procede la protección de los mismos por medio de la acción de tutela, (ii) al abstenerse de efectuar, en segunda instancia, la calificación del origen de la enfermedad padecida por una trabajadora, como consecuencia de la finalización de su contrato de trabajo, vulnera sus derechos fundamentales y en tal caso, si es procedente la protección de aquellos en sede de tutela y, finalmente, (iii) si la suspensión de la atención en salud a una persona que se encuentra bajo tratamiento médico, con ocasión de la terminación de su afiliación, lesiona sus derechos fundamentales y si ante tal situación, debe el juez constitucional conceder el amparo solicitado.

Así, para dar solución al problema jurídico es preciso: (i) reiterar la jurisprudencia constitucional a propósito de la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados; (ii) analizar el procedimiento diseñado por la ley para la calificación del origen de las enfermedades profesionales y los derechos fundamentales que pueden verse comprometidos por su desconocimiento; (iii) presentar una reiteración jurisprudencial sobre la obligación de continuidad en la prestación del servicio de salud, consideraciones todas éstas. (iv) Con fundamento en las consideraciones mencionadas se abordará el estudio del caso concreto.

2.1. Estabilidad laboral reforzada de los discapacitados. Reiteración jurisprudencial.

El diseño constitucional del Estado colombiano como Social de Derecho apareja la obligación, dirigida a las autoridades y los particulares que lo conforman, de adoptar aquellas medidas que se requieran para garantizar la igualdad material entre los asociados y de esta forma, permitirles el ejercicio efectivo de los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Constitución y las normas internacionales.

Este imperativo cobra vital importancia en relación con aquellos sujetos que por las condiciones económicas, físicas o mentales en las que se encuentran han sido tradicionalmente discriminados o marginados (Art.13 Inciso 2° C. N.). En tal sentido, el texto constitucional señaló algunos casos de sujetos que merecen la especial protección de Estado, como sucede, por ejemplo, con los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) y los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47). Lo cual, sin embargo, no ha

obstado para que en cumplimiento de los mandatos superiores se adopten medidas de protección en favor de otros grupos poblacionales o individuos que así lo requieren.

En el caso particular de los discapacitados, el constituyente ha ordenado el diseño de una política pública orientada a lograr su rehabilitación, integración social y a procurarles la atención especializada que de acuerdo a sus necesidades demanden. En diversas oportunidades esta Corporación ha señalado la importancia que, al interior del proceso de integración social de estas personas, ostenta el trabajo como mecanismo de inserción en la sociedad, en tal sentido afirmó en Sentencia C-531 de 2000 que:

“El ámbito laboral constituye, por consiguiente, objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que, elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334), para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.”

De esta forma, la protección de los vínculos laborales establecidos por personas que sufran alguna discapacidad frente a actos discriminatorios encaminados a su terminación, constituye un imperativo constitucional derivado no sólo del derecho a la igualdad sino también del derecho a la estabilidad en el empleo (Art. 53 C. N.) del cual son titulares todos los trabajadores, y que adquiere una relevancia especial en relación con aquellos que son destinatarios de una especial protección.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha acuñado el término “estabilidad laboral reforzada” para hacer referencia al derecho constitucional con el cual se garantiza *“la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”*¹. Con el objetivo de dotar de contenido tal prerrogativa, el legislador consagró en 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”* la prohibición,

¹ Sentencia C-531 de 2000.

dirigida a todo empleador, de despedir o terminar los contratos de trabajo en razón de la limitación que sufra el trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo. Según el tenor de la disposición, quienes procedan en forma contraria a ella, estarán obligados al pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.

Al estudiar la constitucionalidad del artículo en mención (Sentencia C-531 de 2000), la Sala Plena estableció que ésta resultaba ajustada a la Carta, siempre y cuando se entendiera que *“carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”* De esta forma, la indemnización prevista por la norma, adquiere la naturaleza jurídica de una sanción que se impone al empleador por no haber contado con la autorización de la Oficina del Trabajo, evitando que se constituya en un medio para legitimar su proceder.

La Consideración que llevó a la Corte a adoptar esta decisión, fue la extensión de la consecuencia jurídica que respecto del despido sin previa autorización de la Oficina del Trabajo de una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto, prevé el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Norma cuya constitucionalidad fue evaluada por esta Corporación en Sentencia C-470 de 1997. En dicha ocasión, la Corte enfiló sus consideraciones hacia el estudio del régimen de estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y durante el periodo de lactancia, habida cuenta de las diversas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que lo desarrollan. Entre ellas, revisten particular importancia (i) La prohibición de despido de una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia (Artículo 239 numeral 1º C. S: T.) (ii) La obligación del empleador de solicitar autorización de la Oficina del Trabajo para despedir a una trabajadora durante el embarazo o los tres meses siguientes al parto (Artículo 240 numeral 1º C. S. T.) (iii) La presunción de que el despido efectuado sin este requisito y durante este periodo tiene como causa el embarazo o la lactancia (Artículo 239 numeral 2º C. S. T.) (iv) La ineficacia del despido que se comunique a la trabajadora durante los descansos remunerados motivados por el embarazo o el parto y, (v) El derecho de la trabajadora despedida sin autorización de la autoridad laboral, a recibir el pago de una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario (Artículo 239 numeral 3º C. S. T.).

Pese a la variada gama de disposiciones destinadas a proteger los derechos fundamentales de la madre y el niño en relación con la vinculación laboral de aquella, la Corte consideró que el régimen resultaba insuficiente si se respaldaba la interpretación de este conjunto de normas con arreglo a la cual, la indemnización opera como mecanismo de reparación frente al perjuicio causado por el despido. Por tal razón, esta Corporación decidió proferir una sentencia integradora, en la cual estableció que el despido que en estas condiciones se lleve a cabo no produce efecto jurídico alguno y que la indemnización prevista, no confiere eficacia jurídica al mismo, sino que funge como sanción suplementaria dirigida al patrono por incumplir sus obligaciones legales.

Tal como lo fue para la Sala Plena, en Sentencia C-530 de 2000, para esta Sala es claro que los trabajadores discapacitados deben gozar de una protección de la misma entidad que aquella que se consagra a favor de la mujer trabajadora durante el embarazo y el periodo de lactancia, por cuanto, se trata en ambos casos de sujetos que por la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran requieren del Estado una protección reforzada que garantice la eficacia real de los derechos de los cuales son titulares y que ha sido ordenada expresamente por el texto constitucional.

Por tal razón, en opinión de esta Sala, además de la consideración relativa a la ineficacia absoluta del despido que se efectúe sin autorización previa de la autoridad del trabajo y el carácter sancionatorio de la indemnización que se impone al empleador por desconocer tal requisito, es necesario extender al caso de los trabajadores que sufren discapacidad, otras medidas de protección reforzada que han sido consagradas a favor de la mujer durante el embarazo y el periodo de lactancia, de forma tal que, el espectro de protección de su estabilidad laboral pueda considerarse suficiente y en tal sentido ajustado a la Constitución.

Tal extensión, como es evidente, no se deriva de la aplicación de las normas laborales antes referidas, sino que constituye una expresión de la eficacia directa que adquieren los mandatos superiores en orden a la protección de los derechos de los sujetos que por su condición ameritan un especial amparo.

De esta forma, es necesario que respecto de los despidos de trabajadores discapacitados efectuados sin autorización de la Oficina del Trabajo se aplique en particular una de las reglas establecidas positivamente en el caso de la trabajadora

en embarazo, cual es, la presunción de que el despido o la terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de su discapacidad.

La necesidad de esta presunción salta a la vista, por cuanto, exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o psicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. Es más, exigir tal prueba al sujeto de especial protección equivale a hacer nugatorio el amparo de los derechos que pretende garantizar la estabilidad laboral reforzada, pues se trata de demostrar un aspecto ligado al fuero interno del empleador. La complejidad de dicha prueba aumenta, si tiene en cuenta que, las más de las veces, los motivos que se exponen en las comunicaciones de despido son aparentemente ajustados a derecho.

De esta forma, resulta más apropiado desde el punto de vista constitucional, imponer al empleador la carga de probar que el despido tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en la discapacidad. Así lo reconoció la jurisprudencia anterior a la promulgación de la ley 361 de 1997:

“Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos "es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión”²

En estos términos, esta Sala considera pertinente apartarse del precedente planteado en la materia por la Sentencia T-519 de 2003, que en punto a esta cuestión sostuvo que:

² Sentencia T-427 de 1992, reiterada por la T-441 de 1993.

“(…) no es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la persona que el empleador decida desvincular de manera unilateral sin justa causa. Para que la protección vía tutela prospere debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición. Es decir, debe haber nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral.”³

De esta forma, si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma.

Pasando a otro asunto, directamente relacionado con el anterior y que reviste particular interés en relación con la solución del caso sujeto a revisión, la Sala considera pertinente esbozar algunas consideraciones respecto del tipo de contratos de trabajo frente a los cuales opera la estabilidad laboral reforzada consagrada a favor de los discapacitados.

Al respecto, cabe destacar que dicha protección no se aplica exclusivamente a los contratos de trabajo celebrados por un término indefinido, puesto que la jurisprudencia constitucional ha encontrado necesario hacer extensiva la exigencia de autorización de la Oficina del Trabajo a las hipótesis de no renovación de los contratos a término fijo.

En tal sentido, se ha señalado que el vencimiento del plazo inicialmente pactado o de una de las prórrogas, no constituye razón suficiente para darlo por terminado, especialmente cuando el trabajador es sujeto de especial protección constitucional.

³ Sentencia T – 519 de 2003.

Así, en relación con la terminación del contrato a término fijo de una mujer en estado de embarazo afirmó esta Corporación:

“(...) con fundamento en los principios de estabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral⁴, “siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”⁵.”⁶

De esta forma, para dar por terminado un contrato de trabajo que involucra a un sujeto de especial protección y que, pese a haber sido celebrado por un plazo determinado, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formas, envuelve una relación laboral cuyo objeto aún no ha cesado, no basta el cumplimiento del plazo, sino que deberá acreditarse además, el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles.

Y es que, en última instancia, lo que determina la posibilidad de dar por terminada la relación laboral en la que es parte uno de estos sujetos es la autorización que para tal efecto confiera la Oficina del Trabajo, entidad que para el efecto examinará, a la luz del principio antes mencionado, si la decisión del empleador se funda en razones del servicio y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le halla dado al vínculo laboral.

Cabe entonces preguntarse si la anterior conclusión puede resultar aplicable también a los contratos de trabajo celebrados *por la duración de la obra o labor contratada* (artículo 45 C. S. T.). Al respecto, es importante tener en cuenta que este tipo de relaciones laborales se constituyen con el objeto de adelantar una específica tarea que debe ser cuidadosamente determinada al momento del surgimiento del vínculo y que una vez concluida tendrá como consecuencia la finalización del mismo. Por tal razón, la aspiración de continuidad es en principio extraña a este tipo de contratos, lo cual no obsta para que, en los casos en los cuales la realidad de la relación permita advertir que el objeto del contrato no es el desempeño de una obra o labor determinada sino una prestación continuada, y que

⁴ Sentencia C -016 de 1998.

⁵ Sentencia T-040 A de 2001.

⁶ Sentencia T-546 de 2006.

por ende, la denominación del mismo constituye más bien una forma de evadir la estabilidad del mismo, el empleador estará obligado a requerir de la Oficina del Trabajo la correspondiente autorización para dar por terminado el contrato de un sujeto de especial protección, como podría serlo una persona que sufre discapacidad.

2.2 Procedimiento de calificación del origen de una enfermedad y determinación de la pérdida de capacidad laboral. Afectación de derechos fundamentales que puede generar su detención y la consecuente denegación de las prestaciones a las que da lugar.

De conformidad con el texto del artículo 48 de nuestra Carta Política, la Seguridad Social es de un lado, un Servicio Público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado y de otro, un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio colombiano.

Con la intención de dotar de eficacia el mandato constitucional en comento, el legislador creó en 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral, definido como el *“conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado “por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.”*⁷

Este Sistema tiene por objeto *“proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”*⁸ Para lo cual, cada uno de los subsistemas que lo conforman se ocupa de ciertas contingencias entre aquellas que pueden afectar la calidad de vida de la personas.

En este contexto, el Sistema de Riesgos Profesionales, regulado por algunas normas de la ley 100 de 1993 y más específicamente por el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, tiene por objeto *“prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”*⁹.

⁷ Ley 100 de 1993, artículo 8°.

⁸ Ley 100 de 1993, Preámbulo.

⁹ Decreto 1295 de 1994, artículo 1°.

Gracias a los aportes cancelados en su integridad por el empleador a la Administradora de Riesgos Profesionales (A.R.P.), los trabajadores tienen derecho a recibir de ella, prestaciones de carácter económico y asistencial - éstas últimas a través de la E. P. S.- en orden a la prevención y atención de las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo que puedan sufrir, o de la muerte que como consecuencia de ellos sobrevenga.

Para tal efecto, se requiere la determinación del origen profesional de la enfermedad, accidente o muerte del trabajador, pues de lo contrario, ésta se presumirá de origen común y en consecuencia, su atención correrá por cuenta de la Entidad Promotora de Salud (E. P. S.) en lo relativo a salud y de la Administradora de Fondo de Pensiones (A. F. P.) en relación con la pensión de invalidez o de sobrevivientes, según corresponda.

En relación con dicha calificación, existen ciertas etapas que de acuerdo a la ley deben surtirse. En tal sentido, señala el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 que la determinación del origen profesional o común, corresponde en primera instancia a la Institución Prestadora de servicios de Salud que atiende al afiliado, lo cual resulta lógico, en cuanto se trata de la entidad que conoce y maneja la historia clínica del paciente. En segunda instancia, tal concepto es revisado por el médico o la comisión laboral que determine la A. R. P., entidad que asegura los riesgos que como desarrollo de la actividad profesional se presentan.

Ahora bien, en caso de presentarse discrepancias entre las dos instancias antes mencionadas, éstas deberán ser resueltas por una junta integrada por las entidades administradoras de salud y de riesgos profesionales y de persistir el desacuerdo, deberá acudir a las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, conforme lo señala la ley 100 de 1993.

Una vez agotada en forma rigurosa este procedimiento, si como producto del mismo, se reconoce el origen profesional de la enfermedad o del accidente, la A. R. P. estará obligada al pago de las incapacidades legales, de acuerdo con lo estimado por el médico tratante de la E. P. S., y a la cancelación de los servicios de salud que ésta le preste y que como consecuencia de la enfermedad o el accidente se requieran para la recuperación del trabajador, de ser ésta posible.

De acuerdo con el artículo 4º de la ley 776 de 2002, una vez cumplido el periodo de incapacidad, el empleador está obligado a reincorporar al trabajador al desempeño de su labor o a otra de la misma categoría para la cual esté capacitado.

En aquellos casos en los cuales, los médicos tratantes adviertan la imposibilidad de lograr la recuperación del estado de salud del trabajador, procederá la calificación de la pérdida de capacidad laboral que ha sufrido el trabajador, dentro del mes siguiente a la fecha en la que concluya el proceso de rehabilitación integral. Para el efecto, la ley ha previsto otra serie de actuaciones. Así, el dictamen corresponde en primera instancia a la comisión médica interdisciplinaria y de existir controversia en su interior, debe acudir a las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez¹⁰, que actuarán con cargo a la A. R. P. que corresponda.

Una vez agotado el trámite y en firme la determinación, la A. R. P. a la que se encontraba afiliado el trabajador al momento de ocurrir el accidente de trabajo o requerirse la prestación relacionada con la enfermedad profesional, estará obligada al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas a que haya lugar¹¹.

La Sala considera importante resaltar que, aunque de acuerdo con el inciso primero del artículo 1º de la ley 776 de 2002, en caso de enfermedad profesional las prestaciones están a cargo de la A.R.P. a la cual se encuentre afiliado el trabajador *“en el momento de requerir la prestación”*. El párrafo segundo de la norma aclara que *“en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.”*

De esta forma, el hecho de haber sido desvinculado el trabajador del Sistema de Riesgos Profesionales, no es causa suficiente para interrumpir el proceso de calificación del origen de la enfermedad o el accidente ni las prestaciones que para su atención se requieren. Semejante tratamiento, además de desconocer la obligación que de conformidad con la norma antes señalada les es impuesta a las Administradoras de Riesgos Profesionales, constituye una vulneración del debido proceso administrativo, que obliga en igual medida a las autoridades y a los particulares, a respetar las etapas procesales que de conformidad con la ley deben adelantarse para la imposición de una sanción o el reconocimiento de una prerrogativa a favor del administrado, sin dilaciones injustificadas y mucho menos interrupciones intempestivas fundadas en razones contrarias a derecho.

¹⁰ Ley 776 de 2002, artículos 6º y 9º.

¹¹ Ley 776 de 2002, artículo 1º.

Y es que, la calidad de particular que ostentan algunas de las entidades que forman parte del Sistema de Seguridad Social Integral (Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de servicios de Salud, Administradoras de Fondos de Pensiones, Administradoras de Riesgos Profesionales, etc.) no las excluye del imperativo constitucional de respetar, en cumplimiento de sus funciones, los procedimientos, términos, etapas y demás garantías ligadas al debido proceso que ha contemplado la ley. Más aún si se tiene en cuenta, que se encuentran prestando servicios públicos.

Con base en consideraciones de este tipo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la obligación de Instituciones Universitarias¹², Fondos de Pensiones¹³ y Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios¹⁴ de respetar los trámites administrativos previstos por normas legales y reglamentarias.

La vulneración del debido proceso a la que se viene haciendo referencia se torna especialmente grave si se tiene en cuenta, que como producto de la misma sobreviene la afectación de los derechos a la salud y a la seguridad social de quien en tales circunstancias se ve privado de la posibilidad de recibir la atención que requiere para su rehabilitación si ésta es posible y de aquellas prestaciones económicas que suplirían los ingresos a los que ahora por su condición de minusvalía no puede acceder, situación que así mismo, puede resultar violatoria del derecho fundamental al mínimo vital, de acuerdo con las características del caso concreto.

2.3 Continuidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración Jurisprudencial.

La jurisprudencia constitucional ha afirmado en forma reiterada¹⁵ que la continuidad en la prestación de los servicios de salud hace parte de los caracteres que ésta debe reunir como servicio público esencial. Por tal razón, ha calificado como ilegítima la interrupción, sin justificación admisible desde el punto de vista constitucional, que respecto de procedimientos, tratamientos y suministro de medicamentos lleven a cabo las entidades encargadas de la prestación del servicio.

¹² Sentencia T-254 de 2007.

¹³ Sentencia T-852 de 1999.

¹⁴ Sentencia T-1214 de 2004.

¹⁵ Al respecto ver Sentencias T-170 de 2002, T-1210 de 2003, C-800 de 2003, T-1198 de 2003, T-699 de 2004, T-777 de 2004, T-924 de 2004, T- 656 de 2005, T-837 de 2006, T-148 de 2007, T-363 de 2007, entre otras.

Esta Corporación ha señalado así mismo, que tal imperativo se funda en los siguientes criterios:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”¹⁶

En desarrollo de estos criterios, se han establecido de igual forma, por vía jurisprudencial¹⁷, algunas hipótesis que se presentan con cierta frecuencia y que en ningún caso pueden considerarse razones suficientes para suspender la atención en salud. Tal es el caso de la mora en el pago de los aportes, la desvinculación de la E. P. S., la pérdida de la calidad que permitía a la persona figurar como beneficiario, el no cumplimiento de todos los requisitos para la afiliación –pese a haber sido admitida la afiliación con anterioridad-, el traslado de E. P. S., el cambio de régimen de seguridad social en salud, la ausencia de algún documento de carácter técnico que debe estar en poder de la E. P. S., entre otras.

En esta oportunidad, la Sala considera pertinente señalar que, cuando la atención en Salud es requerida como consecuencia de una enfermedad o accidente que la misma Entidad Promotora de Salud ha considerado como de origen profesional, con lo cual, existe para ella la clara posibilidad de obtener la cancelación de tales servicios por parte de la A. R. P. que de conformidad con la ley esté obligada a asumir el riesgo profesional del trabajador, no existe justificación alguna derivada del vínculo laboral o de las relaciones entre E. P. S. y A. R. P. que justifique la suspensión de la atención en salud, en tanto se define con carácter definitivo el origen del padecimiento y mucho menos, cuando ya se ha establecido que se trata de uno de los riesgos cubiertos por el Sistema de Riesgos Profesionales.¹⁸

¹⁶ Sentencia T-1198 de 2003.

¹⁷ Entre otras: Sentencias T-060 de 1997, T-829 de 1999, T-680 de 2004, T- 170 de 2002, T-380 de 2005.

¹⁸ En tal sentido, ver Sentencia T-721 de 2005.

3. Caso concreto

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, María Deissy Morales Ruiz, trabajadora de la Empresa de Servicios Temporales TECNIPERSONAL S. A. se desempeñó durante poco más de dos años en la Empresa de Servicios Públicos INTERASEO DEL SUR. Para tal efecto, fue vinculada con un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada consistente en limpieza de áreas públicas.

Luego de ser evaluada por diversos especialistas adscritos a SALUDCOOP E. P. S. –entidad a la cual se encontraba afiliada-, en mayo de dos mil seis (2006) a la peticionaria le fue diagnosticada *Incipiente Tendinopatía del supra e infraespinoso y Bursitis subcoracoidea leve*, patología que le causaba un fuerte dolor en el hombro y el brazo izquierdo, le impedía levantar los brazos y realizar movimientos rotacionales y que, de acuerdo con el dictamen proferido por la misma E. P. S., tenía origen en la actividad profesional desarrollada por la accionante. Ante la falta de mejoría, uno de los médicos tratantes requirió su reubicación para el desempeño de actividades que no implicaran esfuerzo físico prolongado, elevar los brazos más allá de la altura de los hombros ni levantar más de seis kilogramos de peso. Dicho requerimiento fue comunicado por la empleadora a la empresa donde la accionante se desempeñaba como trabajadora en misión.

En junio de dos mil seis (2006) TECNIPERSONAL S. A. dio por terminado el contrato de trabajo celebrado con la peticionaria, por cuanto, según afirmó, la obra o labor para la cual había sido contratada había finalizado.

Pese a haberle sido reportada la enfermedad profesional y requeridas las prestaciones correspondientes, la A.R.P. se negó, en principio a continuar con la calificación en segunda instancia del origen de la enfermedad sufrida por la señora Morales Ruiz, por cuanto, a su juicio, no estaba obligada a proporcionar prestación alguna debido a la desafiliación de la peticionaria de la A.R.P. Más adelante, solicitó nuevamente toda la documentación a la aquí demandante, con el objeto de proseguir con el trámite, lo cual, sin embargo, no ocurrió.

Conforme, se anunció en el aparte introductoria a estas consideraciones, a juicio de la Sala, este caso supone la solución de varios problemas jurídicos cuyo análisis se abordará a continuación.

El primero de ellos, consiste en determinar si la terminación del contrato de trabajo por parte de TECNIPERSONAL S.A. constituye una conducta legítima o si vulnera los derechos fundamentales de la actora y en tal caso, si procede la protección de los mismos por vía de la acción de tutela interpuesta.

Al respecto, cabe señalar en primer término que, aún cuando en el momento de la terminación de la relación laboral no se había establecido en forma definitiva si la trabajadora sufriría una pérdida de capacidad laboral permanente, para la Sala es claro que aquella se encontraba en un estado de discapacidad, como lo advierten los diversos exámenes que se le practicaron y los fragmentos de la historia clínica que hacen parte del expediente.

De igual forma, la Sala considera suficientemente acreditado el conocimiento del estado de salud de la señora Morales Ruiz por parte de la Empresa de Servicios Temporales empleadora. Y es que, de no haber sido así, no se explica la Sala como pudo transmitir TECNIPERSONAL S.A. a INTERASEO DEL SUR E. S. P. el requerimiento relativo a la reubicación de la trabajadora, cuando dicha solicitud tenía como único fundamento la discapacidad que ésta afrontaba.

Otro aspecto cuyo análisis cobra relevancia, es la naturaleza del vínculo laboral existente entre la empleadora aquí demanda y la señora Morales Ruiz. Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se deriva que pese a que tal relación había sido calificada por las partes como un contrato de trabajo *“por la duración de la obra o labor contratada”* el objeto de la misma, consistente en las funciones *“relacionadas con el cargo de ayudante de aseo durante el tiempo requerido por la empresa”* (fl. 64) permite advertir que tal denominación era en realidad un mecanismo para restarle estabilidad al vínculo, puesto que en ningún caso una labor descrita de esa forma puede ser considerada propia de un contrato sujeto a la modalidad referida.

Ahora bien, despejada la duda en torno a la naturaleza de la relación laboral y a las circunstancias de discapacidad que padecía la accionante, para la Sala es claro que, en atención a lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la terminación del contrato en este caso, debió haber estado precedida por la autorización que para el efecto concediera la Oficina del Trabajo. Así, ante la ausencia de la misma, y de conformidad con los argumentos expuestos en líneas anteriores, la Corte entiende que la razón de la terminación del contrato fue el estado de discapacidad de la accionante, presunción que adicionalmente se ve reforzada por el hecho de que a pesar de haberse requerido la reubicación, de acuerdo a lo dicho por la accionante

ésta nunca tuvo lugar, sino que, por el contrario, la Empresa Usuaria, esto es, INTERASEO DEL SUR E. S. P. manifestó a la Empresa de Servicios Temporales no requerir los servicios de la señora Morales Ruiz, frente a lo cual, la empleadora decidió dar por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba a la accionante, cuando en realidad se encontraba obligada a reubicarla en una labor que cumpliera con el requerimiento médico.

De acuerdo con lo anterior, la Corte considera necesario proteger los derechos al trabajo y a la igualdad de la accionante, que fueron vulnerados por la conducta discriminatoria de TECNIPERSONAL S. A. E. S. T. Este amparo sin embargo, se concederá como mecanismo transitorio, mientras se adelanta el respectivo proceso ante la jurisdicción laboral, competente de acuerdo con la ley para establecer con carácter definitivo la procedencia del reintegro. En tal sentido, se declarará que la terminación del contrato de trabajo de la peticionaria no produce ningún efecto, como consecuencia de lo cual, procede el reintegro de la misma a la labor que venía desempeñando, siempre que así lo permita su estado de salud, de lo contrario, la empleadora deberá reubicar a la señora Morales Ruiz en un cargo que, sin desmejorar sus condiciones laborales, sea compatible con los requerimientos de los médicos tratantes adscritos a la E. P. S. Así mismo, se impondrá al empleador la obligación de cancelar a favor de la peticionaria la indemnización a la que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997 tiene derecho.

El segundo problema jurídico planteado al inicio, implica establecer si al abstenerse de continuar el trámite de calificación del origen de la enfermedad que padece la accionante, A.R.P. BOLIVAR vulneró sus derechos fundamentales. En tal sentido, corresponde afirmar que dicha entidad no contaba con ningún motivo para omitir la calificación, trámite que se requería para determinar si estaba o no obligada a asumir las prestaciones económicas y asistenciales que tal reconocimiento apareja. En cuanto al argumento de no estar obligada a suministrar tales prestaciones de conformidad con la ley, considera esta Sala que no es de recibo, por cuanto era precisamente esa A.R.P. a la cual se encontraba afiliado el trabajador al estructurarse la enfermedad, cumpliéndose pues el supuesto previsto por el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 776 de 2002 respecto del cual se pronunció *in extenso* esta sentencia en líneas anteriores.

Por esa razón, al abstenerse de continuar el trámite y exigirle a la peticionaria adelantar toda una serie de diligencias que van desde la interposición de un derecho de petición hasta la realización de una declaración extra juicio, la A.R.P. vulneró en forma evidente el derecho al debido proceso administrativo del que es titular la

señora Morales Ruiz, afectación ésta que a su vez generó la lesión de los derechos a la salud y la seguridad social de la actora, por cuanto la falta de pronunciamiento de la A.R.P. BOLIVAR condujo a la negación de los servicios de salud que la señora Morales Ruiz venía recibiendo y de las prestaciones económicas a las cuales tendría derecho en el marco del Sistema de Riesgos Profesionales.

Por tal razón, se concederá el amparo de estos tres derechos, pues pese a que la vulneración del debido proceso no haya sido alegada por la actora, del estudio del caso concreto, esta Sala advierte la necesidad de adoptar las medidas necesarias para su protección. Por tal razón, se ordenará a la A.R.P. BOLIVAR que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, califique en segunda instancia el origen profesional o común de la enfermedad, para que de esta forma, la peticionaria pueda reclamar las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho de acuerdo con la ley o, de existir desacuerdo en cuanto a dicha calificación, pueda acudir a las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez solicitando la solución de tal conflicto.

En cuanto al tercer y último de los problemas jurídicos planteados, esto es, si la suspensión del servicio de salud, debida a la finalización del vínculo contractual que cobijaba a la actora mientras se encontraba recibiendo tratamiento para el fuerte dolor que la aquejaba, vulnera sus derechos fundamentales, cabe señalar que en el caso concreto, no existe ninguna razón válida desde la perspectiva constitucional que justifique la suspensión de la atención en salud por parte de SALUDCOOP E. P. S., más aún si se tiene en cuenta, que para dicha entidad era claro que la causa de la enfermedad que padece la peticionaria es profesional, razón por la cual, existe la probabilidad de que los costos de las prestaciones asistenciales que la E. P. S. debe proporcionar sean asumidos finalmente por la A.R.P.

Aún cuando no sea así, privar a la accionante del tratamiento que venía recibiendo pone en peligro su integridad personal, su posibilidad de recobrar su estado de salud y con él su capacidad laboral, además de desconocer la obligación de continuidad que respecto del servicio de salud pesa sobre la E. P. S. En tal sentido, se concederá el amparo del derecho a la salud de la peticionaria y en consecuencia, se ordenará a SALUDCOOP E. P. S. continuar prestando los servicios, medicamentos o procedimientos que la peticionaria requiere para la rehabilitación o tratamiento de su patología en tanto se establece en forma definitiva el origen profesional o común de la misma, momento en el cual, la E. P. S. podrá efectuar los recobros correspondientes contra la A.R.P. BOLIVAR, si se encuentra que se trata

de una enfermedad profesional, o contra el FOSYGA, si se trata de una enfermedad de origen común.

Así mismo, la Sala considera necesario, para lograr la completa protección de los derechos fundamentales de la peticionaria, advertir a la A. R. P. que, de conformidad con el artículo 9° de la ley 776 de 2002, una vez terminado el proceso de rehabilitación integral de la peticionaria, deberá asumir el costo de la valoración del origen y porcentaje de pérdida de capacidad laboral que ésta haya sufrido, para efectos del reconocimiento de la indemnización o de la pensión de invalidez, a la que haya lugar.

V. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, el trabajo, la salud y la seguridad social de la señora María Deissy Morales Ruiz.

Segundo.- ORDENAR a TECNIPERSONAL S. A. E. S. T. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora María Deissy Morales Ruiz al cargo que venía desempeñando o en caso de no ser posible como consecuencia de la discapacidad que padece, a uno de la misma categoría que sea compatible con las indicaciones de carácter médico.

Tercero.- ORDENAR a A. R. P. BOLIVAR que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta sentencia, efectúe la calificación del origen de la enfermedad que padece la señora María Deissy Morales Ruiz y una vez en firme tal decisión, de resultar procedente, reconozca a favor de la misma las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho en el marco del Sistema General de Riesgos Profesionales.

Cuarto.- ORDENAR a SALUDCOOP E. P. S. que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta sentencia, reestablezca a favor de la señora María Deissy Morales Ruiz el servicio de atención en salud y en consecuencia, conforme sean requeridos, proporcione los servicios, procedimientos y medicamentos necesarios para el tratamiento y rehabilitación de la *Incipiente Tendinopatía del supra e infraespinoso y Bursitis subcoracoidea leve* que sufre y todos los demás padecimientos que con ocasión de la misma se presenten.

Quinto.- ADVERTIR a la señora María Deissy Morales Ruiz que de no interponer la acción laboral de reintegro dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia cesarán los efectos del reintegro ordenado en el numeral primero de la parte resolutive de esta providencia.

Sexto.- ADVERTIR a la A.R.P. BOLIVAR que una vez terminado el proceso de rehabilitación integral de la señora María Deissy Morales Ruiz, deberá asumir el costo de la valoración del origen y porcentaje de la pérdida de capacidad laboral que ésta haya sufrido, para efectos del reconocimiento de la indemnización o de la pensión de invalidez a la que haya lugar.

Séptimo.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Sentencia T-273/09

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos para que se configure

PORTADOR DE VIH/SIDA-Sujeto de especial protección constitucional

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Protección especial a trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO-Estabilidad en el empleo

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Protección a trabajadores enfermos de VIH/SIDA

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección constitucional especial a personas con VIH/SIDA

TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO POR VENCIMIENTO DEL TERMINO PACTADO-Límites respecto derechos en tutela/**DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-**Empleado portador de VIH despedido/**DERECHO A LA SALUD-**Trabajador portador de VIH

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Requisitos fácticos

PERSONA PORTADORA DE VIH-Protección constitucional en el ámbito laboral

ACCION DE TUTELA-Reintegro a enfermo de sida

Referencia: expediente T- 2112936
Acción de tutela instaurada por el señor Johan Manuel Mora Martínez en contra de Proyecto e Inversiones TPC S.A.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela de primera instancia dictado por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el día dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008), y el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de Bogotá, el día ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008) dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Johan Manuel Mora Ramírez contra Proyecto e Inversiones TPC S.A.

I. ANTECEDENTES.

Johan Manuel Mora Ramírez, interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio, en contra de Proyectos e Inversiones TPC S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la integridad física, el mínimo vital y la salud.

HECHOS.

Los hechos que fundamentan la solicitud de amparo son los siguientes:

1.- El actor expresó que, el quince (15) de abril de dos mil siete (2007) empezó a laborar con la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., con contratos laborales sucesivos a término fijo de tres (3) meses, hasta el quince (15) de abril de dos mil ocho (2008); fecha en la cual se le comunicó la no renovación del último contrato por parte de la Empresa accionada.

2.- Señaló que en diciembre de dos mil siete (2007), se le diagnosticó la enfermedad denominada CANDIDIASIS ORAL, la cual se presenta, comúnmente, en pacientes VIH positivos. Ante ello, se le ordenaron los exámenes de rigor y se confirmó el diagnóstico.

3.- Declaró que, el día doce (12) de diciembre de dos mil siete (2007) radicó una incapacidad ante la Asistente de Gerencia y Personal de la empresa, señora Olga Lucía Reyes, en la que su médico tratante informaba acerca de la enfermedad padecida (CANDIDIASIS ORAL). Frente a ello, la señora Olga Lucía Reyes le ordenó la práctica de un examen con el médico privado de la empresa, a quien le remitió toda la historia clínica del accionante con las incapacidades otorgadas por el médico tratante.

4.- Añadió que, el día veinte (20) de diciembre de dos mil siete (2007) le realizaron dicho examen y el resultado del mismo fue enviado a la Asistente de Gerencia y Personal de la empresa Proyecto e Inversiones TPS S.A. el día veintiuno (21) de diciembre de la misma anualidad. De igual manera, le solicitaron que le presentara por escrito al médico privado de la empresa, las funciones que desempeñaba en dicha sociedad.

5.- Informó que, el médico de la empresa, luego de revisar su historia clínica e indagar sobre sus funciones, “*me preguntó si realizaba alguna acción donde pudiera cortarme y la posibilidad de contagio que podía tener en el desempeño de mi labor*”¹, no obstante, consideró que se encontraba apto para realizar las funciones asignadas.

6.- Dijo que, “**A partir de esa fecha empecé a recibir un trato inhumano en sentido que casi no me hablaban, sólo lo necesario, a la luz de la verdad un cambio total, recibiendo acoso laboral por parte de la supervisora señora Jhoanna Alvarino** esposa de uno de los dueños, esta señora constantemente informaba que mi trabajo está mal hecho, que no atendía al cliente como debía y muchos otros vejámenes, **empezaron ha** (sic) **quejarse de mi trabajo que desempeñaba una vez recibieron las incapacidades y el concepto médico particular de la Empresa, antes mi trabajo era perfecto nadie se quejó, esto en sana lógica, es por padecer la enfermedad del VIH,** por cuanto el médico particular cuando miró mi incapacidad y leyó la palabra CANDIDIASIS, me manifestó que esa enfermedad le daba al que tenía el VIH, quiere decir que, todo parece indicar que la Empresa supo o presumió la existencia de mi enfermedad y me siguieron acosando laboralmente, **hice gran esfuerzo para cumplir cosa que no me pudieran despedir con justa causa por lo que el día 15 de abril del 2008 me despidieron del empleo, por no prórroga del contrato.**”²

7.- Expresó que, ante el despido injusto acudió ante las dependencias del Ministerio de la Protección Social en busca de un arreglo con el empleador para lo cual, se llevó diligencia de conciliación el día siete (7) de mayo de dos mil ocho (2008), sin ningún resultado positivo.

8.- Agregó que: “*Mi empleador me tiene afiliado al (sic) EPS SANITAS, donde siempre me han atendido, teniendo en cuenta que tengo una enfermedad catastrófica, razón por la cual me despidieron de mi empleo, donde me están vulnerando no solo (sic) mínimo vital, sino lo más grave el derecho a la salud, quedo totalmente desprotegido en salud, solicito señor juez, el reintegro inmediato a la empresa y lo más importante en este momento, mi derecho a la salud.*”³ Y aclaró, “*Yo empecé tratamiento de mi enfermedad VIH, en el mes de diciembre de 2007, fecha en la cual el médico de la empresa informó a mi empleador y he estado en incapacidades constantes y por lo tanto conforme a la sentencia de tutela T-662 del 24 de agosto de 2007 no se puede interrumpir el tratamiento ya iniciado en julio de 2007 (sic) porque se pone en riesgo mi vida digna. También conforme a la sentencia T-656 del 23 de agosto de 2007 se debe continuar el tratamiento iniciado en el (sic) la EPS COLSANITAS por estar en riesgo mi vida digna.*”⁴

9.- Por último, dijo “*yo laboro únicamente en **PROYECTO E INVERSIONES TPC S.A.**, no tengo otra fuente económica, esto hace que no tenga como pagar un tratamiento tan costoso de mi enfermedad. Tengo las siguientes obligaciones: \$ (sic)*

¹ Cuaderno 1, folio 1.

² Cuaderno 1, folio 1.

³ Cuaderno 1, folio 1.

⁴ Cuaderno 1, folio 2.

*arriendo 200.000, servicios públicos \$50.000, en alimentación \$250.000 y en transporte \$100.000, mi familia me abandonó, vivo sólo, como verá señor juez al final del mes yo vivo de fianzas y préstamos.*⁵

Solicitud de tutela.

10.- El señor Johan Manuel Mora Ramírez, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, integridad física, mínimo vital y salud, por lo que solicita se ordene a Proyecto e Inversiones TPC S.A. reintegrarlo en el cargo que venía ocupando cuando fue despedido o en uno igual o de mejor condición laboral, mientras se decide por la justicia ordinaria la legalidad del despido.

Pruebas aportadas al proceso.

11.- En el expediente consta la siguiente prueba:

- Copia del contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un (1) año, suscrito entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y el señor Johan Manuel Mora Ramírez por un valor de novecientos cincuenta y cuatro mil pesos (\$954.000.00) mensuales, por un término inicial de tres (3) meses.⁶

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Johan Manuel Mora Ramírez.⁷

- Copia de la certificación laboral expedida por la Empresa Proyectos e Inversiones TPC S.A. el día veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008) al señor Johan Manuel Mora Ramírez.⁸

- Copia de la comunicación PEI-TPC-07-0129 del siete (7) de diciembre de dos mil siete (2007), por medio de la cual la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al accionante que su contrato individual de trabajo a término fijo a un (1) año, no será prorrogado por lo que, sólo prestará sus servicios a la empresa hasta el día quince (15) de enero de dos mil ocho (2008).⁹

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RHH-07-0084 del nueve (9) de octubre de dos mil siete (2007) por medio de la cual la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al señor Johan Manuel Mora Ramírez que: ***“en razón a su desempeño, PROYECTO E INVERSIONES TPC S.A., ha decidido que su Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo a un año, se prorrogue por el mismo término al inicialmente pactado, a partir del Dieciséis (16) de Octubre de 2007 con vencimiento el quince (15) de enero de 2008.*”**

Por tal motivo nuestra comunicación PEI-TPC-RRH-07-0074 de Septiembre 10 de 2007 queda sin vigencia y anulada con la presente.¹⁰ (negrilla fuera de texto)

⁵ Cuaderno 1, folio 2.

⁶ Cuaderno 1, folio 11.

⁷ Cuaderno 1, folio 12.

⁸ Cuaderno 1, folio 13.

⁹ Cuaderno 1, folio 14.

¹⁰ Cuaderno 1, folio 15.

- Copia de la modificación al contrato individual de trabajo a término fijo a un (1) año suscrito entre Proyecto e Inversiones TPC S.A. y Johan Manuel Mora Ramírez en el que *“De común acuerdo entre las partes se acepta prorrogar el presente contrato por el mismo término al inicialmente pactado, a partir del dieciséis (16) de octubre de 2007 con vencimiento el quince (15) de enero de 2008.”*¹¹

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RRH-08-0006 del catorce (14) de enero de dos mil ocho (2008), por medio de la cual la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al señor Johan Manuel Mora Ramírez que: *“en razón a sus desempeño, **PROYECTO E INVERSIONES TPC S.A.**, ha decidido que su Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo a un año, se prorrogue por el mismo término al inicialmente pactado, a partir del Dieciséis (16) de enero de 2008 con vencimiento al Quince (15) de Abril de 2008.*

Por tal motivo nuestra comunicación PEI-TPC-RRH-07-0129 del 15 de Diciembre de 2007 queda sin vigencia y anulada con la presente.”¹² (negrilla fuera de texto)

- Copia de la modificación al contrato individual de trabajo a término fijo a un (1) año suscrito entre Proyecto e Inversiones TPC S.A. y Johan Manuel Mora Ramírez en el que *“De común acuerdo entre las partes se acepta prorrogar el presente contrato por el mismo término al inicialmente pactado, a partir del dieciséis (16) de enero de 2008 con vencimiento el Quince (15) de Abril de 2008”*¹³ (negrilla fuera de texto)

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RHH-07-0025 del cuatro (4) de junio de dos mil siete (2007), por medio de la cual la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al señor Johan Manuel Mora Ramírez que: *“su Contrato Individual de Trabajo Término Fijo a un año, no será prorrogado; por lo tanto prestará sus servicios a la Empresa hasta el día Quince (15) de Julio de 2007.”*¹⁴

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RRH-070074 del diez (10) de septiembre de 2007, por medio de la cual la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al señor Johan Manuel Mora Ramírez que: *“su Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo a un año, no será prorrogado; por lo tanto prestará sus servicios a la Empresa hasta el día Quince (15) de Octubre de 2007.”*¹⁵

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RRH-07-0044 del quince (15) de julio de dos mil siete (2007), por medio de la cual la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al señor Johan Manuel Mora Ramírez que: *“en razón a sus desempeño, **PROYECTO E INVERSIONES TPC S.A.**, ha decidido que su Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo a un año, se prorrogue por el mismo término al inicialmente pactado, a partir del Dieciséis (16) de Julio de 2007 con vencimiento al Quince (15) de Octubre de 2007.*

¹¹ Cuaderno 1, folio 16.

¹² Cuaderno 1, folio 17.

¹³ Cuaderno 1, folio 18.

¹⁴ Cuaderno 1, folio 19.

¹⁵ Cuaderno 1, folio 20.

Por tal motivo nuestra comunicación PEI-TPC-RRH-07-0025 de Junio 04 de 2007 queda sin vigencia y anulada con la presente.”¹⁶

- Copia de la modificación al contrato individual de trabajo a término fijo a un (1) año suscrito entre Proyecto e Inversiones TPC S.A. y Johan Manuel Mora Ramírez en el que *“De común acuerdo entre las partes se acepta prorrogar el presente contrato por el mismo término al inicialmente pactado, a partir del Dieciséis (16) de Julio de 2007 con vencimiento el Quince (15) de Octubre de 2007.”¹⁷*

- Copia del e-mail enviado por el señor Johan Manuel Mora Ramírez el día primero (1) de abril de dos mil ocho (2008) a la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. en el que informa el listado de sus funciones, a saber:

- “1. Busca de proveedores
2. Reservas aéreas nacionales e internacionales
3. Reservas hoteleras nacionales e internacionales.
4. Liquidación de puntos.
5. Entrega de Kit (relación de carné, empaque y envío).
6. Convenio de hoteles.
7. Informe de emisión de tiquetes aéreos y porción terrestre para el área de contabilidad.
8. Informe de para (sic) comités.
9. Atención al cliente.
10. Atención al teléfono.
11. Manejo de la red de servios (sic)”¹⁸

- Copia del examen médico realizado al señor Johan Manuel Mora Ramírez en la Clínica Colsanitas S.A. y firmado por el especialista en Patología Clínica, Doctor Oscar Martínez, en el que se evidencia que el peticionario resultó VIH positivo.¹⁹

- Copia del informe médico rendido por el Doctor Ricardo Leal, especialista en enfermedades infecciosas adscrito a la EPS-Sanitas, en el que se lee:

“79731332 JOHAN MANUEL MORA RAMÍREZ EDAD 29 AÑOS FN 220978 EC SOLTERO OCUPACIÓN: JEFE SERV AL CLIENTE TEL 313-211-6148 VIH C3 DX DIC 2007 X CANDIDIASIS ESOFAGICA.

TTO NVP+AZT+3TC+FCZOL+ACICLOVIR INICIA ENERO/2008.

SE HA SENTIDO MEJOR NO TOMÓ RETROVIRALES QUE SUSPENDIÓ POR INTOLERANCIA, DOLOR OCASIONAL EN TORAX IZQ. NO TOM, O RX POR FALTA DE TIEMPO.

(...)

SE CONTINÚA IGUAL TTO ARV/ CONTROL X NUTRICIONISTA PSICOLOGÍA T. SOCIAL/ SE DAN RECOMENDACIONES FOMENTO DE SALUD Y

¹⁶ Cuaderno 1, folio 21.

¹⁷ Cuaderno 1, folio 22.

¹⁸ Cuaderno 1, folio 23.

¹⁹ Cuaderno 1, folio 24.

PREVENCIÓN.²⁰

- Copia del certificado de incapacidad laboral, emitido por la Doctora Sandra Patricia Niño, especialista adscrita a la EPS Sanitas, el día siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) al ciudadano Johan Manuel Mora Ramírez por enfermedad de origen común.²¹

- Copia del certificado de incapacidad laboral, emitido por la Doctora Edna Viviana Gómez, médica general adscrita a JaveSalud IPS, el día once (11) de diciembre de dos mil siete (2007) al señor Johan Manuel Mora Ramírez por padecer CANDIDIASIS ORAL.²²

- Copia de la comunicación enviada por la EPS Sanitas, el día catorce (14) de febrero de dos mil ocho (2008) al afiliado Johan Manuel Mora Ramírez, en el que le informan que *“su Incapacidad Laboral prescrita por un término de cinco (5) días a partir del día 07/02/2008 se encuentra en proceso de validación.”*²³

- Copia del examen médico realizado al señor Johan Manuel Mora Ramírez en la Unidad Médica Juan Bautista y Cia Ltda. por parte de la médica bacterióloga, Doctora Ana Alexandra Meza Mondragón.²⁴

- Copias del certificado de aptitud laboral emitido por la Unidad Médica Juan Bautista y Cia Ltda en el que da constancia de que el señor Johan Manuel Mora Ramírez es apto para desempeñar el cargo de jefe de servicio al cliente en la empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A.²⁵

- Copia de examen médico practicado al señor Johan Manuel Mora Ramírez por la Unidad Médica Juan Bautista y Cia Ltda.²⁶

- Copia de la carta enviada por el señor Johan Manuel Mora Ramírez a los señores German Morales e Hijos el día veintiuno (21) de diciembre de dos mil siete (2007) en la que se lee:

“A continuación le estoy enviando el diagnóstico del médico de la unidad médica Juan Bautista con las copias de mis resultados.

*Cualquier inquietud o duda estoy para servirle.”*²⁷

- Comunicación enviada por la Gerente de la accionada, Doctora Pilar Morales, al señor Johan Manuel Mora Ramírez, el día catorce (14) de julio de dos mil ocho (2008) en la que le manifiestan:

²⁰ Cuaderno 1, folio 25.

²¹ Cuaderno 1, folio 26.

²² Cuaderno 1, folio 27.

²³ Cuaderno 1, folio 28.

²⁴ Cuaderno 1, folio 29.

²⁵ Cuaderno 1, folio 30 y 33.

²⁶ Cuaderno 1, folio 31.

²⁷ Cuaderno 1, folio 32.

“(…) Quiero dejar claro que dicha conversación no se trató del planteamiento de una “propuesta” como usted la denomina, sino la búsqueda de una salida legal y conveniente para usted, dado que ha desaparecido su puesto en Proyecto e Inversiones TPC.

Por otra parte, y a pesar de su manifestación de estar en la capacidad de realizar su trabajo, material y físicamente para nosotros es imposible mantener en actividad dentro de la empresa un cargo con las funciones que usted desarrolla; resultando lo anterior, con que las funciones por usted desarrolladas no justifican su competencia, esfuerzo y actividad. Así, le recordamos que un Permiso Remunerado le permitiría a usted, además de cuidar su salud, recibir su salario y tener acceso al cubrimiento de todos los riesgos inherentes a la Seguridad Social, y a nosotros nos permitiría preparar organizacionalmente a la empresa con el fin de poder ofrecerle las funciones reales que a su cargo corresponden.”²⁸

- Comunicación enviada por el señor Johan Manuel Mora Ramírez al Juzgado Veintidós (22) Penal de Circuito de Bogotá, el día veintiuno (21) de julio de dos mil ocho (2008), en la que informa:

“1. En cuanto al desconocimiento de mi enfermedad, no es cierto lo que informa la empresa, ya que como lo señalo en el escrito de la tutela, yo lo informé verbalmente. Además la solicitud de examen por parte de la empresa constituye un indicio grave en su contra para probar ese hecho.

2. En relación con los actos de discriminación, me permito informar que los mismos han continuado, ya que la empresa me ha propuesto pagarme el salario sin que presente ningún servicio, argumentando que el cargo se suprimió. Situación que no obedece a la realidad ya (sic) mis funciones siguen desempeñando por ser de la naturaleza misma de la empresa.”²⁹

Intervención de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A.

12.- La Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., a través de apoderado, solicitó se negara el amparo solicitado por el accionante pues, a su juicio no habían desconocido derecho fundamental alguno del señor Johan Manuel Mora Bautista toda vez que:

- La terminación del contrato laboral celebrado entre el señor Johan Manuel Mora Ramírez y la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. se debió al cumplimiento del plazo pactado –en aplicación del literal c del artículo 61 del CST- y no por despido, como lo afirma el accionante.

- Al momento de la terminación del contrato, el empleador no tenía conocimiento de que el accionante padeciera enfermedad alguna. De hecho, la accionada sólo se enteró de ello de manera verbal cuando el accionante lo manifestó ante el Inspector

²⁸ Cuaderno 2, folio 7.

²⁹ Cuaderno 2, folio 5.

de Trabajo en la Audiencia de Conciliación. En ese sentido, *“no puede exigírsele una determinada actuación al empleador sin saber la especial situación de su empleado. En otras palabras, el accionante debió informar al empleador que se encontraba enfermo, pues solamente de esta manera el empleador podía adecuar sus decisiones a la situación de su empleado.”*³⁰

- La Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. *“no sospechaba ni tenía por qué sospechar que el accionante estaba enfermo. No son de recibo las afirmaciones del accionante según las cuales el empleador sospechaba que este padecía una enfermedad y que por ese motivo no se prorrogó el contrato.”*³¹

- Las incapacidades en ningún momento indican que el señor Johan Manuel Mora Ramírez padeciera VIH positivo pues, la EPS Sanitas sólo señaló que las mismas eran consecuencia de una enfermedad general.

- La Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. en ningún momento discriminó al peticionario como quiera que, la terminación del contrato laboral *“se dio por causas ciento por ciento objetivas, relativas a una reestructuración ocurrida al interior de la empresa. En efecto, la terminación del contrato obedeció a una serie de cambios ocurridos al interior de la sociedad que represento, en virtud de los cuales se terminó no sólo el contrato del accionante sino también el de otras personas cuyos servicios ya no se requerían o cuyos cargos se eliminaron.”*³²

Pruebas aportadas al proceso.

13.- En el expediente constan la siguientes pruebas:

- Original del poder especial y amplio conferido por la representante de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., Doctora Ana María del Pilar Morales González, al abogado Héctor Mauricio Medina Casas.³³

- Original del certificado de existencia y representación legal de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el día nueve (9) de junio de dos mil ocho (2008).³⁴

- Copia del Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo Inferior a un (1) año, celebrado entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y el señor Johan Manuel Mora Ramírez la Resolución No 02036 del diez (10) marzo de dos mil ocho (2008).³⁵

- Copias de las comunicaciones PEI-TPC-RRH-08-0039 del cuatro (4) de marzo de dos mil ocho (2008), en la que la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa al señor Johan Manuel Mora Ramírez que: *“su Contrato Individual de*

³⁰ Cuaderno 1, folio 42.

³¹ Cuaderno 1, folio 42.

³² Cuaderno 1, folio 43.

³³ Cuaderno 1, folio 46.

³⁴ Cuaderno 1, folios 47 y 48.

³⁵ Cuaderno 1, folio 49.

Trabajo a Término Fijo a un año, no será prorrogado; por lo tanto prestará sus servicios a la Empresa hasta el día Quince (15) de Abril de 2008. Sírvase pasar, con la presente, por nuestra oficina de Contabilidad a reclamar las prestaciones sociales a las que tiene derecho según la Ley Laboral Colombiana.” y que, el accionante se rehúsa a firmar.³⁶

- Copia Diligencia de Conciliación celebrada entre el señor Johan Manuel Mora Ramírez y el Doctor Héctor Mauricio Medina Casas, apoderado de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., el día siete (7) de mayo de dos mil ocho (2008) ante la Inspectora de Trabajo del Ministerio de la Protección Social –Dirección Territorial de Cundinamarca-, Doctora Dennys Paulina Orozco Torres, en la que se lee:

“Se constituye el despacho en audiencia especial de conciliación: El reclamante en uso de la palabra manifiesta: Inicé a trabajar el 15 de abril de 2007 hasta el 15 de abril de 2008, mi reclamación es para una estabilidad laboral reforzada debido a que soy una persona que padece una grave enfermedad VIH.

Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la parte reclamada quien manifiesta: Son ciertos los extremos de la relación laboral. Se trataba de un contrato a término fijo que terminó con antelación de que trata la ley. La empresa no tenía conocimiento de la enfermedad que el reclamante padece. La terminación obedeció exclusivamente de orden administrativo por reestructuración de la organización. Por tal motivo no puede accederse a la petición del reclamante.

*El despacho deja constancia que invitó a las partes a solucionar sus diferencias mediante una conciliación **la cual fue fallida en esta instancia.**”³⁷*

- Copia de la comunicación PEI-TPC-08-0073 del quince (15) de abril de dos mil ocho (2008) enviada por la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. a la Unidad Médica San Juan Bautista y Cia Ltda. para que *“practique examen médico del cargo de SERVICIO AL CLIENTE”* al señor Johan Manuel Mora Ramírez.³⁸

- Copia del Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo Inferior a un (1) año suscrito entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y la señora Ángela Julieth Castillo Moreno.³⁹

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RHH-08-0036 del veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008), por medio de la cual la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa a la señora Ángela Julieth Castillo Moreno que su contrato individual de trabajo *“no será prorrogado; por lo tanto prestará sus servicios a la Empresa hasta el día Treinta (30) de Marzo de 2008.”*⁴⁰

- Copia de la liquidación del contrato de trabajo a término fijo inferior a un (1) año

³⁶ Cuaderno 1, folios 50 y 51.

³⁷ Cuaderno 1, folio 53.

³⁸ Cuaderno 1, folio 54.

³⁹ Cuaderno 1, folio 55.

⁴⁰ Cuaderno 1, folio 56.

celebrado entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y la señora Ángela Julieth Castillo Moreno.⁴¹

- Copia del Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo Inferior a un (1) año suscrito entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y la señora Lupe María Eugenia Ortegón Forero.⁴²

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RHH-08-0044 del cuatro (4) de marzo de dos mil ocho (2008), por medio de la cual la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa a la señora Lupe María Eugenia Ortegón Forero que su contrato individual de trabajo *“no será prorrogado; por lo tanto prestará sus servicios a la Empresa hasta el día Quince (15) de Abril de 2008.”*⁴³

- Copia de la liquidación del contrato de trabajo a término fijo inferior a un (1) año celebrado entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y la señora Lupe María Eugenia Ortegón Forero.⁴⁴

- Copia del Contrato Individual de Trabajo a Término Fijo Inferior a un (1) año suscrito entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y la señora Dilia Inés Suárez León.⁴⁵

- Copia de la comunicación PEI-TPC-RHH-08-0042 del cuatro (4) de marzo de dos mil ocho (2008), por medio de la cual la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. le informa a la señora Dilia Inés Suárez León que su contrato individual de trabajo *“no será prorrogado; por lo tanto prestará sus servicios a la Empresa hasta el día Quince (15) de Abril de 2008.”*⁴⁶

- Copia de la liquidación del contrato de trabajo a término fijo inferior a un (1) año celebrado entre la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. y la señora Dilia Inés Suárez León.⁴⁷

- Copia de los aportes a seguridad social correspondientes a los meses de abril y mayo de 2008.⁴⁸

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Primera Instancia. Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

14.- El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá, mediante sentencia proferida el día dieciocho (18) de junio de dos mil ocho

⁴¹ Cuaderno 1, folios 57, 58, 59 y 60.

⁴² Cuaderno 1, folio 61.

⁴³ Cuaderno 1, folio 62.

⁴⁴ Cuaderno 1, folios 63, 64, 65 y 66.

⁴⁵ Cuaderno 1, folio 67.

⁴⁶ Cuaderno 1, folio 68.

⁴⁷ Cuaderno 1, folios 69, 70, 71 y 72.

⁴⁸ Cuaderno 1, folios 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79 y 80.

(2008) concedió el amparo transitorio a los derechos fundamentales del señor Johan Manuel Mora por considerar que la Empresa Proyecto e Inversiones PTC S.A. ponía en riesgo la salud, integridad física y la vida en condiciones dignas del accionante pues,

(i) La Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. desconoció el precedente constitucional según el cual para aplicar el literal c del artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo es necesario demostrar una “causa objetiva”; cuestión que, no se efectuó en el caso *sub examine*.

(ii) La sociedad accionada no tuvo en cuenta que el señor Johan Manuel Mora Ramírez es un sujeto de especial protección por ser portador de una enfermedad catastrófica –VIH- frente a la cual, *“el empleador ocupa un papel principal, pues de sus acciones, en forma positiva o negativa, depende, la estabilidad laboral, un ambiente laboral sano, el acceso a la seguridad social, entre otras, por lo cual, se exige de este entre otros principios, especialmente, la Solidaridad, aspecto primordial y sensible, frente a una persona que padezca una enfermedad como el VIH.”*⁴⁹

(iii) La Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. *“frente a la situación del accionante no se compadece y puede ser que en esta instancia de tutela, no sea suficiente el acervo probatorio para demostrar que se tuviera conocimiento de la enfermedad del afectado al momento del despido, as sin embargo, no tuvo la grandeza de reevaluar su posición, al momento en que no cabe duda se enteró de ello, que fue ante el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL en diligencia llevada a cabo el 7 de mayo de 2008, sin que se lograra conciliar su posición vulneratoria de los derechos fundamentales del accionante.”*⁵⁰

(iv) El señor Johan Manuel Mora Ramírez es una persona joven –veintinueve (29) años de edad- quien no tiene otro medio de subsistencia ya que se encuentra separado de su familia, padece de una enfermedad catastrófica y le toca asumir el costo del tratamiento del VIH/SIDA así como sus gastos personales por lo que, al ser despedido se afecta gravemente su mínimo vital, su derecho a la salud, a la vida digna e integridad personal.

Escrito de Impugnación.

15.- Mediante escrito presentado el día veintisiete (27) de junio dos mil ocho (2008) ante el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal Con Función de Garantías de Bogotá, la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. a través de apoderado, interpuso recurso de apelación contra la decisión tomada por el *a-quo* dentro del proceso de la referencia, relatando los mismos hechos y consideraciones mencionadas en el escrito de tutela.

Segunda Instancia. Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de Bogotá.

⁴⁹ Cuaderno 1, folio 90.

⁵⁰ Cuaderno 1, folio 91.

16.- El Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008) confirmó en todas sus partes el fallo de tutela proferido por el *a-quo*.

En efecto, el *ad-quem* señaló que: *“La suscrita Juez Constitucional se segunda instancia, de entrada advierte que la decisión de amparo constitucional al señor JOHAN MANUEL MORA RAMÍREZ, se encuentra ajustada a Derecho y a los reiterados criterios jurisprudenciales realizados por el máximo interprete de la Constitución Política, para efectivizar la protección especial al trabajador que padece el VIH-SIDA; por consiguiente, a no dudar, habrá de confirmar el fallo impugnado.”*⁵¹

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Doce (12), mediante Auto del diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

2.- El señor Johan Manuel Mora Ramirez, interpuso acción de tutela por considerar que sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, integridad personal, mínimo vital, seguridad social y salud han sido vulnerados por parte de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. al haber dado por terminado el contrato individual de trabajo a termino fijo inferior a un (1) año celebrado entre ellos, el día quince (15) de abril de dos mil siete (2007) , a pesar de ser portador del virus VIH-SIDA, circunstancia que lo hace ser merecedor de una estabilidad laboral reforzada.

Por tal razón, solicita se ordene transitoriamente a la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o en uno igual o de mejores condiciones laborales para poder sufragar los altos costos que el tratamiento de su enfermedad genera y no quedar desamparado sin los medios económicos, de salud y de seguridad social necesarios para subsistir. Ello, mientras la justicia ordinaria decide sobre la legalidad o ilegalidad de su despido.

Por su parte, la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., por medio de apoderado judicial, solicitó la negativa del amparo requerido por la accionante a través de acción de tutela pues, (i) la terminación del contrato a término fijo inferior a un (1) año se había efectuado en aplicación del literal c del artículo 61 del Código

⁵¹ Cuaderno 2, folio 16.

Sustantivo del Trabajo y no por razón de la enfermedad padecida por el señor Johan Manuel Mora Ramírez, (ii) el empleador nunca tuvo conocimiento de que el accionante era portador del VIH-SIDA sino hasta el día en que tuvo lugar la Diligencia de Conciliación ante el Inspector de Trabajo el día siete (7) de mayo de dos mil ocho (2008), cuando Johan Manuel Mora Ramírez informó de tal hecho, y (iii) el despido del señor Johan Manuel Mora Ramírez obedeció a una reestructuración administrativa de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A.

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal Con Función de Garantías de Bogotá, mediante sentencia proferida el día dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008) concedió el amparo transitorio a los derechos fundamentales del señor Johan Manuel Mora por considerar que la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. pone en riesgo la salud, integridad física y la vida en condiciones dignas del accionante al terminar el contrato individual de trabajo inferior a un (1) año suscrito entre ellos pues con ello, (i) se desconoce el precedente jurisprudencial según el cual para dar aplicación al artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo es necesario demostrar una “causa objetiva” que justifique la terminación de la relación laboral, (ii) no se tiene en cuenta que el señor Johan Manuel Mora Ramírez es un sujeto de especial protección habida cuenta de la enfermedad catastrófica que padece –VIH-SIDA-, (iii) se falta al deber de solidaridad que tienen todos los ciudadanos ante una persona que se encuentra en debilidad manifiesta en razón de su dolencia y, (iv) se deja totalmente desprotegido al accionante y sin recursos económicos para sufragar los costos relativos a su sustento personal y el tratamiento del VIH-SIDA.

Notificado el fallo de instancia, la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., por medio de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación en contra del fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal Con Función de Garantías de Bogotá, reiterando lo señalado en el escrito de contestación de la acción de tutela.

En segunda instancia, el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008) confirmó en todas sus partes el fallo de tutela proferido por el *a-quo*.

3.- Con fundamento en lo expuesto, en primer lugar la Sala determinará si el mecanismo de la acción de tutela es procedente en el caso *sub examine* y de ser ello así, en segundo lugar establecerá si la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., desconoce los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, integridad personal, mínimo vital, seguridad social y salud del señor Johan Manuel Mora Ramírez al haber terminado el contrato individual de trabajo por término inferior a un (1) año suscrito entre ellos, teniendo en cuenta que el accionante es portador del VIH

Para resolver la cuestión planteada estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) la procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, (ii) garantía de la estabilidad laboral reforzada de personas que se encuentran en debilidad manifiesta, (iii) la protección constitucional especial de personas portadoras de VIH/SIDA y la prohibición de discriminación por esta condición y (iv) analizar el caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- Conforme al artículo 86 de la Constitución Política y del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Precisamente, por ser excepcional y constituir una *ultima ratio* frente al conjunto de acciones y procedimientos ordinarios que el ordenamiento jurídico colombiano ha dispuesto para obtener la defensa, garantía y efectividad de los derechos e intereses de las personas es que, la misma no procede cuando se dispongan de otros medios de defensa idóneos para lograr lo que en sede de tutela se solicita, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en lo que hace relación con la noción de perjuicio irremediable como requisito *sine qua non* para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que se debe determinar la “irremediabilidad” del perjuicio haciendo un análisis sobre (i) la inminencia de tomar medidas necesarias para evitar una amenaza que está por suceder (ii) la urgencia que de las medidas requeridas para conjurar el perjuicio irremediable, esto es, que el accionante salga de ese estado de amenaza continua a sus derechos y, (iii) la gravedad del perjuicio, es decir “*que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad*”⁵² que hace “*evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.*”⁵³; y de esa manera, garantizar el reestablecimiento del orden social justo en toda su integridad.⁵⁴

Por consiguiente, cada vez que en el caso concreto se configuren los elementos calificativos de la irremediabilidad del perjuicio con base en el análisis de los hechos que motivan la acción de tutela, independientemente de que se cuente con otro medio judicial idóneo para obtener la defensa de los derechos amenazados, el juez de tutela debe declarar la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso *sub examine* la Corte constata que si bien el señor Johan Manuel Mora cuenta con la acción laboral ordinaria para determinar la legalidad o ilegalidad del despido como quiera que, aparentemente, se debió a una reestructuración de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., también lo es que por razón de su enfermedad –VIH/SIDA, se hace inminente y urgente tomar las medidas necesarias para evitar una amenaza grave a su vida, integridad personal y salud.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela como medio excepcional para proteger los derechos fundamentales

⁵² Corte Constitucional. Sentencia 389 de 2007.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2005.

⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-225 de 0993, SU-544 de 2001 y T-983 de 2001, entre otras.

de las personas infectadas con el virus de la inmunodeficiencia humana VIH/SIDA. Así por ejemplo, en sentencia SU-645 de 1997 la Corte sostuvo: *“Lo anterior por cuanto en el caso sub-examine, la decisión de no acceder a la protección transitoria de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del actor, lo coloca a éste en una situación tal que con ella se le ocasionaría un perjuicio irremediable, pues un tratamiento tardío, o lo que es más grave la ausencia definitiva del mismo, no sólo incrementaría sus sufrimientos y deterioro, sino que aceleraría un proceso que muy seguramente lo conducirá a la muerte.”*

Por ello, esta Sala encuentra que en el presente caso procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, integridad física, mínimo vital, salud y seguridad social del señor Johan Manuel Mora Ramírez.

En consecuencia y por las razones previamente expuestas, esta Corte entra a estudiar de fondo el problema jurídico planteado en esta oportunidad.

Garantía de la Estabilidad Laboral Reforzada de personas que se encuentran en una debilidad manifiesta en los contratos a término definido. Reiteración de Jurisprudencia.

5.- De conocimiento general es que el artículo 53 de la Constitución Política contempla la protección a la estabilidad laboral en el empleo respecto de todos los trabajadores, como principio rector de las relaciones laborales, lo cual supone que el cumplimiento estricto de las obligaciones propias que demanda el desarrollo del objeto del contrato de trabajo por parte del empleado, redundará en la conservación de su cargo, salvo que exista un procedimiento previo, o que se verifique alguna de las causales contempladas en la ley para que el empleador pueda dar por terminada la relación de trabajo.

Este principio constitucional tiene aplicación tanto en los contratos de trabajo celebrados a término indefinido como en aquellos celebrados a término fijo. Frente a estos últimos, la jurisprudencia constitucional, en sentencia C-016 de 1998, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 45 (parcial), 46 y 61 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el principio de la estabilidad en el empleo en los contratos a término fijo, señaló:

*“(...) este principio también impera en los contratos a término fijo, pues el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato, sólo así se garantizará, de una parte, la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto “expectativa cierta y fundada” del trabajador de mantener su empleo, si ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otra parte, la realización del principio, que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral. **En esta perspectiva, siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido***

efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación".⁵⁵ (negrillas fuera de texto)

Y posteriormente, esta Corte precisó que el sólo hecho del vencimiento del término no es una causa constitucionalmente aceptable para dar por terminado el contrato a término fijo sino que es necesario demostrar por parte del empleador una causa objetiva que justifique el despido. En efecto, *"el hecho de la accionante se encuentre sujeta a una estabilidad laboral reforzada implica que para considerar legítima la decisión del empleador de dar por terminada la relación laboral, éste debió demostrar la existencia de circunstancias objetivas diferentes al simple vencimiento del plazo estipulado y al padecimiento de la accionante que justificara la terminación del vínculo laboral. Por ello, no habiendo sido demostrado por el accionado que las causas y la materia del trabajo que motivaron la contratación de la empleada dejaron de existir, que le resultaba imposible vincularla en otro cargo o reubicarla en otro lugar de trabajo, así como tampoco que ella hubiera incumplido contraídas, el simple vencimiento del término no constituye una causa constitucionalmente legítima para la terminación de la relación laboral."*⁵⁶ (negrilla fuera de texto)

Ahora bien, si el principio de la estabilidad en el empleo en los contratos a término fijo es así frente al general de los trabajadores, ello significa que adquiere aún, más fuerza frente a trabajadores que se encuentren en una "debilidad manifiesta" por razón de sus padecimientos físicos o psicológicos, sus discapacidades o por estado de embarazo, haciendo de ellos sujetos de especial protección constitucional lo que, redundando en una estabilidad laboral reforzada en consideración a las particulares circunstancias en las que se encuentran.

Bajo esta perspectiva, como quiera que las personas portadoras del VIH/SIDA son sujetos de especial protección al encontrarse en un estado de "debilidad manifiesta" en razón de su enfermedad, al empleador no le es dado terminar la relación laboral por causa de sus padecimientos pues, ello constituiría un acto abiertamente discriminatorio y violatorio del principio de igualdad⁵⁷ consagrado en el artículo 13 de

⁵⁵ Ver también sentencia T-040 A de 2001, T-546 de 2006 y T-1083 de 2007.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-469 de 2004.

⁵⁷ Así la jurisprudencia constitucional ha resaltado que *"Para esta Corporación, lo que resulta reprochable desde el punto de vista constitucional no es el despido en sí mismo -al que puede acudir todo patrono siempre que lo haga en los términos y con los requisitos fijados por la ley- sino la circunstancia -que debe ser probada- de que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono haya tenido origen precisamente en que el empleado esté afectado por el virus o padezca el síndrome del que se trata.*

Esta Corporación considera importante recordar que el trabajador, al iniciar la relación laboral y durante el transcurso de la misma, no está obligado a expresar ni a divulgar el aludido hecho, pues así lo ha establecido el ordenamiento jurídico, con el fin de evitar la discriminación y el aislamiento social de los enfermos.

Además, cabe recordar que el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997, "mediante el cual se reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y las otras enfermedades de transmisión sexual (ETS)", dispone que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el VIH, y que no constituye causal de despido el hecho de estar infectado por dicho virus o de haber desarrollado alguna enfermedad asociada al síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), sin perjuicio de que se reconozca la pensión de invalidez, de conformidad con las normas laborales." (subraya fuera de texto) Sentencia T-826 de 1999.

la Carta Política, más aún cuando para despedirlo el empleador pretende escudarse bajo el argumento del vencimiento del contrato individual de trabajo. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación no ha vacilado en aplicar una presunción según la cual, la terminación del contrato de trabajo de una persona portadora del virus del VIH/SIDA se debe por causa de su enfermedad, correspondiéndole al empleador desvirtuar dicha presunción demostrando un *causa objetiva* que justifique su proceder.

Por ello, esta Corte ha dispuesto que *“La legislación nacional y la jurisprudencia constitucional han considerado que las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana constituyen una población vulnerable sujeta a una especial protección constitucional. Si bien su salud no se ve afectada ni su capacidad laboral reducida mientras el virus no se manifieste en síntomas, estas personas son susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral. El desempeño de un empleo mientras la enfermedad lo permita, en unas condiciones que sean favorables al estado físico del trabajador y que a su vez prevengan la propagación de la epidemia, resulta trascendental para la materialización de los derechos fundamentales de los infectados. La discriminación laboral en razón a su padecimiento, por el contrario, coloca al enfermo en una difícil situación económica y social que vulnera su dignidad, pudiendo llegar a afectar también sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social y al trabajo. **El Estado, las empresas (que conforme al artículo 333 de la Constitución cumplen una función social) y los miembros de la comunidad tienen unos deberes positivos orientados a responder con acciones humanitarias a favor de las personas en condiciones de debilidad manifiesta, lo que permite la realización de los valores superiores de la solidaridad, la dignidad humana, el trabajo, la igualdad y la vida asegurando una mayor protección de esta población, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social más justo.**”*⁵⁸ (negrilla fuera de texto)

En definitiva, para no renovar el contrato individual de trabajo a término definido de una persona infectada con el virus de la inmunodeficiencia humana –VIH/SIDA- es necesario que el empleador demuestre una *causa objetiva* que justifique la terminación de la relación laboral, como podría ser el incumplimiento de sus obligaciones, en aplicación del principio laboral de la supremacía de la realidad sobre las formas y de esa manera desvirtuar la presunción jurisprudencial según la cual la terminación de la relación laboral de una persona con el virus de la inmunodeficiencia humana obedece a su padecimiento.⁵⁹

6.- Ahora bien, la efectividad de la estabilidad laboral reforzada de las personas que padecen el virus del VIH/SIDA en razón al estado de “debilidad manifiesta” en la que se encuentran, se materializa en el hecho de que, al momento en que el empleador se vea inmerso en la necesidad de terminar el contrato de trabajo de una persona con inmunodeficiencia humana –VIH/SIDA-, deba acudir ante el Inspector de Trabajo y demostrar una *causa objetiva* que justifique el despido. En ese sentido, en aras de garantizar la efectividad de la estabilidad laboral descrita, debe aplicarse, en forma

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-469 de 2004.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-238 de 2008.

análoga, la fórmula genérica consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según el cual:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Ello, como se dijo anteriormente, con miras a garantizar la efectividad de la estabilidad laboral de estas personas que, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 13 de la Constitución Política merecen una protección especial por parte del Estado, y que en aplicación del artículo 95 Superior demandan un deber de solidaridad por parte de todos los ciudadanos colombianos debido al estado de debilidad manifiesta en la que se encuentran; lo cual redundará en una especial protección.

La protección constitucional especial de personas portadoras de VIH/SIDA y la prohibición de discriminación por esta condición. Reiteración de jurisprudencia.

7.- De acuerdo con el inciso 3° del artículo 13 de la Constitución Política de 1991, es deber del estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará cualquier abuso o maltrato que contra ellos se cometan.

Ello, interpretado en armonía con el artículo 47 Constitucional, según el cual, *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”* y el artículo 95 Superior que impone el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, hace que se tenga una especial consideración con las personas portadoras del virus del VIH y que padezcan la enfermedad del SIDA.

En efecto, el VIH (virus de la inmunodeficiencia humana) que es el virus que causa el SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) es una enfermedad mortal *“que afecta el sistema inmunológico de la persona que lo padece para hacer frente a las infecciones y otros procesos patológicos, y se desarrolla cuando el nivel de Linfocitos T CD4 desciende por debajo de 200 células por mililitro de sangre.*

Desafortunadamente, el VIH ataca específicamente a las células que expresan el receptor CD4, una de las más importantes son los linfocitos T CD4+ y entra en ellos.

Una vez dentro, el virus transforma su material genético de cadena simple (ARN) a uno de cadena doble (ADN) para incorporarlo al material genético propio del huésped (persona infectada) y lo utiliza para replicarse o hacer copias de sí mismo. Cuando las nuevas copias del virus salen de las células a la sangre, buscan a otras células para atacar. Mientras, las células de donde salieron mueren. Este ciclo se repite una y otra vez.”⁶⁰

Así pues, debido a la gravedad del virus del VIH/SIDA y las consecuencias adversas y mortales que acarrea sobre la salud de quien lo padece, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la ha calificado como una enfermedad catastrófica o ruinosa, la legislación nacional le ha dado un especial tratamiento a quienes la sufren.⁶¹

Por ello, la jurisprudencia constitucional no ha dudado en calificar a las personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana –VIH/SIDA- como sujetos de especial protección⁶² que merecen un trato preferencial frente a los demás ciudadanos ya que, su padecimiento conlleva el deterioro paulatino y constante de su salud⁶³ que los coloca en un estado de debilidad manifiesta e impone el deber para el Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social con una atención especializada, y a los ciudadanos de obrar conforme al principio de solidaridad, es decir respondiendo con acciones humanitarias frente a dichas personas.⁶⁴

Distinto es el caso de las personas que por las condiciones especiales que las rodea, la Constitución Política ha calificado como sujetos de especial protección, de aquellas que no habiendo sido catalogadas como tales, lo adquieren debido al estado de “debilidad manifiesta” en el que se encuentran. En otras palabras, las personas que se encuentran en estado de “debilidad manifiesta” adquieren la categoría de sujetos de especial protección en razón del deber de solidaridad que le asiste a todos los ciudadanos en aplicación del artículo 95 Constitucional, mientras

⁶⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/AIDS>. Revista de la Asociación Médica Americana.

⁶¹ Decreto 1543 de 1997. “**ARTICULO 21. PROHIBICION PARA REALIZAR PRUEBAS.** La exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) queda prohibida como requisito obligatorio para:

a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;

b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma;

c) Ingresar o residenciarse en el país;

d) Acceder a servicios de salud;

e) Ingresar, permanecer o realizar cualquier tipo de actividad cultural, social, política, económica o religiosa.”

“**ARTICULO 39. LA NO DISCRIMINACION.** A las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo.”

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T238 de 2008: “tanto la ley como la jurisprudencia, han dispuesto garantías específicas de estabilidad reforzada para las mujeres en estado de embarazo y lactancia, así como para las personas con limitaciones físicas o para los trabajadores que tienen fuero sindical, que han sido extendidas por la jurisprudencia constitucional a otras personas que también ostentan dicha calidad y se encuentran en estado de debilidad, como ocurre con los enfermos de VIH/SIDA”

⁶³ Corte Constitucional. Sentencias T-422 de 2007 y T-201 de 2005.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-948 de 2008.

que los discapacitados, las madres cabeza de familia, los niños, los adultos mayores, entre otros, lo ostentan porque la Constitución los ha incluido dentro de esa categoría. En este sentido, los portadores y enfermos del VIH/SIDA son sujetos de especial protección en razón de su estado de “debilidad manifiesta”, lo cual no les impide continuar con el ejercicio de sus funciones, salvo ciertos casos excepcionales.

En este orden de ideas, esta Corporación en sentencia T-469 de 2004 ordenó a la Clínica del Prado en la ciudad de Santa Marta reintegrar transitoriamente a una auxiliar de enfermería portadora del virus VIH/SIDA y a la cual se le había terminado su contrato de trabajo bajo el argumento de “*vencimiento del plazo pactado*” por considerar que: *“la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional han considerado que las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana constituye una población vulnerable sujeta a una especial protección constitucional. Si bien su salud no se ve afectada ni su capacidad laboral reducida mientras el virus no se manifieste en síntomas, estas personas son susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral. El desempeño de un empleo mientras la enfermedad lo permita, en unas condiciones que sean favorables al estado físico del trabajador y que a su vez prevengan la propagación de la epidemia, resulta trascendental para la materialización de los derechos fundamentales de los infectados. La discriminación laboral en razón a su padecimiento, por el contrario, coloca al enfermo en una difícil situación económica y social que vulnera su dignidad, pudiendo llegar a afectar también sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social y al trabajo. El Estado, las empresas (que conforme al artículo 333 de la Constitución cumplen una función social) y los miembros de la comunidad tienen unos deberes positivos orientados a responder con acciones humanitarias a favor de las personas en condiciones de debilidad manifiesta, lo que permite la realización de los valores superiores de la solidaridad, la dignidad humana, el trabajo, la igualdad y la vida asegurando una mayor protección de esta población, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social más justo.”*

En igual sentido, la Corte en sentencia T-238 de 2008, concedió la protección laboral reforzada de manera transitoria a un trabajador que había sido despedido de Servientrega por “*supresión del cargo*” bajo el entendido de que: *“el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta al ser portador del VIH/SIDA, situación que le da derecho a una especial protección constitucional en el ámbito laboral, en atención a los principios de la solidaridad y de estabilidad laboral reforzada previamente descritos”*.

Del caso en concreto.

8.-Con base en las consideraciones anteriores, entra la Sala a determinar si procede el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, integridad física, mínimo vital, seguridad social y salud del señor Johan Manuel Mora Ramírez ante la terminación unilateral del contrato individual de trabajo inferior a un (1) por parte de la Empresa Proyecto e Inversiones TPS S.A.

9.- El accionante acude al mecanismo de la acción de tutela con el fin de que se ordene a la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. reintegrarlo al cargo que venía

ocupando o a uno igual o de mejores condiciones laborales pues, a su juicio la terminación de su contrato laboral se debió a que le fue diagnosticado el virus del VIH/SIDA.

Por su parte, la accionada sostiene que ella nunca tuvo conocimiento de que el señor Johan Manuel Mora Ramírez fuera portador del virus VIH/SIDA sino hasta el día en que, teniendo lugar la Diligencia de Conciliación ante el Inspector de Trabajo, manifestó tal hecho. En ese sentido, afirma que la terminación del contrato individual de trabajo suscrito con el peticionario se debió a una reestructuración administrativa al interior de la Empresa.

10.- Así las cosas, esta Sala encuentra que Johan Manuel Mora Ramírez es una persona portadora VIH/SIDA tal como lo acreditan los exámenes médicos practicados al mismo⁶⁵ por parte de los especialistas adscritos a la EPS Sanitas y por las manifestaciones realizadas por el médico particular de la Empresa al accionante⁶⁶. Esa circunstancia, lo hace ser un sujeto de especial protección constitucional como quiera que está en riesgo su salud y vida por el sólo hecho de su enfermedad y lo coloca en un estado de “debilidad manifiesta” que impone el deber a la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. de obrar conforme al principio de solidaridad, es decir desplegando acciones humanitarias frente a Johan Manuel Mora Ramírez.

Por ello, le cabe toda la razón al Juez de Primera Instancia al sostener que *“el empleador ocupa un papel principal, pues de sus acciones, en forma positiva o negativa, depende, la estabilidad laboral, un ambiente laboral sano, el acceso a la seguridad social, entre otras, por lo cual, se exige de este entre otros principios, especialmente, la Solidaridad, aspecto primordial y sensible, frente a una persona que padezca una enfermedad como el VIH.”*⁶⁷, y afirmar que *“frente a la situación del accionante no se compadece y puede ser que en esta instancia de tutela, no sea suficiente el acervo probatorio para demostrar que se tuviera conocimiento de la enfermedad del afectado al momento del despido, as sin embargo, no tuvo la grandeza de reevaluar su posición, al momento en que no cabe duda se enteró de ello, que fue ante el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL en diligencia llevada a cabo el 7 de mayo de 2008, sin que se lograra conciliar su posición vulneratoria de los derechos fundamentales del accionante.”*⁶⁸

11.- Ahora bien, como quiera que la jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que el despido de una persona portadora del virus de la inmunodeficiencia humana – VIH/SIDA- se presume por causa de su enfermedad, correspondiéndole al empleador desvirtuar tal presunción demostrando una *causa objetiva* que justifique su proceder, la Sala encuentra que en el caso *sub examine* la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. no demostró dicha *causa objetiva* justificativa de su actuar por lo que la presunción no se desvirtuó. Y, aunque la accionada afirma que, ello obedeció a una reestructuración administrativa, tan sólo aportó pruebas del tres (3) despidos (con sus correspondientes liquidaciones y contratos de trabajo) pero no de la reestructuración.⁶⁹

⁶⁵ Cuaderno 1, folios 24 y 25.

⁶⁶ Cuaderno 1, folio 1.

⁶⁷ Cuaderno 1, folio 90.

⁶⁸ Cuaderno 1, folio 91.

⁶⁹ Cuaderno 1, folios 49 a 80.

Por otro lado, la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. sostiene que no conocía que el accionante padeciera el virus de la inmunodeficiencia humana –VIH/SIDA- sino hasta el día en que tuvo lugar la Audiencia de Conciliación ante el Inspector de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, cuando el trabajador así expresó.⁷⁰

Sin embargo, hay ciertos y graves indicios que demuestran que la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. tenía conocimiento de que el señor Johan Manuel Mora Ramírez padecía el virus del VIH/SIDA. En efecto, afirma el accionante que *“el medico de la empresa, luego de revisar mi historia clínica e indagar sobre mis funciones (me preguntó si realizaba alguna acción donde pudiera cortarme) y la posibilidad de contagio que podía tener en el desempeño de mi labor”*⁷¹ y que, el mismo al mirar las incapacidades otorgadas por la EPS Sanitas⁷² y de leer la palabra CANDIDIASIS le manifestó que *“esa enfermedad le daba al que tenía VIH”*.⁷³

Con ello, para esta Sala es evidente que la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. conocía o sospechaba que el señor Johan Manuel Mora Ramírez era portador del VIH/SIDA y, además, demuestra que la accionada no tiene interés en mantenerlo en su planta. Ello, constituye en un acto abiertamente discriminatorio y violatorio del principio de igualdad.

12. Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que, conforme al certificado de aptitud laboral emitido por la Unidad Médica Juan Bautista y Cia Ltda.⁷⁴, el señor Johan Manuel Mora Ramírez está facultado para ejercer el cargo que venía ocupando sin ninguna posibilidad de contagio pues, sus labores son meramente administrativas^{75,76}.

Sobre el particular es importante aclarar que si bien, la actuación de la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A. al remitir a Johan Manuel Mora Ramírez al médico particular de la sociedad habida cuenta de sus incapacidades, es adecuada y conforme lo prescribe el inciso 3° del artículo 3° de la Resolución 2346 de julio 16 de 2007 según el cual: *“El empleador deberá ordenar la realización de otro tipo de*

⁷⁰ Cuaderno 1, folio 53.

⁷¹ Cuaderno 1, folio 1.

⁷² Cuaderno 1, folios 26 y 28.

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ Cuaderno 1, folio 30.

⁷⁵ Cuaderno 1, folio 23.

⁷⁶ Al respecto, consúltese la sentencia T-948 de 2008 en la que se señaló: *“La mera condición de portador del VIH no puede ser argumento para descomponer de un tajo la profesión o la carrera de una persona a pesar de ser portadora del VIH, ya que dicha condición no constituye razón suficiente para plantear alternativas de reubicación profesional. Este tipo de decisiones deben analizarse en cada caso y de esta manera adoptarse las medidas de bioseguridad y atención del paciente necesarias a ese caso específico. Los factores determinantes del riesgo para la salud de un profesional de salud infectado con el VIH, están relacionados con su estado inmunológico, el tipo de ambiente ocupacional al que se exponga y al correcto uso de las barreras de protección ya que la práctica cuidadosa de los procedimientos de control de infecciones, protegen a los pacientes y a los proveedores de atención en salud, contra las enfermedades infecto-contagiosas. Por ello, en principio las medidas restrictivas que se adopten contra este grupo históricamente discriminado, no pueden significar el confinamiento del ejercicio de su profesión, por su mera condición, así que en cada caso concreto deberán analizarse las particularidades del mismo y observar si la medida restrictiva o el trato diferencial se adapta o no a la Constitución.”*

evaluaciones médicas ocupacionales, tales como post-incapacidad o por reintegro, para identificar condiciones de salud que puedan verse agravadas o que puedan interferir en la labor o afectar a terceros, en razón d situaciones particulares”, también lo es que, dicha facultad legal otorgada al empleador es constitucional siempre que la información que se extraiga de dicho examen médico se mantenga en una estricta reserva sin desconocer los derechos fundamentales a la intimidad y dignidad humana de la persona sobre la cual se practican las pruebas médicas.

En este orden de ideas, esta Sala confirmará las decisiones tomadas en primera instancia, por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, y en segunda instancia, por el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR los fallos proferidos, en primera instancia por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá el día dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008) y, en segunda instancia dictado por el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de Bogotá, el día ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008) dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Johan Manuel Mora Ramírez contra la Empresa Proyecto e Inversiones TPC S.A., por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Sentencia T-643/15

CARACTER SUBSIDIARIO Y RESIDUAL DE LA ACCION DE TUTELA-

Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-

Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE-

Criterios para determinar su configuración

EDAD DE RETIRO FORZOSO Y MINIMO VITAL DEL ADULTO MAYOR-

Estado debe garantizar una vejez digna y plena al finalizar vida laboral

EDAD DE RETIRO FORZOSO COMO CAUSAL DE DESVINCULACION DE

DOCENTES AL SERVICIO DEL ESTADO-Regulación

En relación con el régimen especial que se aplica a los docentes que se encuentran al servicio del Estado, es preciso aclarar que el Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, en el artículo 31, se determina que: “El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.” La edad de retiro forzoso, como causal de desvinculación del servicio, es acorde con los mandatos previstos en la Constitución, básicamente por la concurrencia de dos razones. En primer lugar, porque se trata de un medio a través del cual “el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad”; y, en segundo lugar, porque con esta medida no se pone en riesgo el derecho al mínimo vital de las personas que son separadas de sus cargos, en tanto, en principio, existen medidas que compensan de forma efectiva la ausencia de los ingresos derivados del trabajo, en particular la pensión de vejez y, en menor medida, las herramientas de asistencia y protección del Estado para las personas de la tercera edad.

EDAD DE RETIRO FORZOSO COMO CAUSAL DE DESVINCULACION DE

DOCENTES AL SERVICIO DEL ESTADO-Subreglas

Las subreglas evidencian una pauta jurisprudencial según la cual no se considera razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se han valorado las circunstancias específicas del trabajador, en aras de evitar una vulneración de sus derechos fundamentales, en específico de su derecho al mínimo vital. Para el efecto, y acorde con el mandato de solidaridad, se ha admitido que “entre más cotizaciones se tenga más deberá propenderse por la obtención de una pensión”, por lo que se ha brindado una defensa por vía constitucional que se ha enfocado en los casos en que el derecho pensional se encuentra pendiente de definición (ya sea por actuaciones negligentes del empleador o de la administradora de pensiones que corresponda) o en las hipótesis en las que realmente el trabajador tiene una expectativa legítima acerca de su reconocimiento, como opera respecto de los denominados prepensionados. Se trata de circunstancias excepcionales que justifican la intervención del juez constitucional,

solamente en aquellos casos en que se acredita la violación de un derecho iusfundamental.

EDAD DE RETIRO FORZOSO Y MINIMO VITAL DEL ADULTO MAYOR-Ordena a Secretaría de Educación reintegrar al accionante al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de similar categoría al que ocupaba, hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina

Referencia: expediente T-4.963.569

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas en contra de la Secretaría de Educación de Pasto y con vinculación al proceso de Fiduprevisora S.A.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Quinto Penal del Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías y por el Juzgado Tercero Penal del Circuito del mismo municipio, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas, a través de apoderado judicial, en contra de la Secretaría de Educación de Pasto y con vinculación al proceso de Fiduprevisora S.A.

I. ANTECEDENTES

El 2 de diciembre de 2014, el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, los cuales consideró vulnerados por haber sido retirado de su cargo con fundamento en la causal de desvinculación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, siendo que su familia dependía únicamente del salario que percibía y que todavía no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

1.1. Hechos

1.1.1. El señor Ángel Tomás Díaz Bastidas, de 67 años¹, fue nombrado como docente al servicio de la Secretaría de Educación del municipio de Pasto por medio del Decreto 0292 del 29 de agosto de 2005.

1.1.2. En la medida en que cumplió los 65 años, dicha Secretaría lo retiró de su cargo a través del Decreto 0098 del 6 marzo de 2013, para lo cual alegó la causal de cumplimiento de la edad de retiro forzoso consagrada en la ley².

1.1.3. Como consecuencia de lo anterior, el actor radicó un derecho de petición el día 12 de marzo de 2013, en el que pidió autorización para continuar con la prestación de sus servicios, mientras se adelantaba el trámite de reconocimiento de la pensión. Para el efecto, alegó que no contaba con ingresos diferentes a los de su salario y que, por virtud de ello, en caso de verse privado de dichos recursos, se pondría en riesgo la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia³.

1.1.4. En respuesta a la citada solicitud, en comunicación del 18 de marzo de 2013, la Secretaría de Educación señaló que:

“Previa solicitud a la Oficina de Prestaciones Sociales de esta Secretaría, respecto a verificar si Usted se encuentra pensionado o en trámite de jubilación, se informa con nota Interna 002 del 15 de marzo de 2013, que aún no ha iniciado trámite alguno ante FIDUPREVISORA S.A para obtener la pensión vitalicia de jubilación. // Por lo anterior no es posible su reintegro laboral y deberá acudir a su fondo de pensiones –Oficina de Prestaciones Sociales de esta Secretaría–, bien sea para reclamar su pensión o la indemnización sustitutiva de pensión en caso de cumplirse los requisitos legales para acceder a ellas. // Solo en aquellos casos en los que se encuentra la expectativa de la inclusión en nómina se ha procedido por parte de esta Secretaría a suspender los retiros forzosos hasta tanto se produzca el pago de las mesadas, caso que no es el suyo; por esta razón se reitera la negación a su reintegro laboral.”⁴

1.1.5. Con posterioridad, mediante escrito del 24 de mayo de 2013, el actor solicitó a la Secretaría de Educación de Pasto el reconocimiento y pago de la “*pensión vitalicia de jubilación por aportes*”⁵. No obstante, dicha autoridad negó el reconocimiento de la citada pretensión mediante la Resolución 1822 del 5 de agosto de 2014, en razón a que la Fiduprevisora S.A precisó que si bien el solicitante cumplió con la edad para pensionarse desde el 7 de marzo de 2005⁶, no tenía el tiempo mínimo de cotización exigido por la ley⁷.

¹ De acuerdo con el texto de la acción de tutela el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas nació el día 7 de marzo de 1948. Sin embargo, no es posible verificar esta fecha toda vez que no hay copia de la cédula de ciudadanía en el expediente.

² Cuaderno 1, folio 12.

³ Cuaderno 1, folio 21.

⁴ Cuaderno 1, folio 20.

⁵ Cuaderno 1, folio 9.

⁶ De conformidad con el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, “*la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, será efectuada a través de las*

1.1.6. El 10 de septiembre del 2014, el actor requirió nuevamente a la entidad accionada su reintegro al cargo que como docente venía desempeñando, para así alcanzar el número de semanas de cotización requeridas a efectos de obtener el derecho pensional. De igual manera, con esta actuación pretendió el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde que se hizo efectivo su retiro, esto es, el 8 de marzo de 2013⁸.

1.1.7. En respuesta del 30 de septiembre de 2014, la Secretaría señaló que esta misma solicitud ya había sido formulada el pasado 12 de marzo de 2013 y su respuesta se había realizado el día 18 del mismo mes y año. Por lo anterior, consideró que: *“es una solicitud reiterativa constituida por la misma causa pretendida, razón por la cual no es procedente revivir lo ya resuelto en el mentado oficio SEM-SAF-0166, en el que se describen los argumentos para no aceptar el reintegro del docente; por tal razón no es favorable atender nuevamente su solicitud”*⁹.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en lo expuesto, el accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada, al considerar que no era procedente el retiro forzoso, por cuanto todavía no se encontraba devengando una pensión que le garantizara una subsistencia en condiciones dignas, situación que constituye una “prohibición de rango constitucional”.

En este sentido, alegó que la administración procedió a su desvinculación conforme a una simple aplicación objetiva de las normas del retiro forzoso por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer un examen o valoración de sus circunstancias particulares, como lo son, “(i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades”; y (ii) la respuesta de fondo en la que se negó la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con dicho proceder, en su opinión, de la posibilidad de

secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o las dependencias que haga sus veces.” Adicionalmente, sostiene que *“[s]in perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.”* Para efectos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se entiende que la sociedad fiduciaria es la Fiduprevisora.

⁷ Sobre el particular se afirma que: *“Que la entidad Fiduprevisora S.A., mediante hoja de revisión con identificador (...) niega la pensión de jubilación solicitada por el docente, y reitera la negativa mediante la siguiente hoja de revisión con identificador (...), teniendo en cuenta que cuando dos aportes concurren en un mismo periodo de tiempo, estos no deben ser contados en forma individual, sino que por el contrario estos deben ser tenidos en cuenta como un único tiempo, motivo por el cual en los apartes señalados en el proyecto de Acto Administrativo de reconocimiento de la prestación estaría errado, no siendo 8666 días. // Que obteniendo como resultado una cifra mayor a la real, aduce la entidad fiduciaria, que a la fecha de status proyectada por SEM-PASTO 07 de marzo de 2013, se tendría como tiempo real de semanas e aportes 1174 semanas, por lo que no se cumple con el requisito para este año, que corresponde a 1250 semanas en el año 2013, por lo cual no es posible dar trámite al reconocimiento de la prestación, toda vez que el docente no cumple con este requisito para la pensión de vejez: Ley 100 de 1993”.*

⁸ Cuaderno 1, folios 13 a 16.

⁹ Cuaderno 1, folio 18.

percibir un ingreso que le permitiese proveerse su subsistencia y la de su familia acorde con la garantía del mínimo vital.

En razón de lo anterior, y como pretensiones específicas, solicitó ordenar a la Secretaría de Educación de Pasto su reintegro sin solución de continuidad al cargo de docente que venía desempeñando, hasta alcanzar el número mínimo de semanas de cotización exigidas para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sujetando el retiro del servicio hasta tanto se garantice la cancelación efectiva de sus mesadas. De igual manera, y como efecto de lo anterior, que se disponga el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde que se hizo efectivo el retiro¹⁰.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. Contestación de la Secretaría de Educación del municipio de Pasto¹¹

1.3.1.1. En respuesta enviada por la Secretaría de Educación se describe el procedimiento administrativo establecido en el Decreto 2831 de 2005¹², con el fin de que un docente pueda reclamar las prestaciones sociales a las que tiene derecho, especialmente en materia pensional. Con posterioridad se afirma que las decisiones que sobre estos aspectos se adoptan por la citada entidad dependen para su validez de las directrices otorgadas por la Fiduprevisora S.A. Con fundamento en ello, se estima que no se incurrió en ningún error cuando se negó el reconocimiento de la mesada pensional reclamada por el accionante.

1.3.1.2. Por otra parte, la Secretaria resalta que el actor ya había interpuesto una acción de tutela para solicitar el reconocimiento de su derecho pensional, cuando no había recibido respuesta por parte de la Secretaría de Educación, en relación con la solicitud radicada el 24 de mayo de 2013. Aun cuando en el trámite del amparo, el Juzgado 4 Civil del Circuito de Pasto decidió tutelar el derecho de petición, también negó la protección solicitada respecto de la pensión de jubilación, al estimar que en el caso concreto no se acreditaba una afectación al mínimo vital, de manera que el demandante podía acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial para resolver su controversia¹³. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por la Sala Civil-

¹⁰ Textualmente, se señala que: “(...) En consecuencia, se ORDENE a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, o el término que el señor juez constitucional considere pertinente para la protección integral de los derechos fundamentales vulnerados, reintegrar y restablecer sin solución de continuidad el cargo de docente que venía desempeñando (...), hasta alcanzar el número de semanas de cotización necesarias para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, supeditado al retiro del servicio educativo hasta tanto se garantice el pago efectivo de la mesada pensional. // Así mismo, pagar por concepto de salarios y prestaciones sociales los valores dejados de percibir (...), desde la fecha efectiva de retiro del docente por haber cumplido la edad de 65 años, hasta el reintegro al cargo que venía desempeñando en la I.E.M. ciudad de Pasto”.

¹¹ Cuaderno 1, folios 36 a 38.

¹² “Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.”

¹³ Sentencia del 26 de mayo de 2014. Cuaderno 1, folios 40 a 48. En lo que atañe a esta última pretensión, en el aparte pertinente del fallo en cita, se manifestó que: “Luego, los argumentos por los cuales se exige el reconocimiento de la prestación económica, es un asunto que en exclusiva debe ser atendido por las autoridades administrativas y jurisdiccionales competentes, pues no es atribución del juez constitucional el inmiscuirse en el

Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, mediante sentencia del 8 de julio de 2014¹⁴.

1.3.1.3. Del resumen realizado, esta Sala de Revisión observa que no existió un pronunciamiento expreso respecto de las presentaciones que justifican el presente amparo, en el que básicamente se alega un derecho al reintegro, en la medida en que la contestación se enfoca en la improcedencia de conceder el acceso a un derecho pensional, entre otras razones, por la garantía de la cosa juzgada constitucional.

1.3.2. Contestación de la Fiduprevisora S.A.¹⁵

En contestación del 9 de diciembre de 2014, la Fiduprevisora solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por pasiva, al carecer de competencia para resolver de fondo la cuestión planteada por el tutelante, ya que la decisión sobre el reintegro se inscribe en el ámbito exclusivo de las atribuciones de la Secretaría de Educación.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera instancia

En sentencia del 18 de diciembre de 2014, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto con Funciones de Control de Garantías concedió el amparo solicitado respecto del derecho al mínimo vital y dejó sin efectos el acto administrativo que retiró al accionante del servicio.

Para justificar esta decisión, en primer lugar, consideró que la tutela bajo examen tiene un objeto diferente al primer proceso de amparo surtido en favor del accionante, ya que en esta ocasión no se persigue una respuesta a su solicitud pensional, ni el reconocimiento directo de dicha prestación; sino que, por el contrario, lo que se pretende es el reintegro a su cargo para completar las semanas que necesita para

trasegar propio de tales especialidades, bajo el pretexto de auscultar un desconocimiento iusfundamental que se ha mostrado sólo como aparente. // Y es que ni tan siquiera se cumplen con los requisitos jurisprudencialmente señalados para hacer procedente el amparo constitucional excepcional, puesto que es obligación de quien pretende ser beneficiario de una obligación prestacional, además de afirmar que se encuentra en estado de vulnerabilidad, aportar prueba sumaria para lograr tal propósito, sin embargo el accionante no aporta ningún medio probatorio, que permita comprobar que evidentemente, se encuentra quebrantado su derecho al mínimo vital. // Así las cosas, al no existir prueba alguna que permita demostrar que el promotor de la acción constitucional de amparo afronta una difícil condición de subsistencia; ha quedado comprobado que no se encuentran motivos objetivamente razonables por los cuales el reclamante se entre impedido para, de ser el caso, adelantar las acciones legales necesarias para salvaguardar las prerrogativas que considera conculcadas, ya que es este un asunto que escapa a la competencia asignada a la acción constitucional procurada. // (...) Tampoco se enmarca en el escenario de ineficacia del medio judicial ordinario, en razón a que de la prueba militante en el plenario no se advierte que el actor se encuentre en condición de vulnerabilidad o discapacidad, por lo que es claro que no se trata de un sujeto de especial protección constitucional o de persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, que haga parte de grupos vulnerables, que tenga afectado su mínimo vital, y que por esas razones la acción de tutela sea procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales”.

¹⁴ Cuaderno 1, folios 49 a 65.

¹⁵ Cuaderno 1, folios 33 y 34

acceder a la pensión de vejez. En este sentido, afirmó que el actor *“ya tiene la certeza y acepta que le faltan unas pocas semanas para acceder”* a su jubilación¹⁶.

En segundo lugar, en cuanto a la procedencia del amparo, sostuvo que si bien la entidad demandada obró de acuerdo con una exigencia legal, *“omitió la verificación de que el docente cuente con el reconocimiento y la inclusión en nómina de pensionados, como lo dispone la jurisprudencia constitucional, viéndose afectado como consecuencia de ello, el derecho al mínimo vital del accionante.”*

Luego de transcribir apartes de las Sentencias T-495 de 2011 y T-294 de 2013, el *a quo* señaló que una persona que cumple la edad de retiro forzoso, sin que se le reconozca la pensión de vejez por no acreditar la totalidad de los requisitos, tiene derecho a ser reintegrada a su cargo hasta lograr alcanzar las semanas de cotización requeridas, siempre que para ello le falte un término igual o menor a tres años.

De donde resulta que, al aplicar la citada regla al caso concreto, se obtiene que si al actor le hace falta cotizar 1036 días para acceder a su pensión, tiempo que convertido en años es inferior a tres, debe concederse el amparo y ordenarse su reintegro, *“hasta tanto le sea reconocida y comience a disfrutar [de] la pensión de vejez o, en su defecto, [de] la prestación económica a la que tenga derecho y que resulte más beneficiosa para el peticionario, entre aquellas previstas en el régimen que regula sus derechos pensionales.”* Como consecuencia de lo anterior, y al considerar que la citada orden debe operar sin solución de continuidad, se dispuso igualmente el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desde su desvinculación hasta que se haga efectivo el reintegro.

2.2. Impugnación

En el recurso de apelación presentado por la Secretaría de Educación de Pasto, se alegó que en el caso concreto no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, dado que existen otros instrumentos judiciales a los que el actor podría acudir para satisfacer sus pretensiones.

Por otra parte, se afirmó que también existe un desconocimiento del principio de inmediatez (CP art. 86), pues el accionante sólo acudió al amparo luego de transcurridos 21 meses desde cuando se produjo su retiro, lo que convierte al mecanismo tutelar en un instrumento sustitutivo de las vías ordinarias dirigido a corregir la inacción del actor, en especial, en lo que respecta a la posibilidad de cuestionar por la vía contenciosa el acto de retiro.

Por último, señaló que al momento de disponer su desvinculación del servicio, en su historia laboral sólo se registraba el tiempo laborado desde el año 2005 con la Secretaría de Educación, sin acreditar cotizaciones adicionales o el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión. De esta manera, afirma que no tenía forma alguna de prever que podría tratarse de un funcionario con una condición laboral especial y que la misma ameritara una hipótesis de reintegro, lo que en cualquier circunstancia descarta el pago de salarios y prestaciones sociales ordenados por el juez

¹⁶ Cuaderno 1, folio 108.

de instancia, incluso en caso de considerarse que se satisfacen en el asunto bajo examen los requisitos de subsidiaridad e inmediatez.

2.3. Segunda instancia

En sentencia del 6 de abril de 2015, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto revocó la decisión del *a quo*, al estimar que en el asunto *sub-judice* no se satisfacen los citados requisitos de subsidiaridad e inmediatez en que se funda el amparo constitucional.

Inicialmente el *ad quem* resaltó que las pretensiones de reintegro y de pago de acreencias laborales pueden demandarse ante los jueces ordinarios, por lo que la tutela solo está llamada a prosperar si se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, en especial, en lo que atañe a la garantía del mínimo vital. En este orden de ideas, y reiterando lo señalado en la Sentencia T-383 de 2001, se manifiesta que *“el perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable”*.

Al analizar las circunstancias que rodean el presente caso, en criterio de la autoridad judicial de segunda instancia, aun cuando *prima facie* puede considerarse que el no percibir un salario y no tener una mesada pensional pueden generar un deterioro importante en relación con las condiciones básicas de subsistencia de una persona, en el caso concreto no se cumplen con los requisitos de inminencia, gravedad, impostergabilidad y urgencia que explican la irremediabilidad de un perjuicio.

Para el efecto, se afirmó que: *“en el presente asunto no [se] puede pasar [por alto] el considerable tiempo transcurrido entre la presunta ocurrencia del daño derivado del retiro del servicio del señor Díaz Bastidas de su cargo como docente, acaecido en marzo de 2013, y la efectiva interposición de la acción tutelar, esto es, diciembre de 2014, interregno de nada más y nada menos de veintiún (21) meses que desde de los rasgos que componen el núcleo de un perjuicio que se pregona como irremediable, comoquiera que no se avizora como inminente y grave, ni la tutela se erige como una medida de corrección urgente e impostergable cuando es lo cierto que el accionante dejó pasar tan considerable lapso de tiempo”*.

Esta situación además de descartar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, puso de presente el grave desconocimiento del principio de subsidiaridad, ya que lo que se pretende es revivir una disputa frente a la cual, en su momento, el actor pudo interponer recursos administrativos, así como acudir a las vías judiciales ordinarias para cuestionar el acto que dispuso su retiro.

Finalmente, la demora en la interposición del amparo también denotó una falta de cumplimiento del requisito de inmediatez, aunado a que el caso concreto no resulta comparable frente a los precedentes que fueron citados por el juez de primera instancia para conceder el amparo¹⁷.

¹⁷ Sobre el particular, se manifestó que: *“Habrá que decir además que si bien es cierto que la primera instancia da por acreditada la procedencia de la pretensión de reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir desde el momento de desvinculación del docente hasta la fecha del reintegro efectivo, de manera por demás automática*

III. PRUEBAS

3.1. Copia del Decreto No. 0098 del 6 de marzo de 2013 proferido por la Secretaría de Educación del municipio de Pasto, *“Por medio de la cual se retira del servicio al señor ANGEL TOMAS DIAZ BASTIDAS, (...), por haber cumplido la edad de retiro forzoso”*¹⁸.

3.2. Copia de la petición que presentó el actor el 12 de marzo de 2013 ante la Secretaría de Educación de Pasto, con el fin de solicitar que se le autorizara continuar laborando mientras se adelantaba el trámite de reconocimiento de la pensión de jubilación, ya que no contaba con ingresos diferentes a los del salario que percibía para atender sus necesidades básicas y las de su familia¹⁹.

3.3. Copia de la respuesta que otorgó la Secretaría de Educación de Pasto a la comunicación anunciada en el numeral anterior, en la cual se señaló que no era posible proceder con el reintegro y que debía acudir ante las autoridades competentes, *“bien sea para reclamar su pensión de jubilación o la indemnización sustitutiva”*. Al respecto, se manifestó que: *“[s]olo en aquellos casos en los que se encuentra la expectativa de la inclusión en nómina se ha procedido por parte de esta Secretaría a suspender los retiros forzosos hasta tanto se produzca el pago de las mesadas, caso que no es el suyo; por esta razón se reitera la negación a su reintegro laboral.”*²⁰

3.4. Copia de la Resolución No. 1822 del 5 de agosto de 2014 que profirió la Secretaría de Educación del municipio de Pasto, *“[p]or la cual se resuelve una solicitud de pensión de jubilación por aportes”*. En este documento, como previamente se manifestó, la entidad demandada negó el reconocimiento del derecho pensional reclamado con fundamento en una precisión realizada por la Fiduprevisora S.A., en lo que atañe al tiempo de cotización que se había establecido en el proyecto de acto administrativo. En concreto, se afirma que no estaban acreditadas las 1250 semanas necesarias para adquirir la mesada pensional en el año 2013, pues sólo se verificaron un total de 1174 semanas²¹.

cuando alude aplicar sin más, el criterio dispuesto por el precedente jurisprudencial proferido sobre el particular en ‘supuestos fácticos idénticos al que nos ocupa’, no lo es menos que la detenida revisión de la línea jurisprudencial que cita el fallo objeto del recurso de alzada (sentencias T-495 de 2011 y T-294 de 2013), distan de las particularidades propias del sub lite, especialmente en lo que a la interposición de los recursos ordinarios frente a las resoluciones de despido por edad de retiro forzoso y de la formulación de la acción de amparo atañe, pues se advierte que en tales casos no sólo se agotaron los recursos de reposición en contra de los actos administrativos que dispusieran la desvinculación del servicio, a diferencia de lo acaecido en el asunto de marras, sino que ante la negativa proferida por la administración, los interesados acudieron a la acción de tutela en un término más que prudencial en procura de la protección de sus derechos fundamentales, siendo además que alegaron la concurrencia de especiales condiciones de vulnerabilidad adicionales, cuales son, el delicado estado de salud de la cónyuge del accionante y la presencia de discapacidad visual total del otro, respectivamente. // Contrario sensu, el señor Días Bastidas ni agotó la interposición de los recursos que tenía a su alcance al momento de proferirse el acto administrativo que lo retiraba del servicio, ni acudió a la tutela como mecanismo para conjurar un perjuicio irremediable en un término que permita inferir que el no pago del que alega era su único ingreso de sostenimiento propio y familiar, se constituía como una afrenta a sus derechos fundamentales (...)”

¹⁸ Cuaderno 1, folio 12.

¹⁹ Cuaderno 1, folio 21.

²⁰ Cuaderno 1, folio 20.

²¹ Cuaderno 1, folios 9 a 11. Según lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

3.5. Copia de una segunda comunicación que envió el apoderado judicial del señor Ángel Tomás Díaz Bastidas el 10 de septiembre de 2014, en la que solicitó nuevamente el reintegro –sin solución de continuidad– al cargo que venía desempeñando como docente, con el fin de alcanzar el número de semanas de cotización exigido para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. De igual manera, con esta actuación, requirió el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde que se hizo efectivo su retiro, esto es, el 8 de marzo de 2013²².

3.6. Copia de la respuesta que envió el 30 de septiembre de 2014 la Secretaría de Educación de Pasto a la petición resumida en el numeral anterior, en la que explica que dichas pretensiones ya habían sido presentadas por el accionante por primera vez el 12 de marzo de 2013, luego de expedido el decreto que dispuso su retiro del servicio. Ante lo expuesto, se consideró *“que es una solicitud reiterativa constituida por la misma causa pretendida, razón por la cual no es procedente revivir lo ya resuelto (...); por tal razón no es favorable atender nuevamente su solicitud”*²³.

3.7. Copia de la declaración extraprocesal rendida por el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas ante la Notaría 4 de Cali el 24 de noviembre de 2014, en la que manifiesta que dependía exclusivamente del salario que tenía asignado como docente de filosofía vinculado a la Secretaría de Educación de Pasto, ingresos que además cubrían los gastos del hogar y su familia²⁴.

3.8. Copia de un contrato de anticresis sobre un bien inmueble que suscribió la esposa del accionante con una tercera persona, en el que se señala que la entrega se produce como garantía de una deuda que la primera asumió respecto de la segunda por la suma de \$ 20.000.000 de pesos²⁵.

3.9. Copia de la sentencia del 26 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado 4 Civil del Circuito de Pasto, como consecuencia de una acción de tutela promovida por el señor Díaz Bastidas, para solicitar el reconocimiento de la pensión de jubilación. Aun cuando se decidió amparar el derecho de petición en tanto no se había dado una respuesta de fondo frente a lo pretendido, se negó la protección en lo que atañe a la obtención de una mesada pensional, por cuanto en el caso en concreto no se acreditó una afectación al mínimo vital, pudiendo el actor acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial para resolver su controversia²⁶.

3.10. Copia de la Sentencia del 8 de julio de 2014, que profirió en segunda instancia la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en el marco del proceso descrito en el numeral precedente, en la cual se decidió confirmar la providencia del *a quo*²⁷.

IV. CONSIDERACIONES

²² Cuaderno 1, folios 13 a 16.

²³ Cuaderno 1, folio 18.

²⁴ Cuaderno 1, folio 25.

²⁵ Cuaderno 1, folio 24.

²⁶ Cuaderno 1, folios 40 a 48.

²⁷ Cuaderno 1, folios 49 a 65.

4.1. Competencia

La Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte Constitucional, mediante Auto del 24 de junio de 2015, dispuso la revisión de la citada sentencia de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

4.2. Trámite en sede de revisión

En Auto del 31 de julio de 2015, el Magistrado Sustanciador ofició al señor Ángel Tomás Díaz Bastidas, con el fin de precisar información relacionada con los hechos del caso. Para el efecto, se formularon varias preguntas, las cuales fueron resueltas por el accionante a través de comunicación recibida el 12 de agosto del año en curso.

En términos generales, el actor manifestó que su grupo familiar está integrado por su esposa y dos hijos mayores de edad. Resaltó que estos últimos se encuentran estudiando y de forma puntual precisó que uno de ellos cursa medicina en la Universidad de Caldas. Sostuvo que antes de su desvinculación “*solventaba todos los gastos y necesidades básicas de [sus] dos hijos y de [su] esposa*”, siendo esta última quien en la actualidad “*debe cancelar el ciento por ciento de las expensas familiares que se presenten.*”

En cuanto a sus ingresos y egresos mensuales, incluidos aquellos que posiblemente estén percibiendo su esposa e hijos, el accionante manifestó que:

“Respecto de los ingresos mensuales de mi familia, únicamente tenemos el salario que devenga mi esposa (...) en [un] Instituto de Educación para el Trabajo (...), que asciende al valor de un millón quinientos mil pesos \$1.500.000.

Los egresos mensuales se discriminan de la siguiente manera: en primer lugar se encuentran los gastos de manutención de mi hija (...), que se encuentra en la ciudad de Manizales cursando estudios superiores [y por la cual] tenemos que cancelar la suma de ochocientos mil pesos \$800.000 mensuales que corresponde a: alimentación, vivienda, transporte y material académico.

En segundo lugar, se encuentran los gastos que genera mi hijo (...), concernientes a vestido, transporte y estudio en Pre-icfes HUMAT de la ciudad de Cali que ascienden a la suma de cuatrocientos mil pesos \$400.000 mensuales.

Así mismo, se cancela un canon de arrendamiento por el valor de arrendamiento por el valor de setecientos mil pesos \$ 700.000 mensuales, de un apartamento ubicado en la siguiente dirección: (...). En el cual resido con mi esposa y mi hijo (...).

Nos trasladamos de la ciudad de Pasto a la ciudad de Cali por razones de trabajo para mi esposa y debido a mi desvinculación como docente.

Algunos gastos familiares se están pagando con la suma de veinte millones de pesos \$20.000.000 que fueron entregados [en calidad de préstamo por una tercera persona], teniendo en cuenta el contrato de anticresis que suscribimos por el término de dos (2) años renovable, los cuales tienen que ser reintegrados en su integridad a la señora [XX].”

En lo que respecta a sus propiedades, específicamente el inmueble otorgado mediante contrato de anticresis como garantía de una deuda que tiene su esposa por veinte (20) millones de pesos, se afirmó lo siguiente:

“Los bienes muebles e inmuebles de mi propiedad y de mi esposa están constituidos por [una] casa de habitación (...) y un automóvil (...) modelo 2008, que se encuentra en la ciudad de Cali y se emplea para transitar en dicha localidad.

El (...) [citado bien inmueble] actualmente se encuentra anticresado a la señora [XX], por el valor de veinte millones de pesos \$20.000.000. Respecto del contrato de anticresis que se suscribió me permito hacer la siguiente precisión: // El contrato de anticresis se encuentra consagrado en el artículo 2458 del Código Civil y que consiste en: “la anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos.” // Sin embargo, en la ciudad de Pasto la figura se emplea de manera diferente, constituyendo un contrato sui generis aceptado por la costumbre y la práctica, en este orden de ideas, dos personas acuerdan, una de ellas, entregar un bien inmueble a la otra, a cambio de una suma de dinero determinada, por un tiempo específico; vencido el término pactado, las partes reintegran el inmueble y la suma de dinero respectivamente.”

Por último, respecto de las razones que condujeron a la necesidad de solicitar un préstamo, se señaló que:

“El contrato de anticresis que se suscribió con la señora [XX], surgió por la necesidad de trasladarnos a la ciudad de Cali debido a mi desvinculación como docente en el Departamento de Nariño y la oferta de trabajo que aceptó mi esposa; la entrega de veinte millones de pesos \$20.000.000 que realizó la señora [XX], permitieron solventar algunas deudas adquiridas y garantizar la manutención de mis hijos y de mi familia por algún tiempo, debido a la difícil situación económica que estamos atravesando. // Ahora bien, como lo señalé anteriormente, esa suma de dinero se debe reintegrar a la señora [XX] una vez caduque el término de dos años por el cual se suscribió el contrato o su prórroga si la hay.”

4.3. Problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las decisiones adoptadas en las instancias judiciales y de la información obtenida en sede de revisión, esta Corporación debe determinar si la Secretaría de Educación de Pasto vulneró los derechos al mínimo vital y a la vida digna del señor Ángel Tomás Díaz Bastidas, al retirarlo del servicio por haber cumplido la edad de retiro

forzoso, sin realizar un examen o valoración de sus circunstancias particulares, en concreto del hecho que se vería privado de un ingreso permanente para satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, cuando le faltan pocas semanas para acceder a la pensión de vejez.

4.3.2. Para dar respuesta al citado problema jurídico, inicialmente esta Sala de Revisión se detendrá (i) en el análisis de procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro a un cargo, en aquellos casos en que se invoca la vulneración del mínimo vital, como consecuencia de la aplicación de la causal de retiro forzoso; luego de lo cual (ii) se estudiará el alcance de dicha causal frente a las medidas de protección que se han adoptado por vía jurisprudencial para garantizar las condiciones básicas de subsistencia de quienes están próximos a obtener una pensión de vejez. Una vez agotado el examen de los asuntos propuestos, (iii) se procederá a la resolución del caso concreto.

4.4. De la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro, en aquellos casos en que se invoca la vulneración del mínimo vital, como consecuencia de la aplicación de la causal de retiro forzoso

4.4.1. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo constitucional sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁸. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”²⁹. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en el desarrollo de los principios constitucionales de autonomía e independencia de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos (i) no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o (ii) no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral³⁰.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999³¹, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad

²⁸ Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010, T-136 de 2010, T-471 de 2014, T-596 de 2014, T-823 de 2014 y T-538 de 2015.

²⁹ Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁰ Véanse, entre otras, las Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

³¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales³².

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible³³. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: *“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser *urgentes*, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser *grave*, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser *impostergable*, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable³⁴.

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008³⁵, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

En cuanto al segundo evento, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que: “el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre

³² Véanse, además, las Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

³³ Sentencia C-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁴ Véanse, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

³⁵ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

las consideraciones de índole formal³⁶. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado³⁷.

Finalmente, reitera la Sala que en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial³⁸. Al respecto, la Corte ha señalado que “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”³⁹.

4.4.2. Estas mismas reglas de procedibilidad han sido reiteradas por la Corte, para examinar aquellos casos en que la acción de tutela se promueve con el fin de solicitar el reintegro a un cargo, por parte de quien se desempeñó como servidor público. Al respecto, y teniendo en cuenta que esa decisión se plasma en actos administrativos de contenido particular y concreto, este Tribunal ha sostenido que el control por vía de nulidad y restablecimiento del derecho⁴⁰, constituye la ruta adecuada e idónea para obtener la satisfacción de dicha pretensión, cuando se producen discusiones en torno a la validez y viabilidad de la determinación adoptada⁴¹.

No obstante, en caso de que la controversia involucre así mismo una disputa constitucional y la misma sea planteada a través del mecanismo del amparo, el juez de tutela debe valorar la agilidad y eficacia de la acción contenciosa, no sólo en relación con el impacto que efectivamente la desvinculación produce en los derechos fundamentales de la persona que ha sido retirada del servicio, especialmente en lo que concierne al mínimo vital, sino también frente a los requerimientos que se derivan de su condición psicofísica (v.gr., su avanzada edad o las limitaciones o discapacidades que posea). En tales circunstancias, y ante la inminencia o consumación de un daño que torne desproporcionado aguardar un pronunciamiento de la justicia administrativa, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela, en algunos casos como

³⁶ Véase, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.

³⁷ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ Igual doctrina se encuentra en las Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

³⁹ Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁰ CPACA, art. 138.

⁴¹ Puntualmente, en la Sentencia T-016 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo, se dijo que: “(...) la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está previsto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”.

medio principal de defensa judicial⁴² y en otros por la vía alternativa del amparo transitorio⁴³, dependiendo de las particularidades de cada caso.

4.4.3. Ahora bien, esta misma regla se ha aplicado en aquellos casos en que la causal que motiva la desvinculación de un servidor público es la edad de retiro forzoso. Al respecto, aun cuando se trata de una hipótesis que envuelve en principio un examen netamente objetivo, vinculado con la acreditación del límite de años dispuesto para permanecer al servicio del Estado, también se ha señalado que su uso se somete al principio de razonabilidad, por virtud del cual antes de proceder a su aplicación, se impone a las entidades públicas el deber de tener en cuenta si al funcionario ya se le ha reconocido un derecho pensional o si tiene alguna otra fuente que le permita asegurar su mínimo vital, con ocasión del tránsito que se produce entre la ejecución de un trabajo y la obtención de un ingreso, frente a una situación de desempleo que lo puede privar de los medios para satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. Precisamente, en la Sentencia T-495 de 2011⁴⁴, se expuso que:

“En suma, la Corte ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión implica privar de un ingreso a una persona de la tercera edad, ello puede tener consecuencias transgresoras de garantías fundamentales que pueden ir desde el derecho al mínimo vital hasta el derecho a la salud. En otras palabras, la desvinculación de los trabajadores por el motivo de alcanzar la edad de retiro forzoso, sin haber alcanzado a cumplir los requisitos para obtener su pensión, debe hacerse con base en argumentos razonables y medidas de proporcionalidad entre la posibilidad legal del empleador de tomar dicha decisión, y la situación de desprotección en que pueda quedar el trabajador; ello porque la omisión del empleador en evaluar las circunstancias particulares del adulto mayor, puede devenir en vulneración de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.”

Como lo destacó la Corte en la Sentencia T-905 de 2013⁴⁵, esta misma línea ha sido acogida por el Consejo de Estado⁴⁶, lo que resalta la procedencia general del

⁴² Un antecedente se encuentra en la Sentencia T-068 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la que se ordenó el reintegro a la Policía Nacional de una persona que había sido desvinculada mediante el uso incorrecto de unas normas sobre aptitud psicofísica, las cuales resultaban inaplicables para el caso concreto. Para efectos de la procedencia de la acción, se tuvo en cuenta la pérdida de capacidad laboral del 40%, la necesidad del actor de recibir atención médica permanente y la afectación –tanto individual como familiar– del mínimo vital.

⁴³ Por ejemplo, en la Sentencia T-424 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se conoció del caso de una señora que fue retirada del servicio por la causal de abandono, la cual alegó su aplicación irregular y el desconocimiento de su condición de aforada sindical. Para la Corte, si bien ambos temas debían discutirse ante los jueces ordinarios (laboral y contencioso), estaban dadas las condiciones para otorgar un amparo transitorio, tanto por las dificultades vinculadas con el mínimo vital, como por la aparente ilegalidad de la decisión adoptada, la cual implicaba una violación al debido proceso. De ahí que, si bien se concedió el amparo, se ordenó acudir ante los jueces competentes para obtener un pronunciamiento definitivo respecto de la validez de la resolución que dispuso su retiro del servicio.

⁴⁴ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁵ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴⁶ En concreto se ha dicho que: “[...] respecto del argumento del actor según el cual no podía ser retirado sin que previamente le hubiera sido reconocida la pensión por su labor en la Justicia Penal Militar, la jurisprudencia ha sostenido que la aplicación de la edad de retiro forzoso como causal de retiro debe ser razonable, atendiendo a las circunstancias especiales de cada servidor, pues se trata de personas de la tercera edad y por ende son sujetos de

contencioso administrativo como vía adecuada para plantear las disputas originadas en su aplicación. Sin embargo, ello no excluye la viabilidad excepcional del amparo constitucional, ya sea como mecanismo definitivo o transitorio de protección, según las particularidades de cada caso, cuando se presente una hipótesis que torne desproporcionado esperar un pronunciamiento de la justicia administrativa, por la situación de desprotección en que puede quedar un trabajador y su familia, especialmente en lo que atañe a la garantía del mínimo vital y, en general, a la vida en condiciones dignas.

En este escenario son varios los elementos de juicio que ha tenido en cuenta la Corte para determinar si es o no procedente el amparo. Así se ha resaltado que la tutela excluye discusiones de mera legalidad (v.gr., en cuanto a la forma del acto), al requerir siempre que la decisión tenga un impacto directo frente a los derechos fundamentales⁴⁷. En cuanto a lo último, la protección generalmente se sustenta en la violación o amenaza del derecho al mínimo vital, pues de lo que se trata es de garantizar que el afectado tenga los medios necesarios que le permitan asegurar su subsistencia⁴⁸. Este examen implica verificar que el salario (ante la falta de una pensión) constituye su única fuente de ingresos o que existiendo recursos adicionales, los mismos son insuficientes para cubrir sus necesidades básicas, bajo un análisis en el que prevalezcan criterios de razonabilidad⁴⁹.

Pero, más allá de lo anterior, el criterio más importante para determinar la procedencia del amparo, se relaciona con *la expectativa real que tiene una persona de obtener una pensión*, pues en caso contrario y ante la carencia de recursos, lo que se activa son los programas de asistencia social que permiten apoyar las situaciones de extrema pobreza⁵⁰; sin desconocer las herramientas alternativas que brinda el sistema integral

especial protección constitucional, lo contrario podría implicar la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital, al privarlo del ingreso necesario para cubrir su necesidades.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP. Alfonso Vargas Rincón. expediente con radicado 25000232500020070118501(1232-09). En esta sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado estudió una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por un magistrado de un Tribunal Superior Militar, quien fue retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sin que se le hubiera reconocido previamente la pensión de jubilación. El Consejo de Estado consideró que la desvinculación de funcionarios por haber cumplido la edad de retiro forzoso debe hacerse en forma razonable, para evitar la vulneración del derecho al mínimo vital de sujetos de especial protección constitucional. Sin embargo, en el caso concreto el Consejo de Estado consideró que la decisión de la administración no había vulnerado los derechos del actor, porque este estaba recibiendo una asignación de retiro desde el año de 1996.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, las Sentencias T-012 de 2009, T-685 de 2009, T-007 de 2010, T-487 de 2010 y T-154 de 2012.

⁴⁸ Sentencia T-294 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Sobre lo anterior, se expuso que: “(...) aunque la Corte ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que declaran la insubsistencia de servidores públicos, también ha admitido su procedencia excepcional para amparar los derechos fundamentales de personas que han sido retiradas del cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando al momento de su desvinculación no habían logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y no cuentan con otra fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas”. Énfasis por fuera del texto original.

⁴⁹ Sentencia T-012 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁰ Esta importante distinción fue desarrollada en la Sentencia T-495 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en los siguientes términos: “(...) el derecho al mínimo vital, que ha sido reconocido por nuestra Constitución Política como un derecho fundamental, también está estrechamente ligado al de la Seguridad social, dado que en esencia, ambos tienen como objetivo evitar que las personas caigan en estado de pobreza; debido a que el aumento de la edad va de la mano con la pérdida de capacidad productiva y la disminución de los ingresos, surge para el Estado,

de seguridad social, como lo son la indemnización sustitutiva⁵¹ o los beneficios económicos periódicos (BPES)⁵², los cuales si bien responden a la necesidad de brindar una alternativa para cubrir el impacto de la falta de ingresos cuando se llega a una edad en la que se dificulta trabajar, no brindan el mismo nivel de protección que otorga la pensión de vejez respecto del mínimo vital. Así, por una parte, la indemnización sustitutiva implica un pago único que no asegura la periodicidad de una renta frente a la prolongación de la vida; y por la otra, en el caso de los BEPS, la suma que se otorga siempre será inferior al salario mínimo legal, lo que probablemente implica el reconocimiento de un valor que no guarda la simetría esperada respecto de la tasa de reemplazo. Como se observa se trata de prestaciones excepcionales previstas para impedir situaciones de miseria, que no tienen el mismo valor cualitativo de la pensión de vejez, en relación con el amparo del mínimo vital de los adultos mayores.

Por ello, en la citada Sentencia T-495 de 2011⁵³, se señaló que respecto del amparo del mínimo vital debe preferirse siempre la solución que permita propender por la obtención de una pensión de vejez, sobre otras alternativas que brinda el ordenamiento jurídico, cuando el nivel de cotizaciones de una persona torne razonable asegurar su reconocimiento. Al respecto, en el fallo en mención, se dijo que:

“Situaciones como la del actor del presente caso, se encuentran ubicadas entre los dos extremos anteriores; más hacia el lado de quienes tienen oportunidad de percibir una pensión, que hacia el lado de quienes tienen que ser protegidos por estado de indigencia porque en un país como Colombia la mayoría de personas de edad avanzada viven sin cobertura de pensiones. Teniendo en cuenta la voz del derecho romano *‘In eo quod plus sit Semper inest et minus’*, en lo que es más siempre está lo menos, los fundamentos constitucionales anteriormente expuestos sirven para concluir que el derecho al mínimo vital de todos los adultos mayores tiene que ser protegido independientemente del punto de la línea en que se encuentren. **Otra cosa es que entre más cotizaciones tenga más deberá propenderse por la obtención de una pensión y si carece de cotizaciones tendría que optarse por asistencia social mediante subsidio. Asimismo, la posibilidad de escoger una indemnización sustitutiva dependiendo del caso, también debe ser protegida por el Estado, la familia y la sociedad, mientras se hace efectiva.**”⁵⁴

la familia y la sociedad, la obligación de proteger el derecho al mínimo vital del adulto mayor; en primer lugar, propendiendo por la obtención de una pensión de vejez, o en su defecto, generando mediante subsidios, iniciativas de asistencia social para proteger a los adultos mayores en estado de indigencia o extrema pobreza.”

⁵¹ Sobre el particular, en el régimen de prima media con prestación definida, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispone que: “*Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado*”.

⁵² El artículo 48 del Texto Superior, en el aparte pertinente, dispuso que: “*(...) la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión*”. El desarrollo normativo sobre los BEPS se encuentra principalmente en el Decreto 604 de 2013.

⁵³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁴ Énfasis por fuera del texto original.

4.4.4. Lo anterior exige examinar lo que ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre las medidas de protección para amparar las condiciones básicas de subsistencia de quienes están próximos a pensionarse, con miras a preservar el derecho al mínimo vital, en aquellos casos en que se invoca como causal de desvinculación la edad de retiro forzoso.

4.5. De la edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de los docentes al servicio del Estado y de las medidas de protección que se han adoptado para garantizar las condiciones básicas de subsistencia de quienes están próximos a obtener una pensión de vejez

4.5.1. El artículo 125 del Texto Superior, incluido en el acápite concerniente al desarrollo de la función pública, señala que el retiro del servicio se hará *“por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley.”* Esto significa que si bien se encuentran definidas por el Constituyente algunas causales de desvinculación, igualmente se otorga una amplia potestad de configuración normativa al legislador, con el propósito de contemplar otras hipótesis que permitan responder a las distintas situaciones que puedan afectar el desenvolvimiento del empleo público⁵⁵.

En desarrollo de dicha habilitación, el legislador dispuso que la edad debía ser considerada como un parámetro para determinar el retiro del servicio, cuando se supone que las personas han llegado al final de su vida laboral, para ello se acudió a la fijación de un criterio objetivo que, por regla general, corresponde a los 65 años.

Sobre el particular, para el personal civil al servicio de la Rama Ejecutiva del Poder Público, el Decreto-Ley 2400 de 1968 estableció que:

“Artículo 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. // Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del artículo 29 de este decreto.”

En armonía con lo anterior, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, dispone que:

“Artículo 41.- Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) **g)** por edad de retiro forzoso (...).”

Al ocuparse del examen de constitucionalidad del precepto consagrado en el Decreto-

⁵⁵ Sentencia C-563 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ley 2400 de 1968, la Corte declaró su exequibilidad en la Sentencia C-351 de 1995⁵⁶, básicamente al considerar que “es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.”⁵⁷

4.5.2. Ahora bien, en relación con el régimen especial que se aplica a los docentes que se encuentran al servicio del Estado, es preciso aclarar que el Decreto 2277 de 1979, “*por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*”, conserva el mismo parámetro previamente mencionado⁵⁸. Al respecto, en el artículo 31, se determina que:

“El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.”

A su vez, el artículo 68 del decreto en cita señala el “cumplimiento de la edad” como una de las causales de retiro de un docente del servicio:

“El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y **se produce** por renuncia, por invalidez absoluta, **por edad**, por destitución o por insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón o del caso previsto en el artículo 7o de este Decreto. (...)”⁵⁹

En concordancia con lo que ya se había señalado respecto del régimen general, esta Corporación realizó un examen de constitucionalidad de la atribución consagrada en el citado artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, como ya se dijo, referente a la procedencia de la causal de edad de retiro forzoso para los educadores al servicio del Estado, y se concluyó que dicha causal se ajusta a la Carta Política, por las siguientes razones:

“[L]a consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato

⁵⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁷ Esta posición fue reiterada en la reciente Sentencia C-616 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, al declarar la existencia de una cosa juzgada constitucional frente al citado artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968.

⁵⁸ El Decreto 2277 de 1979 aplica para los educadores que fueron designados para un cargo docente estatal en propiedad y tomaron posesión del mismo antes de la expedición de la Ley 715 de 2001.

⁵⁹ Énfasis por fuera del texto original.

estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual ‘el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar’ que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de ‘dar pleno empleo a los recursos humanos’ (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.

De igual modo, la fijación legal de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa, no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1°). En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental.

(...) No sobra advertir que, así como ocurre en el caso de otros servidores públicos sujetos a la misma restricción, los docentes al servicio del Estado, una vez han sido retirados del servicio por haber cumplido los sesenta y cinco años de edad, conservan intacta su capacidad de trabajo y, por lo tanto, pueden seguir desempeñando su oficio en un ámbito que no se encuentre sujeto a las restricciones legales propias de la docencia pública como, por ejemplo, la educación en establecimientos de carácter privado. De igual forma, al momento de ser retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, el docente tiene derecho a disfrutar las pensiones de gracia y de jubilación de que tratan los artículos 15-2 de la Ley 91 de 1989, 6° de la Ley 60 de 1993 y 115 de la Ley 115 de 1994.”

De lo anterior se sigue que la edad de retiro forzoso, como causal de desvinculación del servicio, es acorde con los mandatos previstos en la Constitución, básicamente por la concurrencia de dos razones. En primer lugar, porque se trata de un medio a través del cual “el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad”; y, en segundo lugar, porque con esta medida no se pone en riesgo el derecho al mínimo vital de las personas que son separadas de sus cargos, en tanto, en principio, existen medidas que compensan de forma efectiva la ausencia de los ingresos derivados del trabajo, en particular la pensión de vejez (CP art. 48) y, en menor medida, las herramientas de asistencia y protección del Estado para las personas de la tercera edad (CP art. 46).

4.5.3. Así las cosas, bajo la lógica del juicio abstracto, se ha entendido que dicha causal de desvinculación no sólo es constitucionalmente válida, sino que también permite su aplicación sin estar vinculada de forma obligatoria al reconocimiento pensional. En

efecto, si bien uno de los argumentos que apoyan la validez de esta figura es la posibilidad que tienen los servidores públicos de disfrutar el derecho a la pensión de vejez, esto no implica que dicho beneficio sea necesariamente exigible por el hecho de la desvinculación⁶⁰, pues para su obtención deben cumplirse con los supuestos que en materia de semanas de cotización, tiempos de servicio o capital necesario se consagran en la ley, como expresamente lo dispone el artículo 48 del Texto Superior⁶¹. Particularmente, en la Sentencia T-628 de 2006 se señaló que:

“Cabe reiterar igualmente que, si bien es cierto que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 prevé que quien cesa en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se hará acreedor a una pensión de vejez, es igualmente cierto que de la misma no se desprende que necesariamente el cese de funciones que ella ordena esté condicionado al reconocimiento de la pensión a que en ella se alude. Cabe recordar que ello será así según el mismo artículo *‘de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos’*, es decir que ello dependerá del cumplimiento de los requisitos que para el efecto haya establecido la ley sin que pueda entenderse limitada la orden de retiro forzoso por la circunstancia de que los requisitos para pensionarse no se encuentren reunidos”⁶².

Lo anterior conduce, como previamente se dijo, a entender que se trata de una causal que envuelve en su origen un examen netamente objetivo, circunscrito a la acreditación del límite de años dispuesto para permanecer al servicio del Estado, esto es, el tope de los 65 años. Por ello, en principio, la administración pública se entendería plenamente habilitada para disponer sobre la vinculación de una persona, luego de que la misma quedase comprendida dentro del supuesto normativo consagrado en la ley. En efecto, pese a la ausencia de una pensión, habrá casos en que las personas puedan continuar trabajando y que sus rentas e ingresos les permitan un tránsito de una situación de desempleo, a otra en la que puedan cumplir con las exigencias de ley para tener derecho a una jubilación. Incluso, el sistema admite la cotización directa de los interesados, cuando éstos realizan actividades como independientes, pues el principal fin que motiva al régimen de seguridad social es el de asegurar el acceso a una pensión que permita cubrir contingencias según el principio de integralidad⁶³.

4.5.4. Sin embargo, al examinar la aplicación de esta causal en situaciones concretas, la Corte ha podido constatar que el progresivo endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debido al aumento en la edad y al número de semanas

⁶⁰ Sentencia T-865 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶¹ La norma en cita, en el aparte pertinente, dispone que: *“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. (...)”*.

⁶² M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶³ Ley 100 de 1993, art. 2. Esta circunstancia permite distinguir a esta causal de otras cercanas previstas en la ley, como es aquellas que permite el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez (Ley 909 de 2004, art. 41, literal e). Esta norma fue declarada exequible en la Sentencia C-501 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, *“en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”*. Obsérvese como, el supuesto de aplicación de la norma es distinto al de la edad de retiro forzoso, pues supone que el funcionario no ha llegado a dicho límite temporal, pero ya tiene acreditados los requisitos para disfrutar del derecho a su pensión. En términos de edad, lo anterior puede ocurrir si se tiene en cuenta que la exigencia actual es de 57 años para la mujer y 62 para el hombre.

de cotización requeridas⁶⁴, sumado a las dificultades institucionales para dar respuesta oportuna a las solicitudes de reconocimiento pensional, ha llevado a que en no pocos casos las personas alcancen la edad de retiro forzoso sin que aún hayan logrado acceder a una pensión que garantice cualitativamente su mínimo vital⁶⁵, con el inconveniente de que una vez separados de sus cargos no tienen una perspectiva razonable de que puedan conseguir un empleo (v.gr., por sus condiciones psicofísicas o por el tipo de labor que desarrollan) o de que puedan someterse al tránsito de un nuevo proceso de formalización laboral por la falta de ingresos y rentas, sobre todo cuando presentan inconvenientes de salud o tienen bajo su responsabilidad el respaldo económico del grupo familiar.

En respuesta a este tipo de situaciones, esta Corporación ha formulado una regla jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, con el fin de evitar la violación de los derechos fundamentales de los adultos mayores. Específicamente se ha entendido que su aplicación objetiva, sin verificar el contexto en el que tiene lugar su exigibilidad, puede llevar a efectos contrarios a la Carta, al poner a sus destinatarios ante el desconocimiento de su mínimo vital, cuando éstos carecen de las condiciones para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas y todavía no acreditan los requisitos para acceder a una pensión de vejez, existiendo por lo menos una expectativa legítima sobre su reconocimiento⁶⁶.

Bajo este panorama, la Corte ha planteado un conjunto de *subreglas* que parten de la base de inaplicar, para el caso particular y concreto, la causal de desvinculación por edad de retiro forzoso, cuya lógica subyace en la defensa de un derecho *iusfundamental*, sin que ello implique un sacrificio desmedido respecto de los otros principios y derechos que justifican la existencia del retiro, como lo son el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos (CP arts. 13 y 40.7), los mandatos de ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (CP art. 54) y la obligación del Estado de propiciar políticas para dar pleno empleo a los recursos humanos (CP art. 334), ya que en todos los casos la medida de protección es eminentemente temporal y supone la exigibilidad final de esta causal de desvinculación

En este orden de ideas, se ha ordenado el reintegro de los servidores públicos a sus

⁶⁴ Ley 797 de 2003, art. 9, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Allí se observa que desde el año 2003 se produjo un aumento paulatino de las semanas de cotización de un requerimiento inicial de 1.000 hasta la exigencia de 1.300 a partir del año 2015.

⁶⁵ Como previamente se dijo, otras figuras como la indemnización sustitutiva o los BEPS no tienen la periodicidad ni una tasa de reemplazo similar al salario de cotización, por lo que es la pensión de vejez, por su propia naturaleza, la prestación que está íntimamente ligada a la salvaguarda del mínimo vital, ya que permite percibir ingresos cercanos a los ingresos del trabajador, pasa así poder satisfacer sus necesidades personales y familiares, sin sufrir mayores traumatismos, y en unas condiciones que respondan al nivel y a la dignidad de vida alcanzados.

⁶⁶ En concordancia con lo anterior, la Corte ha indicado que: *“la desvinculación de los funcionarios por llegar a la edad de retiro forzoso cumple con ciertos cometidos constitucionales: (i) el derecho al trabajo de quienes aspiran a servir al Estado y (ii) el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos. Pero también ha establecido que, al igual que acontece con las demás instituciones del Estado Social de Derecho, ésta tiene límites. Su aplicación merece ser ponderada, motivo por el cual debe responder a las características peculiares, tanto fácticas como jurídicas de los trabajadores en cada caso concreto, porque estos son sujetos de la tercera edad y por ende titulares de una especial protección constitucional.”* Sentencia T-660 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

cargos, con el objetivo de que un breve y preciso período de tiempo se les defina su derecho pensional y puedan acceder a un ingreso permanente cuya tasa de reemplazo garantice sus condiciones básicas de existencia, en las siguientes circunstancias⁶⁷:

- En primer lugar, cuando el trabajador retirado del servicio ya cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero ésta no ha sido reconocida por demora del fondo de pensiones o por inconsistencias en la historia laboral que deben ser corregidas por dicha entidad. De igual manera, cuando la falta de otorgamiento del derecho pensional, se relaciona con la morosidad en que se incurrió por el empleador en el pago de las cotizaciones a su cargo. En estas hipótesis, este Tribunal ha ordenado el reintegro hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y la inclusión en la respectiva nómina⁶⁸.

- En segundo lugar, cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso, le falta un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez. En esta circunstancia, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social, que establecen la estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres

⁶⁷ En la aplicación de estas subreglas cabe advertir que si bien en todas las sentencias no se ha dispuesto de manera explícita que el reingreso del trabajador se realiza a partir de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de la norma que consagra la edad de retiro forzoso como causal de desvinculación (artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 o artículo 31 del Decreto 2277 de 1979), es claro que el fundamento jurídico para conceder tal orden se origina en la inaplicación de la norma que estipula tal causal, toda vez que su aplicación objetiva en el caso concreto resulta contraria a derechos fundamentales.

⁶⁸ Sobre el particular se pueden consultar las Sentencias T-012 de 2009, T-865 de 2009, T-007 de 2010, T-487 de 2010, T-660 de 2011, T-154 de 2012 y T-718 de 2014. Así, por ejemplo, en la primera de las citadas providencias, esta Corporación se pronunció sobre el caso de un señor que laboró como docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y fue retirado del servicio al cumplir los 65 años. Antes de ser apartado del cargo, había iniciado el proceso para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin obtener un pronunciamiento de fondo. La situación económica del actor lo obligó a acudir a la acción de tutela, ya que con sus ingresos se satisfacían las necesidades básicas de su familia, la cual incluía dos hijos de 11 y 17 años. La Sala Cuarta de Revisión encontró que en el caso concreto existía una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del accionante, de conformidad con los siguientes argumentos: *“Por una parte, [la administración] incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un período superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.”* Por su parte, en la citada Sentencia T-718 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, se revolió el caso de un auxiliar de servicios generales de una institución educativa de Boyacá que fue retirado del cargo por haber cumplido la edad de retiro forzoso. Al momento de su desvinculación se encontraba adelantando los trámites para el reconocimiento de la pensión, pero el proceso se había retardado por algunas inconsistencias en la historia laboral, las cuales debían ser verificadas por Colpensiones. Al momento de resolver el caso concreto, la Sala Primera de Revisión señaló que: *“la Secretaría de Educación de Boyacá vulneró el derecho al mínimo vital del accionante al desvincularlo del cargo de auxiliar de servicios generales por haber cumplido la edad de retiro forzoso, pues no tuvo presente que su salario era su única fuente de ingresos y su situación pensional no se ha resuelto definitivamente, entre otras cosas, porque existen inconsistencias en su historia laboral que la demandada no ha ayudado a aclarar. Esta situación es desproporcionada si se tiene presente el tiempo laborado por el actor dentro de la Secretaría de Educación y la precaria situación económica por la que atraviesa, por lo que no puede aceptarse por la Constitución su desvinculación.”* En definitiva, se ordenó el reintegro del accionante hasta que se resolviera su situación pensional.

años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de entidades públicas en liquidación⁶⁹, pueden –no obstante– ser empleadas como parámetro de definición para establecer cuál es el plazo razonable que permite mantener vinculado a un servidor que alcanza la edad de retiro forzoso, sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el derecho a su jubilación⁷⁰. Por ello, en la mayoría de los casos en que se ha aplicado esta *subregla*, y en aplicación del principio de solidaridad, se ha ordenado el reintegro del trabajador hasta completar dichas cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez⁷¹.

4.5.5. En conclusión, las *subreglas* previamente expuestas evidencian una pauta jurisprudencial según la cual no se considera razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se han valorado las circunstancias específicas del trabajador, en aras de evitar una vulneración de sus derechos fundamen-tales, en específico de su derecho al mínimo vital. Para el efecto, y acorde con el mandato de solidaridad, se ha admitido que “entre

⁶⁹ Sobre el particular se pueden consultar las Leyes 790 de 2002 y 1105 de 2006. De igual manera, la Sentencia C-795 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Hernández.

⁷⁰ En la Sentencia T-495 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se expuso que: “*La Ley 790 de 2002, creó la figura del retén social y dio origen a la noción de prepensionado. Esta figura consiste en una medida de protección a la estabilidad laboral conforme a la cual, en el desarrollo del ‘Programa de Renovación de la Administración Pública’, ciertos grupos de la población no pueden ser retirados del servicio. Uno de estos grupos está conformado por los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez. (...) Si bien los destinatarios de esa figura son los servidores públicos vinculados a una entidad estatal destinada a liquidarse en virtud [del citado programa] (...), que no es el caso que nos ocupa, el ejemplo sirve como parámetro de interpretación jurídica para no tomar estas decisiones únicamente bajo criterios objetivos*”.

⁷¹ El primer antecedente cercano a este tipo de decisiones se encuentra en la Sentencia T-496 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que se resolvió el caso de una mujer que fue retirada del cargo de auxiliar de servicios generales de un hospital del Estado por haber cumplido 65 años, pese a que aún le faltaban dos años para tener el tiempo requerido para completar el derecho a la pensión de vejez. En relación con el asunto propuesto, este Tribunal manifestó que “*el Hospital procedió a hacer efectiva la decisión del retiro forzoso sin que la situación particular de la actora hubiese estado definida y en consonancia con los derechos y principios constitucionales, ocasionándole un perjuicio grave, ya que dejó de percibir el único ingreso que servía de sustento a su familia, con el agravante de que dentro [de la misma se encontraba] un niño, situación que (...) [tendía] a empeorar por la falta de recursos económicos para cumplir con todas las obligaciones que [demandaba] el sostenimiento [del] hogar.*” En la parte resolutive, se ordenó el reintegro de la actora y se le otorgó la posibilidad para que, en un plazo razonable de un mes, informara por escrito a la entidad empleadora si optaba por seguir cotizando al sistema o si, en su lugar, se acogía a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sólo en este último caso se consagró la prohibición de desvinculación hasta que se hiciese efectivo el pago de la citada prestación. No obstante, más adelante, en la Sentencia T-495 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte conoció del caso de un celador que prestaba sus servicios en una institución educativa y que fue retirado por cumplir 65 años. Al analizar el caso concreto, este Tribunal encontró que se presentaba una violación del derecho al mínimo vital de una persona de la tercera edad, quien junto con su esposa padecía graves enfermedades, lo que conducía a la procedencia del amparo con el fin de que el actor alcanzará el tiempo de cotización exigido en aras de obtener la pensión de vejez (2 meses y medio), resaltando que su reconocimiento constituye el principal fin al que aspira la Constitución en términos de protección al adulto mayor. En definitiva, se ordenó el reintegro del accionante a su cargo sin solución de continuidad, hasta que se le reconociera y pagara la pensión de vejez. Una decisión en el mismo sentido se adoptó en la Sentencia T-294 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, al disponer el reintegro de un educador en situación de discapacidad al que le faltaban aproximadamente dos años para acceder a la pensión de jubilación. En la parte resolutive se dispuso que: “*Esta orden de reintegro se mantendrá hasta tanto le sea reconocida y comience a disfrutar la pensión de vejez o, en su defecto, la prestación económica a que tenga derecho y que resulte más beneficiosa para el peticionario, entre aquellas previstas en el régimen que regula sus derechos pensionales*”.

más cotizaciones se tenga más deberá propenderse por la obtención de una pensión”⁷², por lo que se ha brindado una defensa por vía constitucional que se ha enfocado en los casos en que el derecho pensional se encuentra pendiente de definición (ya sea por actuaciones negligentes del empleador o de la administradora de pensiones que corresponda) o en las hipótesis en las que realmente el trabajador tiene una expectativa legítima acerca de su reconocimiento, como opera respecto de los denominados prepensionados. Se trata de circunstancias excepcionales que justifican la intervención del juez constitucional, solamente en aquellos casos en que se acredita la violación de un derecho *iusfundamental*.

Por lo anterior, a modo de ejemplo, se ha negado la procedencia del amparo, cuando se trata de personas que tienen bienes y rentas suficientes que descartan la existencia de una situación de desprotección⁷³, o cuando sus ingresos con anterioridad al retiro suponen una lógica de proyección de ahorros que no guardan concordancia con los gastos actuales y futuros⁷⁴. Por el contrario, se ha admitido la idoneidad de la tutela, entre otras razones, en el caso de las personas que acreditan la existencia de deudas adquiridas tiempo atrás y que permiten evidenciar una afectación del mínimo vital⁷⁵, o cuando los ingresos del núcleo familiar no permiten satisfacer los gastos actuales y

⁷² Sentencia T-495 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷³ Sentencia T-905 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. En este caso el amparo fue propuesto por un funcionario de la Procuraduría General de la Nación cuya renta superaba los \$ 400.000.000 millones de pesos y sus ingresos en los últimos cinco años fueron superiores a los \$1.000.000.000 millones.

⁷⁴ Sentencia T-708 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta oportunidad, se evidenció que el actor contaba con un patrimonio mayor a los \$ 400.000.000 millones de pesos, monto muy superior a las deudas que alegaba, de suerte que contaba con los soportes necesarios para satisfacer las obligaciones básicas de su hogar. Por ello, en la parte motiva de esta providencia, se dijo que: *“para que sea procedente el amparo no es suficiente alegar que la ausencia de los salarios mermarán la calidad de vida del actor. Aceptar esto llevaría a que todo despido sea censurado a través de la acción de tutela, en perjuicio de los demás mecanismos previstos en la ley y con la quiebra estructural del Estado de Derecho.”* En términos similares se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 4 de agosto de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, al negar una tutela interpuesta por un magistrado de tribunal, el cual solicitaba la prorroga en su cargo, pese a disponer de un ingreso alto y de tener acreditado su derecho al auxilio de cesantía, además de que no demostró que tuviese gastos por personas bajo su dependencia.

Por lo anterior, en la Sentencia T-400 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se advirtió que existen diferencias cualitativas en torno al mínimo vital, por lo que no cualquier variación en los ingresos que una persona recibe acarrea una vulneración de este derecho. En efecto, *“existen cargas soportables, que son mayores cuando una persona tiene mejores ingresos que otras. En este sentido recuerda la Corte que, por estar ligado el mínimo vital a la dignidad humana, y por estar ésta última ligada a su vez a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas, entre mayor posibilidad financiera exista para la asunción de estas últimas, menor posibilidad de que se declare la vulneración del mínimo vital en sede de tutela. Esto último concuerda indefectiblemente con la subsidiaridad y residualidad de la acción (...) Así las cosas, para que la misma procediera en razón a la afectación al mínimo vital, se requeriría que existiera una prueba suficiente, rigurosa y contundente, que mostrara que a pesar de existir una suma financiera razonable para asumir las necesidades básicas, las mismas no pueden ser satisfechas por las excepcionales circunstancias del caso concreto.”* Sentencia T-211 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁵ En la Sentencia T-660 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se tuvo en cuenta –entre otras– la existencia de deudas para otorgar el amparo, en los siguientes términos: *“[El actor], luego de ser retirado de la Fiscalía General de la Nación no percibe ingresos económicos de ningún tipo; no tiene bienes de fortuna; sus deudas ascienden a 30 millones de pesos por préstamos de familiares y amigos que han ayudado a su subsistencia; debe mantener a su esposa y a un hijo estudiante del Sena; está afiliado a Compensar en calidad de beneficiario de una hija; padece problemas coronarios habiéndosele realizado una angioplastia con implante de stent y ha sido intervenido recientemente de un carcinoma en la cabeza”*.

mucho menos cubrir aquellos que se proyectan hacia el futuro⁷⁶.

Además de los criterios vinculados con los ingresos, rentas, deudas y gastos, la Corte también ha tenido en cuenta para efectos de determinar si o no es procedente la acción de tutela, la dificultad que por la edad tiene un trabajador para reintegrarse a la vida laboral, a partir de la profesión u oficio que el mismo venía desempeñando. Así, por ejemplo, no puede considerarse como equiparable la situación de un abogado que puede acudir al ejercicio independiente de la profesión, respecto de la condición de un educador que presta sus servicios en centros especializados por su experticia académica⁷⁷. Por lo demás, el tipo de vinculación también influye en la procedencia de la tutela, ya que mientras un trabajador de carrera administrativa tiene vocación de permanencia, un servidor de libre nombramiento y remoción es consciente de la condición precaria de su situación laboral. Por ello, en relación con estos últimos, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha negado la viabilidad del amparo constitucional⁷⁸.

Finalmente, también se han valorado las condiciones de salud de las personas afectadas con el retiro, si están o no en situación de discapacidad y las eventuales limitaciones físicas o psicológicas derivadas con ocasión del trabajo desempeñado, las cuales tienden a convertirse en barreras de acceso a otras fuentes de empleo que permitan cotizar al sistema hasta alcanzar una pensión de vejez⁷⁹.

4.6. Caso concreto

4.6.1. El señor Ángel Tomás Díaz Bastidas tiene 67 años y laboró como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Pasto hasta el 8 de marzo de 2013, fecha en la cual fue retirado de su cargo por cumplir con la edad de retiro forzoso⁸⁰. En esa época presentó un derecho de petición⁸¹, en el que pidió autorización para continuar prestando sus servicios, mientras se llevaba a cabo el trámite de reconocimiento de la pensión de vejez, pues carecería de otra fuente de ingresos distinta a su salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

En respuesta del 18 de marzo de 2013, la citada autoridad señaló que el actor todavía no había iniciado dicho trámite, lo que impedía proceder a su reintegro laboral, debiendo acudir al fondo de pensiones para reclamar su pensión o la indemnización sustitutiva. Puntualmente, manifestó que: *“Sólo en aquellos casos en los que se encuentra la expectativa de la inclusión en nómina se ha procedido por parte de la Secretaría a suspender los retiros forzosos hasta tanto se produzca el pago de las mesadas, caso que no es el suyo; por esta razón se reitera la negación a su reintegro laboral”*⁸².

⁷⁶ Por ejemplo, en la Sentencia T-294 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, se dijo que: *“El señor [XX] no dispone de bienes inmuebles de los que pueda derivar alguna renta y, de acuerdo con el certificado aportado al expediente, para el año 2011 (el último que alcanzó a laborar completo), su patrimonio bruto era de 10 millones de pesos y sus ingresos anuales alcanzaron un total de 14.400.000 pesos”*.

⁷⁷ *Ibídem*.

⁷⁸ Véanse, entre otras, las Sentencias T-494 de 2010 y T-708 de 2011.

⁷⁹ Sentencia T-660 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁰ Folio 12 del cuaderno 1.

⁸¹ La solicitud fue del 12 de marzo de 2013, según consta en el folio 21 del cuaderno 1.

⁸² Folio 20 del cuaderno 1.

Ante esta realidad, en escrito del 24 de mayo de 2013, el accionante solicitó a la Secretaría de Educación de Pasto el reconocimiento y pago de la *“pensión vitalicia de jubilación por aportes”*, la cual fue negada mediante Resolución 1822 del 5 de agosto de 2014, en razón a que la Fiduprevisora S.A precisó que si bien el solicitante cumplió con la edad para pensionarse desde el 7 de marzo de 2005, no tenía el tiempo mínimo de cotización exigido por la ley. Sobre este último punto, se resaltó que el actor acreditaba 1174 semanas, cuando para el año 2013 debía acreditar un total de 1250 semanas de cotización⁸³.

Para lograr la expedición del acto previamente mencionado, el señor Díaz Bastidas debió promover una acción de tutela a comienzos del mes de mayo de 2014, en la que solicitó el amparo de sus derechos de petición y seguridad social, por la falta de un pronunciamiento de fondo en los términos dispuestos en la ley. En sentencia del día 26 del mes y año en cita, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto concedió el amparo solicitado y ordenó dar una respuesta definitiva en el plazo de quince días, sin emitir consideración alguna sobre la materialidad del derecho pensional reclamado, al considerar que no estaban dadas las condiciones de procedencia de la acción, en particular en lo que respecta a la prueba de afectación del mínimo vital. Este fallo fue confirmado en sentencia del 8 de julio de 2014 por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del referido Distrito Judicial.

También se observa que ante la falta de notificación de la resolución en el término dispuesto por los jueces de tutela, el actor presentó un incidente de desacato, el cual resuelto el 29 de agosto de 2014 con la orden de adelantar las diligencias necesarias para notificar la decisión adoptada en el aludido acto⁸⁴.

Ante la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, a través de petición del 10 de septiembre de 2014, el actor requirió nuevamente a la entidad accionada su reintegro al cargo que como docente venía desempeñando, con la finalidad de poder cotizar el número de semanas requeridas para tal efecto. Con esta actuación también se pretendió el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde que se hizo efectivo su retiro, esto es, el 8 de marzo de 2013.

En respuesta del 30 de septiembre, la Secretaría señaló que esta misma solicitud ya había sido formulada el pasado 12 de marzo de 2013 y su respuesta se había realizado el día 18 del mismo mes y año. Por lo anterior, consideró que: *“es una solicitud reiterativa constituida por la misma causa pretendida, razón por la cual no es*

⁸³ Al respecto, es preciso aclarar que el actor se encuentra sujeto al régimen prestacional consagrado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en cuyo aparte pertinente se dispone que: *“(…) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”*.

⁸⁴ Folio 39 del cuaderno 1. Textualmente, se encuentra el siguiente contenido: *“Primero.- NO SANCIONAR por desacato a la Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones, (...), como al Presidente Nacional de COLPENSIONES (...). Segundo.- REQUERIR a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, a través de su Secretario (...), para que de forma inmediata, si aún no lo ha hecho, adelante las diligencias de notificación personal de la Resolución No. 1822 del 5 de agosto de 2014 al señor Angel Tomás Díaz. (...)”*.

*procedente revivir lo ya resuelto en el mentado oficio SEM-SAF-0166, en el que se describen los argumentos para no aceptar el reintegro del docente; por tal razón no es favorable atender nuevamente su solicitud*⁸⁵. Como sustento de esta decisión, se citó el artículo 19 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual: “(...) Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores”.

4.6.2. Con fundamento en lo expuesto, el actor promovió el presente amparo, en el que básicamente solicita la salvaguarda de sus derechos al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, al considerar que no era procedente su retiro forzoso, cuando todavía no se encontraba devengado una pensión que le garantizara una subsistencia en condiciones dignas, sobre todo cuando su núcleo familiar (esposa y dos hijos) dependían de su salario para satisfacer sus necesidades. Por su parte, en el escrito de contestación, la autoridad demandada se limitó a poner de presente la existencia de los otros fallos de tutela, sin realizar ninguna consideración sobre los hechos que justifican esta nueva solicitud.

La autoridad de tutela de primera instancia concedió el amparo solicitado, al estimar que el actor se encontraba dentro de la *subregla* prevista por esta Corporación, por virtud de la cual se protege la expectativa de las personas que tienen menos de tres años para acceder al derecho a la pensión de vejez, cuando se observa que existe una afectación de su mínimo vital, como lo señaló este Tribunal en las Sentencias T-495 de 2011 y T-294 de 2013. Como consecuencia de lo anterior, se dispuso el reintegro y el pago sin solución de continuidad de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Frente a esta decisión la Secretaría de Educación presentó recurso de apelación, en el que se alegó la improcedencia de la acción (subsidiaridad e inmediatez) y se manifestó que, en caso de procederse al reintegro, el cual finalmente no discute⁸⁶, se revoque la obligación de disponer el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, pues la especial situación de protección del trabajador no fue conocida por la administración, ya que cuando se profirió el acto de retiro sólo se registraba el tiempo laborado en la Secretaría desde el año 2005. En su opinión, “(...) la Secretaría de Educación no tenía forma de prever que podía tratarse de un funcionario prepensionado o que acreditara la condición laboral especial para efectos de aplicar la protección de estabilidad laboral reforzada”⁸⁷.

En segunda instancia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto revocó el fallo del

⁸⁵ Cuaderno 1, folio 18.

⁸⁶ Folio 119 del Cuaderno 1.

⁸⁷ Textualmente, en el aparte pertinente, se expuso que: “No existe responsabilidad de la Administración de la Secretaría de Educación del municipio de Pasto, en los derechos que se presumen vulnerados; dado que hasta la fecha en que se produjo el retiro del docente, ésta no conocía la condición especial laboral del docente, para efectos de aplicar la protección laboral reforzada del accionante, razón por la cual solicito de manera respetuosa a su señoría que modifique el fallo de tutela y si bien la administración no discute el reintegro del accionante a la planta docente del municipio de Pasto, respetuosamente solicito que este reintegro no genere el pago de los salarios y prestaciones durante el tiempo que el docente fue retirado del servicio docente, dado que la situación se produjo por culpa atribuible al accionante, al no acreditar la condición especial, ya que se presumió que sólo contaba con el registro de los tiempos laborados en el municipio de Pasto, no dejando otra opción a la administración municipal, sino la de retirarlo y ofrecerle la alternativa de solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión, de conformidad con lo consagrado en la Ley 100 de 1993, y así fue informado al accionante”. Cuaderno 1, folio 119.

a-quo, al considerar que no estaban satisfechos los requisitos de inmediatez y subsidiaridad, básicamente por la inacción de cerca de 21 meses desde que se produjo el retiro.

4.6.3. A partir de lo anterior, se procederá a examinar si están o no dadas las condiciones de procedencia de la acción de tutela en el asunto *sub-judice*, siguiendo para el efecto las consideraciones expuestas en esta providencia.

4.6.3.1. En primer lugar, en cuanto a la *legitimación por activa*, el artículo 86 de la Constitución Política dispone el derecho de toda persona de reclamar mediante acción de tutela la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Este precepto constitucional se desarrolla en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que consagra: “*la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud*”.

En el asunto bajo examen, es claro que el actor se encuentra *legitimado por activa*, pues más allá de su condición de persona natural⁸⁸, es quien demanda el reintegro al cargo que venía desempeñando, con la finalidad de proteger sus derechos al mínimo vital y la vida digna, en un contexto en el que la decisión de proceder a su desvinculación por llegar a la edad de retiro forzoso, se adoptó sin valorar sus circunstancias especiales, entre ellas la condición de tener a su cargo el sostenimiento del núcleo familiar, su avanzada edad y la proximidad de sus cotizaciones frente al acceso del derecho pensional.

4.6.3.2. En segundo lugar, en lo que atañe a la *legitimación por pasiva*, el artículo 86 del Texto Superior establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley. Así las cosas, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión⁸⁹.

Visto lo anterior, en el asunto *sub-judice*, se entiende que se cumple con el presupuesto de *legitimación en la causa por pasiva* respecto de la Secretaria de Educación de Pasto, no sólo por tratarse de una autoridad pública sino principalmente por haber adoptado la decisión que se considera lesiva de los derechos fundamentales invocados, esto es, por disponer el retiro forzoso del accionante, sin haber valorado las circunstancias

⁸⁸ CP art. 86 y Decreto 2591 de 1991, art. 10.

⁸⁹ Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “*la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)*”.

especiales del caso.

Por el contrario, en cuanto a la posición procesal de la Fiduprevisora S.A., con fundamento en las circunstancias fácticas descritas, cabe advertir que si bien se trata de una sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas comerciales e industriales del Estado y que se encuentra vinculada al Ministerio de Hacienda, se estima que no existe actuación u omisión de la entidad que haya derivado en la afectación de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, frente a ésta no se supera el presupuesto de la *legitimidad en la causa por pasiva*.

4.6.3.3. En tercer lugar, es preciso señalar que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 estableció la figura de la *temeridad*, con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante jueces de la República, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones. Al respecto, la norma en cita expresamente señala que:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. // El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”

Como se infiere de la norma transcrita, para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto. Precisamente, en la Sentencia T-727 de 2011⁹⁰, se explicó que existe (i) una *identidad de causa*, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen⁹¹; (ii) una *identidad de objeto*, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental⁹²; y (iii) una *identidad de partes*, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado⁹³.

Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad, pues el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 exige que el accionante carezca de un motivo justificado y razonable para incoar de nuevo la acción constitucional. De darse los elementos expuestos, dependiendo de la instancia en que se encuentre el trámite de la acción, se podrán rechazar o decidir desfavorablemente las demandas de amparo que hayan incurrido en temeridad.

⁹⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹¹ *Ibíd*em

⁹² Sentencia T-1103 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹³ Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006 y T-1233 de 2008.

En el asunto *sub-examine* y respecto de la acción de tutela interpuesta igualmente por el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas en el mes de mayo de 2014, señalada en los acápites de antecedentes y de pruebas, observa la Corte que no concurren las tres identidades que configuran la temeridad, por cuanto a pesar de la similitud en la parte accionante y en la parte demandada, no se acreditan las identidades en la causa, ni en el objeto.

Precisamente, la tutela mencionada se presentó con miras a cuestionar la falta de respuesta de la Secretaría de Educación de Pasto a un derecho petición a través del cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, cuyo resultado fue la expedición de la Resolución 1822 del 5 de agosto de 2014, por medio de la cual se negó el derecho reclamado; al tiempo que los acontecimientos que originan la acción sometida a revisión se orientan a reivindicar la inaplicación de la causal de retiro forzoso, como hipótesis que permite la desvinculación del servicio, por la afectación del derecho al mínimo vital del actor, entre otras razones, por la situación de desprotección en la que se encuentra tanto él como su familia, aunado a la expectativa legítima de acceso a la pensión de vejez que le fue negada, frente a la cual le resta por cotizar aproximadamente un total de 126 semanas.

En definitiva, de conformidad con lo señalado, esta Sala descarta que en el caso concreto se configure un actuar temerario dado que no se cumple con las identidades de objeto y de causa.

4.6.3.4. En cuarto lugar, la procedibilidad de la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza⁹⁴. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el *principio de inmediatez*⁹⁵.

En criterio de este Tribunal, si con la acción de tutela se busca la protección *inmediata* de los derechos fundamentales, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de su amenaza o violación. Una actuación en sentido contrario, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción, pues cuando el accionante no actúa con prontitud en la solicitud del amparo, se infiere que éste no requiere de una protección urgente, efectiva e inmediata, más allá de que también pueda convertirse en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros⁹⁶.

En relación con el caso objeto de estudio, el actor instauró la acción de tutela el 2 de

⁹⁴ Precisamente, el artículo 86 dispone que: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la **protección inmediata** de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”. Énfasis por fuera del texto original.

⁹⁵ Véanse, entre otras, las Sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

⁹⁶ Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

diciembre de 2014⁹⁷, mientras que la decisión por la cual fue retirado del servicio y que origina la solicitud de amparo, se produjo el 6 de marzo de 2013, con efectos a partir del día 8 del mismo mes y año⁹⁸. Como se observa, en principio, transcurrió alrededor de un año y nueve meses desde que se produjo el acto que se considera lesivo de los derechos invocados.

La sola verificación objetiva del tiempo transcurrido, como lo concluyó el juez de instancia, podría conducir a entender que en el caso concreto no se satisface el requisito de inmediatez, pues se estaría ante un lapso de tiempo demasiado prolongado en la búsqueda del amparo, lo cual resultaría contrario al carácter inmediato y efectivo que justifica su ejercicio. No obstante, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte, para determinar la razonabilidad del tiempo, en procura de establecer si existe o no una tardanza injustificada e irrazonable, este Tribunal ha trazado las siguientes *subreglas*⁹⁹: (i) que exista un motivo válido que explique la demora del actor; (ii) que dicho retardo no vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia (v.gr. la seguridad jurídica); y (iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos del interesado. Excepcionalmente, si el fundamento de la acción de tutela surge después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma, (iv) su ejercicio debe realizarse en un plazo no muy alejado de dicha situación.

Al confrontar las *subreglas* expuestas frente al caso sometido a revisión, se constata que si bien la causa que originó el amparo se remite al 6 de marzo de 2013, la inactividad que se observa no es el resultado de un actuar negligente, sino, por el contrario, del hecho de adelantar varias actuaciones vinculadas con la defensa del principal derecho cuya protección se invoca, esto es, el derecho al mínimo vital.

En efecto, una vez el demandante fue notificado del acto administrativo a través del cual se dispuso su desvinculación procedió de forma inmediata a solicitar mediante derecho de petición la autorización para continuar prestando sus servicios, mientras se llevaba a cabo el trámite de reconocimiento de la pensión de vejez, pues carecía de otra fuente de ingresos distinta a su salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Como respuesta, en escrito del 18 de marzo, se le dijo que debía acudir al fondo de pensiones para reclamar su pensión, ya que no estaba acreditado que se encontrará en una hipótesis de expectativa de inclusión en nómina de pensionados, circunstancia en la cual la Secretaría de Educación ha accedido excepcionalmente al reintegro de trabajadores.

Ante esta realidad, en menos de dos meses, esto es, el 24 de mayo de 2013, el actor solicitó el reconocimiento y pago de su pensión; pese a ello no obtuvo una respuesta en término, que en materia pensional es por regla general de seis meses, hecho que motivó la interposición de una tutela y de un incidente de desacato que fueron resueltos

⁹⁷ Folio 7 del Cuaderno 1.

⁹⁸ Folio 12 del Cuaderno 1.

⁹⁹ Sentencia T-719 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

durante la primera parte del año 2014.

Solamente se vino a definir su situación pensional hasta el 5 de agosto de 2014, decisión que fue dada a conocer a mediados del mes de septiembre del año en cita. Por ello, y ante la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, pero dada la expectativa real de poder completar las semanas de cotización faltantes (en total 126), se requirió por el accionante nuevamente a la entidad demandada, con el fin de obtener el reintegro del cargo que como docente venía desempeñando.

Esta petición también fue resuelta en sentido desfavorable, en oficio del 20 de septiembre de 2014, puesto que se consideró que se trataba de una solicitud reiterativa frente a un mismo punto que ya había sido previamente resuelto, esto es, no aceptar el reintegro del docente (CPACA, art. 19). Ante este panorama, y en un plazo inferior a tres meses, el actor presentó el amparo sometido a revisión.

Del recuento realizado se infiere que la demora en que se incurrió, como ya se dijo, no se originó en un actuar negligente o descuidado por parte del actor. Al contrario, lo que se observa es un comportamiento diligente, tanto desde el punto de vista administrativo como judicial, enfocado en lograr un medio de subsistencia para amparar su derecho al mínimo vital. Así, por un lado, se buscó el reconocimiento de la pensión de vejez, pretensión que fue negada por no contar con el número mínimo de semanas de cotización requerido para el año 2014, teniendo en cuenta que se exigían 1250 semanas y el actor acreditó 1174, luego de que se le redujo el monto inicialmente reportado por problemas de concurrencia de aportes¹⁰⁰; y por el otro, se pidió en dos oportunidades el reintegro. En la primera oportunidad con la finalidad de esperar el trámite de reconocimiento de la pensión¹⁰¹. Y, en la segunda, una vez se obtuvo una respuesta contraria a sus intereses, con el propósito de poder alcanzar el número de semanas de cotización requeridas, dada la expectativa legítima que le asiste de obtener el acceso al derecho reclamado¹⁰².

Esta Sala concluye entonces que el retardo se debe a las actuaciones que promovió el actor para lograr la defensa de su derecho al mínimo vital y a la espera razonable de que la administración le diera una respuesta acorde con sus intereses, siguiendo el derrotero de los escenarios básicos de reclamación. Sólo una vez se obtuvo una respuesta definitiva por parte de la Secretaria de Educación, tanto en lo que atañe al derecho a la pensión como a la negativa de permitir su reintegro para completar las semanas faltantes, es que el actor acude a los jueces de tutela con el fin de plantear su reintegro, momento para el cual, se entiende realmente consolidado el daño que justifica este amparo y respecto del cual la acción se interpuso en un plazo menor de tres meses, término que se ajusta a la razonabilidad que explica la procedencia del amparo.

Al margen de lo anterior, la decisión que aquí se adopte tampoco tiene la virtualidad de afectar de manera directa el derecho de otro educador, pues no se están disponiendo de plazas puntuales, y de igual manera no se presenta una lesión a los derechos y

¹⁰⁰ Inicialmente aparecían reportadas 1238.

¹⁰¹ 12 de Marzo de 2013.

¹⁰² 10 de septiembre de 2014.

principios que justifican la causal de retiro forzoso, pues –como previamente se señaló– cualquier orden siempre tendrá un efecto temporal, para garantizar los fines de acceso a la función pública que explican su exigibilidad.

4.6.3.5. Por último, resta por determinar si en el asunto *sub-judice* se satisface el requisito de subsidiaridad de la acción. Como se expuso en la parte motiva de esta providencia, la regla general respecto de las pretensiones de reintegro de los servidores públicos, en las que ellas deben agotarse ante la justicia administrativa por vía de la nulidad y restablecimiento del derecho. Con todo, cuando la controversia involucre así mismo una disputa constitucional y la misma sea planteada a través del mecanismo del amparo, el juez de tutela debe valorar la agilidad y eficacia de la acción contenciosa, no sólo en relación con el impacto que efectivamente la desvinculación produce en los derechos de la persona que ha sido retirada del servicio, especialmente en lo que concierne al mínimo vital, sino también frente a los requerimientos que se derivan de su condición psicofísica y de la expectativa real que tenga de acceder a una pensión de vejez.

De esta manera, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos casos en que se dispone la desvinculación de un servidor público por llegar a la edad de retiro forzoso, cuando se omite realizar un uso razonable de dicha causal, por virtud del cual antes de proceder a su aplicación, se impone a las entidades públicas el deber de tener en cuenta si al funcionario ya se le ha reconocido un derecho pensional o si tiene alguna otra fuente de ingresos o rentas que le permita asegurar su subsistencia y el de su familia, con ocasión del tránsito que se produce entre la ejecución de un trabajo frente a una situación de desempleo. Específicamente se ha entendido que su aplicación objetiva, sin verificar el contexto en el que tiene lugar su exigibilidad, puede llevar a efectos contrarios a la Carta, al poner a sus destinatarios ante el desconocimiento de su mínimo vital, lo que ha permitido su inaplicación en escenarios concretos.

Lo anterior ha ocurrido, en primer lugar, *cuando el trabajador retirado del servicio ya cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero ésta no ha sido reconocida por demora del fondo de pensiones o por inconsistencias en la historia laboral que deben ser corregidas por dicha entidad. De igual manera, cuando la falta de otorgamiento del derecho pensional, se relaciona con la morosidad en que se incurrió por el empleador en el pago de las cotizaciones a su cargo. Y, en segundo lugar, cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso, le falta un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al citado derecho pensional.* En este caso, el parámetro de definición temporal al cual se ha acudido es el de la protección que se brinda a los prepensionados, esto es, a quienes les faltare un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse.

Por ello, como se expuso en el acápite 4.5.5 de esta providencia, en escenarios como los expuestos, el examen que le compete al juez de tutela es el de verificar las condiciones de afectación del mínimo vital, a partir de criterios entrelazados con los ingresos, rentas, deudas y gastos, así como la expectativa de obtener un empleo según el tipo de profesión, las condiciones psicofísicas que se puedan convertir en barreras de acceso y la vocación de permanencia que existía en la labor a su cargo. Por ello, antes

de proceder con el análisis del caso concreto, se estima pertinente reiterar algunas consideraciones sobre el mínimo vital, en la forma en que ha sido abordado por la Corte.

4.6.3.6. El mínimo vital ha sido definido por esta Corporación como “la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”¹⁰³.

En concordancia con lo expuesto, la Corte ha sido enfática en resaltar el carácter fundamental de este derecho, en virtud de la intrínseca relación que guarda con la vida, la dignidad humana y el trabajo, como valores fundantes del Estado Social de Derecho¹⁰⁴. De esta manera, sin perjuicio de los deberes primigenios que le asisten a la persona y a la familia con miras a su realización, el Estado tiene la obligación de procurar la creación de unas condiciones mínimas a través de las cuales dichos sujetos, por sus propios medios, puedan satisfacer sus necesidades básicas.

El análisis de la afectación del derecho en cuestión dependerá de las circunstancias que se presenten en cada caso, como lo ha respaldado este Tribunal en los siguientes términos: “[e]l derecho al mínimo vital requiere ser dimensionado correctamente, es decir, debe ser considerado frente a una situación de hecho específica, sin que pueda ser objeto de análisis en abstracto, lo cual implica una valoración cualitativa y no cuantitativa de su contenido para cada persona de cara a su caso concreto, conforme con sus condiciones personales, sociales y económicas. Ello significa que le corresponde al juez frente a un caso concreto desarrollar una actividad valorativa de las particulares circunstancias que rodean a una persona su grupo familiar, a sus necesidades, y a los recursos de los que requiere para satisfacerlas, de tal forma que pueda determinar, si vista la situación fáctica, se está ante una amenaza o afectación del derecho al mínimo vital, y por ello se hace necesario que se otorgue de manera urgente la protección judicial solicitada a través de la acción de tutela.”¹⁰⁵

Bajo este panorama, la Corte ha aceptado que el contenido de este derecho no puede ser reducido a una asimilación con el salario mínimo legal o con una pensión equivalente, sino que su materialización depende de que los ingresos que se perciban permitan la autosuficiencia económica de la persona y de su núcleo familiar. Por consiguiente, en el caso de la edad de retiro forzoso, se impone un examen cualitativo que apunta a la posibilidad de asegurar un nivel de vida razonablemente cercano al que la persona o familia tenía con anterioridad al acaecimiento de dicha causal, sin dejar de lado que no cualquier variación en los ingresos supone una violación de este derecho¹⁰⁶, ya que existen –como previamente se expuso– algunas cargas soportables que dependen de la situación que envuelve cada caso concreto, como ocurre con

¹⁰³ Sentencia SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Véanse igualmente, las Sentencias T-012 de 2009, T-865 de 2009, T-211 de 2011, T-495 de 2011 y T-053 de 2014.

¹⁰⁴ CP. art. 1.

¹⁰⁵ Sentencia T-012 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁶ Sentencia T-211 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

quienes tienen capacidad económica o ejercieron cargos con expectativas razonables de ahorro.

En este contexto, en el análisis de una situación específica, el juez de tutela deberá entrar a verificar que concurren los siguientes elementos para concluir si existe o no una trasgresión del mínimo vital: "(i) [que] el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas"¹⁰⁷ y (ii) que la falta de pago de dicha prestación o de una medida alternativa de defensa conduzca a una situación compleja, tanto a nivel económico como personal, del afectado y su familia.

4.6.3.7. Visto el caso concreto, esta Sala de Revisión encuentra que el señor Ángel Tomás Díaz Bastidas fue retirado del cargo de docente al servicio de la Secretaría de Educación de Pasto, a través del Decreto 0098 del 6 de marzo de 2013, en razón a que cumplió con la edad de retiro forzoso. Aun cuando por su naturaleza de acto administrativo de contenido particular y concreto, en principio, el accionante tenía la posibilidad de acudir ante los jueces de lo contencioso administrativo para solucionar la controversia planteada, la Corte también ha admitido la procedencia excepcional de la tutela en aquellos casos en que se dispone la desvinculación de un servidor público por dicha causal, y ello tiene una repercusión de manera directa en los derechos fundamentales de la persona retirada y de su núcleo familiar, especialmente en lo que concierne al mínimo vital. En este escenario debe valorarse la agilidad y eficacia de la acción contenciosa, a partir de las circunstancias específicas del caso.

4.6.3.7.1. De esta manera, en primer lugar, se observa que al proferirse el acto de retiro se incumplió con la regla impuesta por esta Corporación, por virtud de la cual de manera previa a su aplicación, se impone a las autoridades públicas el deber de tener en cuenta si al funcionario ya se le ha reconocido un derecho pensional o si tiene alguna otra fuente de ingresos o rentas que le permita asegurar su subsistencia y el de su familia, con ocasión del tránsito que se produce entre una situación de empleo a una de desempleo.

Dicho análisis no se llevó a cabo por la Secretaría de Educación de Pasto, la cual incluso ante un derecho de petición presentado con posterioridad por el actor a través del cual pidió continuar laborando hasta que le sea reconocida la pensión de jubilación y sea incluido en nómina¹⁰⁸; se limitó a manifestar que su caso no se encontraba entre aquellos que daban lugar a tener una expectativa de inclusión, hipótesis en la cual había inaplicado la causal de retiro, por lo que le correspondía acudir al fondo de pensiones para reclamar su pensión o una indemnización sustitutiva¹⁰⁹.

No existió ninguna actuación puntual dirigida a verificar la situación planteada por el actor, esto es, si efectivamente tenía una expectativa real de acceso al reconocimiento de la pensión de vejez, pues como la propia Secretaría lo admite en el recurso de

¹⁰⁷ Sentencia T-487 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. También pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-378 de 2012 y T-1031 de 2010.

¹⁰⁸ Escrito del 12 de marzo de 2013.

¹⁰⁹ Oficio del 18 de marzo de 2013.

apelación¹¹⁰, su actuación se circunscribió a contar las semanas de cotización que tuvo con dicha entidad, sin realizar ninguna gestión para actualizar la historia laboral del empleado que iba a ser retirado del servicio, e incluso acompañarlo en la gestión de los trámites para obtener el reconocimiento de su derecho pensional. No sobra recordar que aunque el trabajador tiene el deber de suministrar toda la información necesaria para reconstruir su historia laboral, no es de recibo que una entidad pública le traslade por completo dicha gestión, sobre todo a partir de lo previsto en el artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012, el cual admite que la administración se encuentra en una mejor posición para recabar los documentos necesarios con miras a perfeccionar una actuación y proferir una resolución en determinado sentido¹¹¹. De ahí que, ante la petición del actor, lo procedente en términos constitucionales era verificar la situación alegada y requerir de su parte las aclaraciones pertinentes que le hubiesen permitido solicitar la información sobre su situación pensional y, por dicha vía, adoptar una decisión acorde con las circunstancias del caso.

Por lo demás, una vez la administración tuvo conocimiento de la situación pensional del accionante, conforme a la cual le restan 126 semanas para acceder a la pensión, circunstancia que implica tener al actor dentro del rango de protección de los prepensionados, omitió pronunciarse al respecto y se limitó a considerar que el nuevo requerimiento¹¹², en el que se pidió el reintegro al cargo para así poder alcanzar el número de semanas de cotización requeridas, se trataba de una petición reiterativa frente a la cual cabía estarse a lo resuelto con anterioridad¹¹³.

Nuevamente la Secretaría omitió realizar el examen particular del caso, con el agravante de que estaban dadas las condiciones para verificar de manera puntual si cabía una circunstancia de inaplicación del retiro forzoso, ante la necesidad de proteger el mínimo vital del actor y de asegurar hacia el futuro unos ingresos cuya tasa de reemplazo tengan la potencialidad de preservar su componente cualitativo. Aunado a lo anterior, la respuesta suministrada no se ciñe a la hipótesis que permite su aplicación¹¹⁴, en el entendido que las circunstancias de hecho para el año 2014 eran distintas frente a aquellas que motivaron la respuesta del 2013, de suerte que no podía considerarse que se trataba de una solicitud reiterativa, más aun cuando la misma pretensión de reintegro tenía un objeto diferente, pues en la primera oportunidad se

¹¹⁰ Folio 118 del cuaderno 1.

¹¹¹ La norma en cita dispone que: “**Artículo 9. Prohibición de exigir documentos que reposan en la entidad.** Cuando se esté adelantando un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación. **Parágrafo.-** A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública”.

¹¹² Escrito del 10 de septiembre de 2014.

¹¹³ Oficio del 30 de septiembre de 2014.

¹¹⁴ La norma invocada disponía que: “**Artículo 19 del CPACA. Peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas.** (...) Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores.”. Esta disposición fue modificada por la Ley 1755 de 2015, en la que se dispone la siguiente regulación: “Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane”.

buscaba preservar el empleo mientras se resolvía sobre la pensión de vejez y la inclusión en nómina, al tiempo que en la segunda ocasión se solicitó el retorno para poder completar las semanas de cotización requeridas.

En conclusión, se observa que la administración se quedó en la sola aplicación objetiva de la causal de retiro forzoso, sin verificar el contexto en el que tenía lugar su exigibilidad, pese a que tuvo dos ocasiones para proceder en dicho sentido y que el ordenamiento jurídico le otorgaba herramientas para lograr tal propósito. Ahora bien, para que proceda el amparo es preciso examinar (i) si como consecuencia de la citada infracción persiste una circunstancia de violación del derecho al mínimo vital del actor y de su familia; y (ii) si él se encuentra en una de las hipótesis extraordinarias a las cuales ha acudido la Corte para armonizar la protección del citado derecho con la obligatoriedad de la causal de retiro, previendo el reintegro temporal del trabajador.

4.6.3.7.2. En cuanto a lo primero, esto es, en lo tocante a la afectación del derecho al mínimo vital, es preciso recordar que dicho análisis dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. En particular, de conformidad con los elementos de juicio aportados en sede de tutela, entre ellos la información presentada por el accionante en escrito del 12 de agosto de 2015, se encuentra lo siguiente:

- El señor Ángel Tomás Díaz Bastidas, a través de una declaración extra juicio del 24 de noviembre de 2014¹¹⁵, certificó que dependía exclusivamente del salario que percibía como docente de filosofía en un centro educativo de la ciudad de Pasto. De igual manera, manifestó que con dicho salario se sufragaban todos los gastos del hogar y se sustentaba la manutención de su núcleo familiar conformado por esposa y dos hijos. A pesar de que no aparece en el expediente el monto total del salario, se infiere que el mismo ascendía a la suma aproximada de \$ 1.820.000 pesos¹¹⁶.

- Como consecuencia de su situación de desempleo, se vio en la imposibilidad de seguir asumiendo los costos del hogar, que para la época implicaban además de las necesidades básicas en materia de alimentación, vestuario y servicios públicos, el sostenimiento de una hija que cursaba la carrera de medicina en la ciudad de Manizales y de un hijo que estaba terminando sus estudios de bachillerato.

- Por lo anterior, y dada la imposibilidad de encontrar otra fuente de ingresos, la familia debió trasladarse a la ciudad de Cali, en donde su esposa obtuvo un trabajo del que viven en la actualidad y cuyo salario asciende a la suma de \$ 1.500.000 de pesos. Se trata de un valor inferior a los ingresos que el actor percibía como docente.

- Dado el traslado de ciudad y teniendo en cuenta los costos que ello implica, se vieron en la necesidad de suscribir un contrato de anticresis sobre el único bien inmueble de propiedad de la familia; por virtud del cual recibieron la suma de \$ 20.000.000 millones de pesos, obligación que deberá ser cancelada en su integridad a comienzos del

¹¹⁵ Folio 25 del Cuaderno 1.

¹¹⁶ Este cálculo se deriva del valor aproximado de la pensión que le hubiese correspondiendo en el año 2013 (\$ 1.326.956 pesos), cuyo monto se calculó sobre el 73% del salario devengado durante el último año de servicios, según se señala en la Resolución 1822 de 2014, en la que se negó el acceso al derecho pensional reclamado por falta de semanas de cotización.

próximo año, excluyendo el pago de los intereses remuneratorios que se compensan con el uso del bien objeto del citado negocio jurídico¹¹⁷. En el contrato consta la consagración del derecho de retención, en caso de que no se satisfaga la prestación adeudada.

- En sede de revisión, el actor especificó que los egresos de la familia corresponden a un valor aproximado de \$ 1.900.000 pesos, los cuales incluyen la manutención de la hija que se encuentra cursando sus estudios universitarios en la ciudad de Manizales¹¹⁸, la manutención del hijo que adelanta estudios de pre-icfes¹¹⁹ y el arriendo del lugar donde viven¹²⁰. El resto de gastos familiares y manutención se está cubriendo con la suma prestada, la cual deberá ser reintegra en su totalidad en el 2016.

- La familia no cuenta con ingresos ni rentas adicionales, más allá de la propiedad sobre un vehículo marca zoyte nomada modelo 2008, el cual se emplea para transitar en la ciudad de Cali.

Del recuento realizado se infiere que los ingresos de la familia se redujeron, pues pasaron de \$ 1.820.000 a \$ 1.500.000, mientras los gastos se aumentaron como consecuencia del traslado de ciudad, entre otras razones, porque se tuvo que asumir el pago de una suma por arrendamiento. Por lo demás, para poder cubrir la diferencia reseñada y solventar las necesidades originadas por el nuevo hogar, se asumió una deuda por \$ 20.000.000 millones de pesos, cuyo pago difícilmente se podrá realizar, sin comprometer la propiedad sobre su vehículo o el bien inmueble que tienen en la ciudad de Pasto. Por otra parte, se destaca que los gastos continúan en aumento, ya que se tendrá que cubrir los costos de educación del hijo que acaba de terminar el bachillerato.

En este contexto, el panorama del actor y de su familia resalta la existencia de una efectiva situación de desprotección, en la que sus condiciones económicas se han visto seriamente afectadas, ya que no sólo se redujeron sus ingresos, sino que también se ha tenido que asumir una deuda para poder cubrir sus necesidades básicas, impulsados por el ofrecimiento de un trabajo para la cónyuge del accionante en una ciudad distinta a la de su morada. Sin embargo, el salario que ésta percibe no alcanza para cubrir los gastos actuales del hogar, ni los que presumiblemente se generaran en el futuro.

Aunado a lo anterior, el actor es un señor de 67 años cuya vida laboral se ha enfocado en la docencia, cuya labor no podrá realizar en ninguna otra entidad pública y cuyo acceso al mercado privado no se observa como algo realmente factible, por su avanzada edad y por los indicadores que muestran la alta tasa de desocupación en los adultos mayores¹²¹. Precisamente, al revisar el Registro Único de Afiliados a la

¹¹⁷ Folio 24 del Cuaderno 1.

¹¹⁸ La suma de \$ 800.000 pesos por concepto de alimentación, vivienda, transporte y material académico.

¹¹⁹ La suma de \$ 400.000 pesos por concepto de estudios, vestido y transporte.

¹²⁰ La suma de \$ 700.000 pesos.

¹²¹ En un estudio del Ministerio de Salud se señala que sólo el 29.9% de las personas adultas mayores entre 60 y 79 años continúan participando en el mercado laboral, la mayor parte en actividades de hogar, en el sector rural y con bajas coberturas en seguridad social. Al respecto, se puede consultar el siguiente documento: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Documents/Situacion%20Actual%20de%20las%20Personas%20adultas%20mayores.pdf>

Protección Social (RUAF), se aprecia que el actor aparece como inactivo en su afiliación al régimen de pensiones y que tiene la condición de beneficiario en el sistema de salud, hechos que son indicativos de la dificultad que ha tenido para encontrar una fuente alternativa de ingresos que le permita cubrir sus requerimientos básicos y los de su núcleo familiar. Por lo demás, tanto el monto de lo que fue su salario como sus bienes resaltan que no se trata de una familia con una proyección de ahorros que les permita cubrir sus gastos actuales y futuros, incluso su condición de docente vinculado a la carrera desde el año 2005, sugiere su estabilidad con el servicio público y la exclusión de actividades distintas como soporte económico.

Visto lo anterior, esta Sala concluye que la Secretaría de Educación de Pasto efectivamente vulneró el derecho fundamental al mínimo vital del accionante, al desvincularlo del servicio tras alcanzar la edad de retiro forzoso, sin valorar las circunstancias especiales de su caso y sin que previamente este hubiera obtenido una prestación que le asegurara ingresos periódicos para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Dicha situación lo condujo a él y a su núcleo familiar a un escenario en el que han visto disminuidos sus ingresos, teniendo que asumir deudas y en el que los gastos continúan en aumento por las necesidades de educación de sus hijos. Por ello, no cabe duda que la valoración cualitativa del mínimo vital, aun teniendo en cuenta los ingresos actuales de la familia, permiten la procedencia del amparo.

4.6.3.7.3. Resta por determinar si el actor se encuentra en algunas de las dos hipótesis que ha desarrollado la jurisprudencia para armonizar la protección del mínimo vital frente a la exigibilidad del retiro forzoso. De los hechos del caso se observa que el señor Díaz Bastidas ha cotizado 1174 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que para acceder a la pensión de vejez, conforme a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se requiere acreditar un total de 1300 semanas. De lo anterior se infiere que le resta tan sólo 126 semanas, esto es, menos de tres años para tener derecho a su jubilación.

Por consiguiente, le es aplicable al accionante la protección que se ha brindado a las personas que les falta un corto período de tiempo para acceder al citado derecho pensional, en el que el parámetro de definición temporal, como lo sostuvo el juez de primera instancia, es máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, como también se ha dispuesto en los procesos de reestructuración del Estado o de supresión de entidades públicas, a través de lo que se ha denominado prepensionados.

En este sentido, se revocará la decisión de segunda instancia proferida el 6 de abril de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto y, en su lugar, dadas las circunstancias particulares y específicas del caso, se ordenará a la Secretaría de Educación de Pasto que, dentro de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reintegre al señor Ángel Tomás Díaz Bastidas al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de similar categoría al que ocupaba, teniendo en cuenta sus competencias, hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina.

Finalmente, en criterio de esta Sala de Revisión, es improcedente la solicitud referente al pago de salarios y prestaciones sociales, por una parte, porque no existió una efectiva prestación del servicio; y por la otra, porque más allá de las circunstanciales

puntuales y específicas que justifican este amparo, la entidad demandada actuó conforme a una causal legal (cuya inaplicación aquí se dispone) y su proceder estuvo matizado por el hecho de que el propio accionante no expuso en ninguna de sus solicitudes la situación especial de prepensionado que tan sólo se pone de presente en esta acción.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 6 de abril de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, que a su vez revocó la decisión adoptada el 18 de diciembre de 2014 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de la misma ciudad. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al mínimo vital del señor Ángel Tomás Díaz Bastidas.

Segundo.- En consecuencia, **ORDENAR** a la Secretaría de Educación de Pasto que, dentro de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reintegre al señor Ángel Tomás Díaz Bastidas al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de similar categoría al que ocupaba, teniendo en cuenta sus competencias, hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, **LÍBRESE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO
MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA T-643/15**

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-La orden de reintegro se sustenta en la protección del derecho fundamental al mínimo vital, permitiéndole al actor completar el tiempo de servicios exigido por la entidad de seguridad social y acceder así a la pensión de jubilación (Aclaración de voto)

La orden de reintegro impartida se sustenta en la protección del derecho fundamental al mínimo vital, motivo por el cual, la entidad accionada debe cumplir lo ordenado por la Corte, permitiéndole al actor completar el tiempo de servicios exigido por la entidad de seguridad social y acceder así a la pensión de jubilación. Tal es la finalidad específica que persigue la medida tendiente a la reanudación de labores. Advierto que tal observación se hace necesaria, en la medida en que se puede generar ambigüedad respecto de las consecuencias jurídicas derivadas de la decisión que restituye el vínculo laboral.

PENSION DE JUBILACION POR APORTES PREVISTA EN LEY 71 DE 1988- Se accede con 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo (Aclaración de voto)

Teniendo en cuenta lo señalado por la norma que consagra la pensión por aportes, es claro que el actor cumple con el tiempo exigido por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, puesto que bastaba con acreditar 1028 semanas para acceder a la prestación económica, situación que confirma que el accionante completó el tiempo de servicios exigido por la Ley 71 de 1988 y, debía reconocérsele la pensión solicitada. Situación que tomó en cuenta la Secretaría de Educación de Pasto para desvincularlo, solo que no acató la línea jurisprudencial según la cual debió esperar a que se incluyera en nómina al pensionado una vez se reconociera efectivamente su derecho.

Referencia: Expediente T-4.963.569

Acción de tutela instaurada Ángel Tomas Díaz Bastidas en contra de la Secretaría de Educación de Pasto y con vinculación al proceso de Fidupervisora S.A.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Si bien comparto la decisión tomada por la Sala Tercera de Revisión de conceder el amparo del derecho al mínimo vital, y ordenar el reintegro del señor Ángel Tomas Díaz Bastidas a un cargo de similar categoría al que venía desempeñando,

hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina. Debo precisar, que la orden de reintegro en el caso concreto, constituye un amparo que se deriva del examen y el alcance interpretativo que el precedente constitucional ha decantado, con la finalidad de dar eficacia a los derechos fundamentales.

Si bien conforme prescriben las leyes laborales, el reintegro conlleva la no solución de continuidad del vínculo laboral y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, incluidos los aportes a la seguridad social, en este caso, dicha medida no va acompañada de esas consecuencias bajo el entendido de que la misma claramente, no se apoya en una ley ordinaria específica, sino en la materialización de valores y principios constitucionales con los precisos alcances que esta corte fija o delimita. La orden de reintegro impartida se sustenta en la protección del derecho fundamental al mínimo vital, motivo por el cual, la entidad accionada debe cumplir lo ordenado por la Corte, permitiéndole al actor completar el tiempo de servicios exigido por la entidad de seguridad social y acceder así a la pensión de jubilación. Tal es la finalidad específica que persigue la medida tendiente a la reanudación de labores.

Advierto que tal observación se hace necesaria, en la medida en que se puede generar ambigüedad respecto de las consecuencias jurídicas derivadas de la decisión que restituye el vínculo laboral.

De otra parte, observo que el actor solicitó la pensión de jubilación por aportes¹²², y acreditó un total de 1.174 semanas, exigiéndosele un total 1250. Teniendo en cuenta lo señalado por la norma que consagra la pensión por aportes, es claro que el actor cumple con el tiempo exigido por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, puesto que bastaba con acreditar 1028 semanas para acceder a la prestación económica, situación que confirma que el señor Díaz Bastidas completó el tiempo de servicios exigido por la Ley 71 de 1988 y, debía reconocérsele la pensión solicitada. Situación que tomó en cuenta la Secretaría de Educación de Pasto para desvincularlo, solo que no acató la línea jurisprudencial según la cual debió esperar a que se incluyera en nómina al pensionado una vez se reconociera efectivamente su derecho.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

¹²² Ley 71 de 1988 artículo 1° A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intermunicipal, comunal o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1340/2015
QUEJOSA Y RECURRENTE: CLARA BEATRIZ
NIETO HERNÁNDEZ**

**PONENTE: MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
SECRETARIA: LUZ HELENA OROZCO Y VILLA**

S Í N T E S I S

MATERIA DEL ASUNTO: Recurso interpuesto contra una sentencia dictada por un Tribunal Colegiado de Circuito.

AUTORIDADES RESPONSABLES:

- Segunda Sala Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo.

ACTOS RECLAMADOS:

- Sentencia definitiva de diecisiete de julio de dos mil catorce, emitida en el toca civil 682/2012 por la Segunda Sala Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo.

SENTIDO DEL FALLO RECURRIDO: Se negó el amparo solicitado a la parte quejosa.

RECURRENTE: Quejosa.

EL PROYECTO PROPONE:

Declarar fundado el agravio esgrimido por la recurrente y revocar la sentencia recurrida a partir de la contestación a las siguientes interrogantes:

¿Es inconstitucional el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo al establecer que, en caso de divorcio, solamente tendrá derecho al pago de alimentos el cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles?

Con base en la jurisprudencia de este Alto Tribunal sobre el derecho a la igualdad y utilizando una perspectiva de género, la consulta busca visibilizar la asimetría que suele surgir entre los cónyuges ante una determinada distribución de funciones al interior del hogar, a partir de la cual uno emprende su desarrollo profesional en el mercado laboral remunerado y el otro asume preponderantemente —cuando no exclusivamente— las cargas de las tareas domésticas y de cuidado de dependientes. Dicho reparto de responsabilidades

sostenido en el tiempo genera el debilitamiento de los vínculos del cónyuge que se dedica al hogar con el mercado laboral (oportunidades de empleo perdidas, pocas horas de trabajo remunerado, trabajos exclusivamente en el sector no estructurado de la economía y sueldos más bajos), el acceso más limitado a prestaciones de seguridad social y la disponibilidad de menor tiempo para la educación y la formación. El resultado, que llega a su nivel máximo con un eventual divorcio, es una significativa brecha económica en la pareja, que en última instancia puede colocar al cónyuge que asumió las tareas domésticas y de cuidado en tal desventaja que incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado.

El proyecto señala que el Poder Judicial de la Federación no puede ni debe cerrar los ojos ante esta realidad social. Antes bien, debe señalarse que tomar en consideración la eventual disparidad económica generada por la repartición de responsabilidades al interior del núcleo familiar no es una cuestión de mera voluntad sino un mandato derivado del derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, a partir de nuestro parámetro de constitucionalidad delimitado por el artículo 1° de la Constitución Federal, es posible identificar la obligación del Estado mexicano de garantizar la igualdad entre cónyuges, no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto el mismo. Este imperativo está explícitamente contenido en los artículos 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además de reconocer el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general, las disposiciones citadas proclaman la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, no sólo durante el matrimonio sino también en los arreglos relativos a la separación legal y la disolución del vínculo matrimonial. En este sentido, está prohibido todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, incluidos los gastos de manutención y la pensión alimenticia. Así lo apuntó el Comité de los Derechos Humanos en la Observación General No. 19, al definir los alcances del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De suerte tal que derivado de la normativa internacional, el derecho humano de igualdad y no discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos. Ello resulta de particular importancia al analizar el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares en el Estado de Hidalgo cuando establece la subsistencia de la obligación alimentaria entre ex cónyuges, cuya literalidad pareciera que deja fuera el supuesto en el que puede encontrarse uno de ellos que ha visto mermada su capacidad económica a partir de determinada repartición de responsabilidades durante el matrimonio, limitando la obligación a que el acreedor se encuentre “incapacitado” y carezca de bienes inmuebles.

Es por ello que la consulta estima que es **fundado** el agravio planteado por la recurrente toda vez que, leído en su literalidad, el artículo impugnado sí es violatorio de los derechos a la igualdad y no discriminación y a gozar de un nivel de vida adecuado o digno. Ello porque, de interpretarse dicho precepto como lo hicieron los órganos jurisdiccionales durante la secuela procesal en el presente

asunto, esto es, limitando la procedencia de una pensión alimenticia únicamente a la hipótesis consistente en que el acreedor se encuentre incapacitado física o mentalmente para obtener lo necesario para subsistir y carezca de bienes, se invisibiliza la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo, que igualmente puede constituir una causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria. En consecuencia, resulta un imperativo de igualdad y justicia contrarrestar dicha construcción hermenéutica a fin de garantizar el derecho fundamental de acceso a un nivel de vida adecuado del cónyuge que, por asumir preponderantemente las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, sufre una desventaja económica tal que incide en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para allegarse alimentos.

Asimismo, con base en los criterios de la Primera Sala sobre discriminación indirecta, se concluye que si bien el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares está formulado en términos neutrales y no establece una diferenciación en la subsistencia alimentaria en razón de sexo, existen datos estadísticos que demuestran que son las mujeres quienes preponderantemente asumen las cargas domésticas y de cuidado sin remuneración alguna, y por tanto, son el grupo social que en definitiva vería mermada en mayor medida que los hombres su capacidad para el logro de la autonomía económica y, que ante una eventual separación, podrían encontrar mayores dificultades para reinsertarse en el mercado laboral remunerado a fin de allegarse de recursos necesarios.

Ahora bien, la consulta advierte que es posible salvar la vulneración a los derechos a la igualdad y al acceso a un nivel de vida adecuado a los que se ha hecho referencia haciendo una interpretación conforme del artículo impugnado, lo que se realiza a través de la siguiente pregunta:

A la luz de los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, ¿cómo debe interpretarse dicho precepto?

Esta Primera Sala concluye que, a fin de no reproducir la desigualdad material que puede surgir a partir de la distribución de las funciones en el núcleo familiar, el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo debe interpretarse conforme al artículo 1° y 4° de la Constitución Federal, de forma tal que en la porción normativa que hace referencia a que el cónyuge solicitante del pago de alimentos *“esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia”*, se entienda incluido el supuesto del cónyuge que, por haber asumido en mayor medida que el otro las cargas domésticas y de cuidado, se encuentre en una desventaja económica tal que incida en su capacidad para hacerse los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Lo anterior toda vez que la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo constituye una causa objetiva, real y legítima de

necesidad alimentaria que debe ser aliviada en la medida de lo posible por quien se benefició directamente de dicha distribución de funciones en el núcleo familiar.

En el entendido de que los jueces de lo familiar deberán atender a las circunstancias de cada caso concreto para determinar el monto y la modalidad de la obligación alimentaria entre ex cónyuges. Al respecto, deberán tomar en consideración elementos tales como el ingreso del deudor, las necesidades del acreedor; nivel de vida de la pareja, acuerdos a los que hubieran llegado cuando conformaban una pareja; la edad y el estado de salud de ambos; su calificación profesional, experiencia laboral y posibilidad de acceso a un empleo; duración del matrimonio; dedicación pasada y futura a la familia; y, en general, cualquier otra circunstancia que el juzgador considere relevante.

PUNTOS RESOLUTIVOS:

PRIMERO.-En la materia de la revisión, se revoca la sentencia recurrida.

SEGUNDO.-Devuélvase los autos al Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito, para los efectos precisados en el último apartado de esta resolución.

RUBROS DE LAS TESIS QUE CITA EL PROYECTO:

“ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL”

“ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR DE LOS MISMOS CONSTITUYE EL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS.”

“ALIMENTOS. EL CONTENIDO, REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS DEPENDERÁ DEL TIPO DE RELACIÓN FAMILIAR DE QUE SE TRATE.”

“ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR ALIMENTARIO ES ESTRICAMENTE INDIVIDUAL Y SURGE DE LA NECESIDAD Y NO DE LA COMODIDAD”

“ALIMENTOS. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS VA MÁS ALLÁ DEL MERO ÁMBITO ALIMENTICIO EN ESTRICTO SENTIDO”

“DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES”

“PENSIÓN COMPENSATORIA. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLA ES DE NATURALEZA DISTINTA A LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA QUE SURGE DE LAS RELACIONES DE MATRIMONIO, PUES EL PRESUPUESTO BÁSICO PARA SU PROCEDENCIA CONSISTE EN LA EXISTENCIA DE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO”.

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.”

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO”

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”

“IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. DEBE APLICARSE ESTE MÉTODO ANALÍTICO EN TODOS LOS CASOS QUE INVOLUCREN RELACIONES ASIMÉTRICAS, PREJUICIOS Y PATRONES ESTEREOTÍPICOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL GÉNERO DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS”

“DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O POR RESULTADOS. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN”

“IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR CUESTIONES DE GÉNERO. PARA ANALIZAR SI UNA LEY CUMPLE CON ESTE DERECHO FUNDAMENTAL, DEBE TENERSE EN CUENTA QUE LA DISCRIMINACIÓN PUEDE SER DIRECTA E INDIRECTA”.

“PENSIÓN COMPENSATORIA. ELEMENTOS A LOS QUE DEBERÁ ATENDER EL JUEZ DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE DETERMINAR EL MONTO Y LA MODALIDAD DE ESTA OBLIGACIÓN”

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1340/2015
QUEJOSA Y RECURRENTE: CLARA BEATRIZ
NIETO HERNÁNDEZ**

**PONENTE: MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
SECRETARIA: LUZ HELENA OROZCO Y VILLA**

SUMARIO

Rodolfo Copca García demandó de Clara Beatriz Nieto Hernández la cancelación de la pensión alimenticia provisional a la que había sido condenado previamente en un juicio de divorcio, la devolución de las pensiones alimenticias otorgadas, y la desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal. La demandada reconvino del actor el pago de una pensión alimenticia definitiva con el argumento de haberse dedicado preponderantemente a las labores del hogar y cuidado de los hijos durante el vínculo matrimonial y una indemnización por daños y perjuicios por la violencia familiar de la que refirió ser objeto. Una vez seguida la secuela procesal, el Juez de primera instancia dictó sentencia en la que consideró procedente únicamente la acción de cancelación de pensión alimenticia. Inconforme, Clara Beatriz Nieto Hernández interpuso recurso de apelación. El tribunal de alzada dictó sentencia en la que confirmó la resolución apelada. En consecuencia, la demandada solicitó el amparo de la justicia federal, que le fue negado. Inconforme, la quejosa interpuso recurso de revisión, objeto de la presente resolución.

CUESTIONARIO

¿Cuál es el origen de la institución jurídica de los alimentos? ¿Es inconstitucional el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo al prever que, en caso de divorcio, solamente tendrá derecho al pago de alimentos el cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles? A la luz de los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, ¿cómo debe interpretarse dicho precepto?

México, Distrito Federal. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión correspondiente al siete de octubre de dos mil quince, emite la siguiente:

RESOLUCIÓN

Mediante la que se resuelve el amparo directo en revisión 1340/2015, interpuesto por Clara Beatriz Nieto Hernández, contra la sentencia dictada el doce de febrero de dos mil quince dictada por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito en el juicio de amparo directo 908/2014.

I. ANTECEDENTES

1. **Juicio de origen**¹. Rodolfo Copca García demandó de Clara Beatriz Nieto Hernández, en la vía escrita familiar, la cancelación de la pensión alimenticia decretada en el juicio escrito familiar de divorcio unilateral con número de expediente 799/2011, del índice del Juzgado Tercero Familiar del Distrito Judicial de Pachuca, Hidalgo, así como la devolución de las pensiones alimenticias pagadas, la desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal, y los gastos y costas.
2. Como hechos, el actor señaló medularmente que en ese proceso fue decretado el divorcio entre él y la demandada, pero quedó subsistente la pensión alimenticia provisional hasta en tanto ese aspecto se dilucidara en un juicio diverso, para lo cual promovió el nuevo litigio, pues —según explicó— su ex cónyuge ya no se encontraba en el supuesto para la procedencia de alimentos.
3. **Radicación del asunto.** El conocimiento de dicha controversia le correspondió al Juzgado Tercero de lo Familiar del Distrito Judicial de Pachuca, quien la registró con el número de expediente 769/2012.
4. **Contestación a la demanda.** La demandada se allanó a la desocupación del inmueble y negó la procedencia de la acción de cancelación de la pensión alimenticia oponiendo las defensas y excepciones que estimó pertinentes. Esencialmente, señaló que la cancelación resultaba improcedente porque como ex cónyuge estaba incapacitada para obtener lo necesario para subsistir y además carecía de bienes, toda vez que durante la duración del vínculo matrimonial se había dedicado por entero al desempeño del hogar y al cuidado de los hijos, sin contar con la posibilidad de estudiar una carrera ni desarrollar una vida profesional.
5. Asimismo, la demandada reconvino del actor: i) el pago de una pensión alimenticia definitiva y ii) una indemnización en razón de reparación de daños y perjuicios por daño moral causado por la violencia psicológica, patrimonial y económica de la cual refirió ser objeto.
6. **Sentencia de primera instancia.** Una vez sustanciado el proceso, el Juez de primera instancia dictó sentencia en la que consideró improcedente el pago de una pensión alimenticia definitiva. Al respecto, el juzgador estimó que la actora reconvenional no acreditó encontrarse incapacitada ni física ni mentalmente para obtener lo necesario para subsistir y que tampoco había justificado carecer de bienes inmuebles, como lo exige el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo.
7. En cuanto a la acción de daños y perjuicios vinculados con la violencia intrafamiliar, el juez concluyó que las afectaciones que pudo haber generado el matrimonio quedaron saldadas con la indemnización correspondiente en el juicio de divorcio. Consecuentemente, el juzgador decretó procedente la acción principal de cancelación de la pensión alimenticia provisional.
8. **Recurso de apelación y sentencia de segunda instancia.** En contra de dicha sentencia, Clara Beatriz Nieto Hernández interpuso recurso de apelación, del cual

¹ Los antecedentes que se relatan han sido reconstruidos a partir de un análisis de las constancias que obran en el cuaderno de amparo 908/2014 del índice del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito, fojas 56-85.

correspondió conocer a la Segunda Sala Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo, que lo registró bajo el toca 682/2012.

9. El diecisiete de julio de dos mil catorce, la Sala dictó sentencia en la que resolvió **confirmar** la resolución apelada.

II. TRÁMITE DEL JUICIO DE AMPARO

10. **Demanda de amparo.** Mediante escrito presentado el veinticinco de agosto de dos mil catorce, Clara Beatriz Nieto Hernández promovió juicio de amparo directo, del cual correspondió conocer al Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito. El Presidente de dicho tribunal admitió la demanda y ordenó su registro con el número de expediente 908/2014.
11. En su escrito de demanda, la quejosa señaló como preceptos violados los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, alegó la inconstitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo.
12. **Amparo adhesivo.** Mediante escrito presentado el diecisiete de septiembre de dos mil catorce ante la autoridad responsable, Rodolfo Copca García promovió juicio de amparo adhesivo, mismo que fue admitido el veintisiete de noviembre siguiente por el Presidente del Tribunal Colegiado.
13. **Resolución del juicio de amparo.** En sesión del doce de febrero de dos mil quince, el Tribunal Colegiado resolvió **negar** el amparo a la quejosa en contra de la resolución impugnada. Asimismo, el tribunal declaró **sin materia** el juicio de amparo adhesivo presentado por Rodolfo Copca García.
14. **Interposición del recurso de revisión.** Inconforme con dicha resolución, la quejosa interpuso recurso de revisión mediante escrito presentado el cinco de marzo de dos mil quince.
15. **Trámite del recurso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** Recibidos los autos en este Alto Tribunal, por acuerdo de Presidencia de diez de abril de dos mil quince, se admitió el recurso de revisión y se registró con el número 1340/2015. Asimismo, se ordenó su turno al Ministro José Ramón Cossío Díaz y, por ende, su radicación a la Primera Sala del propio órgano, dado que la materia del asunto corresponde a su especialidad.²
16. La Primera Sala se avocó al conocimiento del asunto mediante acuerdo de seis de mayo de dos mil quince, y el Presidente ordenó el envío de los autos a la ponencia designada para elaborar el proyecto de resolución correspondiente el día catorce siguiente.

III. COMPETENCIA

² Amparo directo en revisión en el que se actúa, fojas 43-45.

17. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer del presente recurso de revisión, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 81, fracción II, de la Ley de Amparo vigente; 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; en relación con el Acuerdo General Plenario 9/2015 publicado en el Diario Oficial de la Federación el doce de junio del dos mil quince, en virtud de haberse interpuesto en contra de la sentencia dictada por un Tribunal Colegiado de Circuito en un juicio de amparo directo.

IV. OPORTUNIDAD

18. El recurso de revisión planteado por la parte quejosa fue interpuesto en tiempo y forma, pues la sentencia se notificó a las partes por medio de lista el diecinueve de febrero de dos mil quince; surtió efectos al día hábil siguiente (veinte de febrero), por lo que el plazo de diez días que el artículo 86 de la Ley de Amparo concede para interponer el recurso de revisión corrió del lunes veintitrés de febrero al viernes seis de marzo de dos mil quince, con exclusión del cómputo de los días veintiocho de febrero y primero de marzo, por corresponder a sábado y domingo y ser inhábiles, en términos de los artículos 23 de la Ley de Amparo y 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
19. Por lo tanto, si el recurso de revisión fue presentado el cinco de marzo del dos mil quince en el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito, resulta indudable que se interpuso **oportunamente**.

V. CUESTIONES NECESARIAS PARA RESOLVER EL ASUNTO

20. A fin de demostrar la procedencia del recurso de revisión, es importante dar cuenta de los conceptos de violación planteados en la demanda de amparo; de las razones que el Tribunal Colegiado tomó en cuenta para negar la protección de la justicia federal y, finalmente, de los agravios planteados por la recurrente.
21. **Demanda de amparo.** La quejosa hizo valer los siguientes conceptos de violación:

21.1. En su **primer concepto de violación**, la quejosa adujo que el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo³ contraviene el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los diversos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello —argumentó— porque al establecer como condición *sine qua non* para la procedencia de los alimentos que el cónyuge esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia, ignora el mandato de adecuada equivalencia de responsabilidades en la disolución del matrimonio previsto en la Convención Americana, en detrimento de la honra y decoro de quien durante el

³ **Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo**

Artículo 476 Ter. En los casos de divorcio, el juez podrá decretar el pago de alimentos a favor del cónyuge que este incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. Esta obligación cesara cuando el acreedor incapacitado:

I. Contraiga nuevas nupcias;

II. Se una en concubinato o mantenga una relación de pareja;

III. Recupere la capacidad; o

IV. Sobrevenga el nacimiento de un hijo de persona distinta al deudor.

vínculo matrimonial no pudo desarrollarse económicamente por haber dedicado su potencial de crecimiento a la estabilidad de los hijos y de la familia.

21.2. Según la quejosa, dicho precepto debe interpretarse de conformidad con el principio *pro persona*, de forma tal que permita el más amplio acceso de protección de la familia posible y se cumplan las condiciones de equidad desde la perspectiva de género, tomando en consideración que cuando la mujer se dedica enteramente a las labores del hogar, en obvio detrimento de su desarrollo profesional, se crea una disparidad económica entre cónyuges que, de no corregirse, deriva en la precariedad de uno de ellos. En este sentido, la quejosa señaló que la interpretación que debe darse al precepto es a la luz del artículo 4° de la Constitución Federal, exigiendo la adecuada equivalencia de responsabilidades en el proceso de divorcio y el reconocimiento a la dignidad de la acreedora alimentista desde una perspectiva de género.

21.3. Asimismo, la quejosa señaló que el precepto violenta el principio de no discriminación pues impone un trato igual al cónyuge que dedicó su vida a las labores del hogar y se quedó sin educación y preparación, en relación con aquel que tuvo oportunidad de desarrollarse alcanzando un nivel profesional y económico superior, lo que se traduce en un trato igual a desiguales.

21.4. Con base en lo anterior, la quejosa argumentó que el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares vigente en el Estado de Hidalgo es inconstitucional al condicionar el otorgamiento de una pensión alimenticia definitiva a favor del cónyuge que no dio lugar a la solicitud de divorcio, a que dicha persona se encuentre incapacitada física o mentalmente para obtener lo necesario para su subsistencia, pues dicha prescripción legislativa deja de reconocer el supuesto que se presenta cuando la cónyuge se dedica a las labores del hogar y por ello no puede educarse ni desarrollarse profesionalmente, lo que la deja al momento de la disolución del vínculo matrimonial en enorme desventaja en el mercado laboral formal, obligándola a realizar actividades económicas precarias que no le darán jamás el nivel de vida que tenía.

21.5. En su **segundo concepto de violación**, la quejosa alegó que la interpretación realizada por la autoridad responsable del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo fue incorrecta, específicamente sobre la porción normativa “incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia”.

21.6. Según la quejosa, la Sala responsable determinó incorrectamente que el término “incapacidad” se refiere a una imposibilidad física o mental para realizar una función en específico y obtener lo necesario para subsistir, sin tomar en cuenta el grado de preparación, género y edad del cónyuge en cuestión. Con ello —adujo—, el tribunal de alzada violentó los artículos 4° de la Constitución y 11 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con diversos artículos de la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

21.7. Al respecto, la quejosa argumentó que el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares de la entidad no debe interpretarse literalmente, sino sistemáticamente con los preceptos que regulan los alimentos y protegen a la

familia y el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. Así, el precepto debe aplicarse buscando la interpretación más favorable que permita la protección más amplia, de conformidad con el artículo 4° de la Constitución, y tomando en consideración los principios subyacentes de equivalencia de responsabilidades en el divorcio conservando el honor y decoro de los ex cónyuges.

21.8. Para fortalecer su argumentación, la quejosa hizo alusión a la perspectiva de género que debió adoptar la autoridad responsable, de conformidad con la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de forma tal que advirtiera la desigualdad material que suscita el matrimonio cuando uno solo de los cónyuges se dedica a las labores del hogar y cuidado de los hijos. De este modo, señaló que la interpretación de la palabra “incapacidad” previsto como elemento de la acción debe apreciar las circunstancias particulares de cada caso concreto a fin de construir un concepto más adecuado a la realidad social. Al respecto, la quejosa apuntó que la Sala debió estudiar su grado de preparación, género y edad para determinar su aptitud real o material para obtener lo necesario para su subsistencia, con el consecuente decoro y honra al que tiene derecho, y no exigir la incapacidad física o mental para actualizar la obligación alimentaria a fin de amortiguar los efectos de la desigualdad que genera el matrimonio.

21.9. Asimismo, la quejosa hizo diversos planteamientos sobre el valor y alcance probatorio otorgado a las pruebas testimoniales rendidas durante el juicio, y defendió la subsistencia de la presunción legal a su favor para recibir alimentos. En este sentido, la quejosa señaló que fue desacertado que la Sala responsable resolviera que no goza de la presunción legal de recibir alimentos por el simple hecho de que fue disuelto el vínculo matrimonial.

21.10. Además, respecto del elemento de la acción relativo a que el ex cónyuge solicitante no tenga bienes inmuebles, la quejosa adujo que fue ilegal la reversión de la carga de la prueba por tratarse de un hecho negativo.

21.11. En su **tercer concepto de violación**, la quejosa sostuvo que la Sala hizo una incorrecta apreciación del elemento de la acción relativa a la indemnización por violencia intrafamiliar. Según la inconforme, la autoridad responsable declaró indebidamente como improcedente su agravio, bajo la excusa de que tal acción no se encuentra contemplada en la legislación familiar y que, en todo caso, esa reparación quedó satisfecha mediante el pago de la compensación que el demandado le otorgó en cumplimiento de la sentencia definitiva. Además de apuntar que la compensación no está relacionada con los daños que se generan por violencia, la quejosa condenó que la Sala dejara de analizar y estudiar sus argumentos, así como las evidencias aportadas tendientes a demostrar los extremos de la violencia intrafamiliar de la cual refirió ser objeto.

21.12. Finalmente, en su **cuarto concepto de violación**, la quejosa alegó la ilegalidad de la sentencia reclamada por carecer de fecha de suscripción, así como la ausencia de facultades de la Sala responsable para corregir tal deficiencia mediante la figura de la aclaración de sentencia.

21.13. Aunado a la ausencia de los elementos esenciales de toda resolución judicial, la quejosa apuntó que se violaron en su perjuicio los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal, así como de los artículos 46 y 267 del Código de Procedimientos Familiares, ya que la aclaración de la sentencia se realizó fuera del plazo legal.

22. **Sentencia recurrida.** El Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito resolvió negar el amparo a la quejosa. Para ello, ofreció las siguientes razones:

22.1. Respecto del primer concepto de violación encaminado a impugnar la constitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, el Tribunal Colegiado sostuvo que el mismo era por un lado **inoperante** y por otro **infundado**.

22.2. La inoperancia la hizo descansar en que los aspectos vertidos en torno a la inconstitucionalidad de lo dilucidado en el proceso de divorcio constituían cosa juzgada, por existir un juicio de amparo directo contra la sentencia que decretó el divorcio, en el que la quejosa impugnó la legislación que derogó las causales de divorcio por estimar que no protegía la igualdad y la equivalencia de responsabilidades en el proceso, lo que el mismo Tribunal Colegiado declaró infundado.⁴

22.3. Por su parte, respecto de la argumentación tendente a demostrar que el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares vigente en el Estado de Hidalgo es inconstitucional porque impone un trato igual al cónyuge que dedicó su vida a las labores propias del hogar y se quedó sin educación o preparación, en relación con aquel que tuvo oportunidad de desarrollarse alcanzando un nivel profesional y/o económico superior, el Tribunal Colegiado lo desestimó.

22.4. En primer lugar, el Tribunal Colegiado estableció que el precepto en cuestión no impone una desigualdad, pues fija una situación legal derivada de un divorcio que coloca a hombres y mujeres sujetos a su alcance, en las mismas condiciones, ya que aquellos que concluyeron un matrimonio tendrán derecho a reclamar de quien fuera su cónyuge una pensión alimenticia siempre que demuestren incapacidad para subsistir y que carezcan de bienes inmuebles. En este sentido, el tribunal afirmó que el precepto no funda su procedencia haciendo una distinción de género, pues no es exclusiva para la mujer ni tampoco condiciona el régimen por el cual en su momento vivieron los consortes, pues opera para todo aquel que disuelto el matrimonio presente una incapacidad para subsistir.

22.5. Así, según el Tribunal Colegiado, las condiciones de educación, sexo, edad y nivel socioeconómico acostumbrado de la quejosa no la colocaron a en un plano

⁴ En la sentencia aquí recurrida, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito refirió que en el juicio de amparo directo 138/2012, en sesión de veinticuatro de mayo de dos mil doce, concedió a la quejosa el amparo a fin de que la responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada (que disolvió el vínculo matrimonial) y emitiera otra, en la cual reiterara lo que había sido materia de la concesión y fijara una pensión alimenticia a favor de la solicitante de amparo hasta en tanto se resolviera la situación jurídica de las demás cuestiones matrimoniales. El Tribunal Colegiado destacó que en esa ejecutoria se abordó entre los conceptos de violación, la transgresión a los artículos 1 y 14 de la Constitución, así como 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 1, 8 y 17 de la Convención Americana, pues la disidente sostenía que la sentencia que entonces combatía se fundó en una norma inconveniente, al decretar la disolución del vínculo matrimonial por divorcio unilateral, basándose en la nueva legislación que derogó las causales de divorcio, sin proteger la igualdad y la equivalencia de responsabilidades en el proceso de divorcio, lo que fue descartado por el Tribunal Colegiado.

diferente al de todo gobernado, menos aún de quien fuera su cónyuge, porque de justificar dicha incapacidad para subsistir podría reclamar del otro una pensión alimenticia con motivo del divorcio.

22.6. En segundo lugar, en relación con la alegada violación a la dignidad humana, el Tribunal Colegiado consideró como infundado que el artículo 474 Ter vulnerara la honra y el decoro, pues en nada impide o condiciona desarrollarse como individuo bajo las expectativas, principios y valores que cada uno decida, pues la necesidad de trabajar no implica en sí misma una actividad que denigre a la persona.

22.7. Agotado el análisis sobre la inconstitucionalidad planteada, el Tribunal Colegiado abordó los restantes conceptos de violación vinculados con consideraciones de legalidad del acto reclamado. En el primer punto, respecto de la debida interpretación del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, específicamente sobre la palabra “incapacidad”, el tribunal de amparo sostuvo que al margen del significado gramatical de la palabra, la connotación dada por la autoridad responsable era correcta, pues de permitir lo que pretendía la quejosa, esto es, que cualquier otro tipo de incapacidad impusiera al demandado la obligación de otorgar alimentos a quien fuera su esposa, generaría inseguridad jurídica y daría lugar a innumerables condiciones que los beneficiarios podrían plantear para colocarse en ese supuesto.

22.8. Reforzarían lo anterior —agregó el Tribunal Colegiado— los criterios pronunciados por los órganos del Poder Judicial de la Federación sobre la incapacidad que debe acreditar un adulto que solicita alimentos y el que pretende se le absuelva de esa obligación, en los que ha imperado el razonamiento consistente en que quien pretenda ese beneficio debe acreditar que verdaderamente está imposibilitado para subsistir por sí mismo, lo cual sólo puede ocurrir cuando se lo impide una afección física o mental. Como ejemplos, el Tribunal Colegiado aludió al criterio consistente en que los hijos mayores de edad (que no se encuentran en la hipótesis de estar estudiando una carrera universitaria) tienen la carga de acreditar que requieren alimentos porque presentan una incapacidad física o mental que les impide obtenerlos por sí mismos, así como el caso de los padres incapacitados para otorgar alimentos a sus hijos, a quienes se les exige demostrar que esa incapacidad es física o mental para verse liberados de la obligación.

22.9. En cuanto a la denuncia de la quejosa consistente en que el tribunal de alzada debió adoptar una perspectiva de género al momento de fallar el asunto, el Tribunal Colegiado lo estimó **infundado**, al concluir que no existió en la controversia una asimetría de poder o un desequilibrio entre las partes.

22.10. Por lo que hace al argumento de la quejosa en el que alegó que se valoraron de forma incorrecta las pruebas testimoniales, el Tribunal Colegiado sostuvo que dichos conceptos de violación eran **inoperantes**, pues los testigos no se pronunciaron en torno a su incapacidad física o mental, que era el elemento central de la acción.

22.11. Por otro lado, sobre la subsistencia de la presunción legal a favor de la quejosa de necesitar alimentos, el tribunal de amparo señaló que al momento del divorcio, dicha presunción desaparece, ya que no podría pretenderse que

subsistan sólo los efectos que en su momento le beneficiaron y no así el vínculo disuelto. Asimismo, en lo relacionado con la carga de la prueba de acreditar que la ex cónyuge solicitante no tenga bienes inmuebles, el Tribunal Colegiado determinó que el argumento era fundado pero **inoperante**, ya que a nada práctico conduciría otorgar el amparo pues, al no estar demostrado el primer elemento de la acción (incapacidad física o mental), la justificación del segundo no cambiaría el sentido de la sentencia combatida.

22.12. En relación con el tercer concepto de violación, el Tribunal Colegiado estableció que, si bien eran incorrectas las razones expresadas por la autoridad responsable para negar la procedencia de la acción relativa a la indemnización por violencia intrafamiliar, a nada práctico conduciría conceder el amparo para que el tribunal de alzada analizara dicha problemática, pues la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en que se sustenta la acción únicamente conmina a las entidades federativas a regular la violencia intrafamiliar como causal de divorcio y pérdida de la patria potestad, no así como una acción indemnizatoria.

22.13. Por último, el Tribunal Colegiado calificó como **infundados** los motivos de disenso expresados respecto de la aclaración de sentencia, al considerar que dicha institución procesal sí era aplicable al caso concreto y no contravenía los derechos de audiencia ni de debido acceso a la justicia, además de especificar que el plazo previsto para solicitar la aclaración opera para las partes, no así para el supuesto en el que sea el tribunal quien oficiosamente lo estime necesario.

23. **Agravios.** El recurso de revisión contiene el siguiente motivo de inconformidad:

23.1. En su **único** agravio, la recurrente alega que el Tribunal Colegiado realizó una incorrecta apreciación del acto reclamado y por lo tanto interpretó de forma errada el artículo 4º de la Constitución Federal, lo que lo llevó a concluir equivocadamente que el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo era constitucional.

23.2. Específicamente, la recurrente combate la inoperancia decretada por el Tribunal Colegiado respecto a los argumentos vertidos en la demanda de amparo consistentes en que el precepto impugnado es violatorio del mandato de establecer una adecuada equivalencia de responsabilidades en la disolución del matrimonio, así como del alegato relacionado con que el tribunal de alzada no adoptó una perspectiva de género al interpretar el artículo.

23.3. Al respecto, la recurrente señala que el Tribunal Colegiado diseccionó indebidamente tales argumentos de los demás esgrimidos sobre la inconstitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo para calificarlos como inoperantes, con el supuesto —a su parecer, falso— de que fueron materia de la ejecutoria de amparo derivada del juicio de divorcio. La recurrente refiere que el Tribunal Colegiado pasó por alto que en aquel juicio de amparo no se sometió a discusión la constitucionalidad del artículo 476 Ter ni de las disposiciones relativas al otorgamiento de la pensión alimenticia, por lo que fue incorrecta la determinación judicial consistente en que sus motivos de disenso fueran inatendibles.

23.4. Ya sobre el fondo del asunto, la recurrente manifiesta que el Tribunal Colegiado no analizó la constitucionalidad del artículo impugnado bajo una perspectiva de género. Contrariamente a lo resuelto por el tribunal de amparo, la recurrente argumenta que el hecho de que la norma pueda aplicarse a cualquier persona que se sitúe en las situaciones hipotéticas normativas encontradas en el artículo impugnado, sin hacer distinción entre hombres y mujeres, no lo hace acorde al principio de igualdad, pues se pasa por alto que para juzgar con perspectiva de género debe reconocerse la desigualdad material que deriva de las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad sexo-género. Lo anterior —agrega la recurrente— implica advertir que en ocasiones tratar igual a los desiguales genera una profunda injusticia y vulnera los derechos humanos de las personas, como en el caso concreto.

23.5. En este sentido, la recurrente aduce que al exigirse la incapacidad como requisito indispensable para el otorgamiento de una pensión alimenticia, se excluye la posibilidad de interpretar y aplicar el derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de los hombres y mujeres dentro del matrimonio, así como apreciar las circunstancias particulares que pueden darse en cada núcleo familiar. Ello —señala— impide que el juez analice la distribución inequitativa de recursos y poder, con la consecuente violación de derechos, como es el supuesto de que la cónyuge no pueda desarrollarse económicamente por haberse dedicado al hogar y al cuidado de los hijos, en obvio detrimento de una actividad profesional, generándose una disparidad económica que la deja en precariedad, sin oficio ni profesión para subsistir en el nivel socioeconómico que tuvo durante el matrimonio.

23.6. Además, la recurrente denuncia que el Tribunal Colegiado haya fragmentado el análisis de los argumentos vertidos en los conceptos de violación, estudiando por separado la alegada transgresión a la honra del agravio sobre el trato discriminatorio del precepto impugnado. Así, la recurrente señala que nunca refirió que el hecho de que la cónyuge tuviera que trabajar violara su honra y decoro, como incorrectamente lo apreció el Tribunal Colegiado, sino que al no juzgar con perspectiva de género, se vulnera la dignidad del cónyuge ante el obstáculo de que se valoren sus circunstancias particulares para acceder a una pensión alimenticia, a pesar de no tener una incapacidad física.

23.7. Con esta argumentación, la recurrente impugna la constitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares de la entidad, señalando que vulnera el derecho a la igualdad y el mandato de realizar una adecuada equivalencia de responsabilidades en la disolución del matrimonio previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el precepto desconoce la desigualdad material que se produce cuando la mujer se dedica de forma preponderante a las labores del hogar y renuncia a su desarrollo profesional con la finalidad de cumplir con su deber moral de vigilancia en el cuidado y crianza de los hijos, así como la procuración del otro cónyuge para que éste puede desarrollarse profesionalmente.

VI. PROCEDENCIA DEL RECURSO

24. Los requisitos de procedencia de la revisión en amparo directo han sido interpretados y clarificados en numerosas tesis jurisprudenciales y aisladas de esta Corte, actualmente desarrollados mediante el Acuerdo General 9/2015 que

contiene los criterios para identificar cuándo es procedente este recurso excepcional. En esa labor de identificación se distinguen dos momentos.

25. En el primero se parte de que el recurso de revisión es procedente en contra de las sentencias que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, siempre y cuando en ellas se decida o se omita decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general, o se establezca la interpretación directa de un precepto constitucional o de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, siempre que dichos temas hubieren sido planteados en la demanda de amparo.
26. Como segundo paso debe analizarse, para efectos de la procedencia del recurso, si los referidos temas de constitucionalidad entrañan la fijación de un criterio de importancia y trascendencia, requisitos que se actualizan:
 - i) Cuando se trate de la fijación de un criterio novedoso o de relevancia para el orden jurídico nacional; o,
 - ii) Cuando las consideraciones de la sentencia recurrida entrañen el desconocimiento u omisión de los criterios emitidos por la Suprema Corte referentes a cuestiones propiamente constitucionales.
27. **Planteamiento de constitucionalidad.** Esta Primera Sala advierte que el presente recurso de revisión contiene un genuino planteamiento de constitucionalidad que justifica su procedencia.
28. Lo anterior toda vez que, tanto de los conceptos de violación de la demanda de amparo directo como de la sentencia ahora recurrida y los agravios formulados por la recurrente, se aprecia que la *litis* del caso se centra en el análisis de la constitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, a la luz de los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
29. A dicha problemática constitucional se avocó el tribunal federal que conoció de la demanda de amparo directo, desestimando los conceptos de violación esgrimidos por la recurrente al calificarlos en una parte *inoperantes* y, en otra, *infundados*. Por su parte, la recurrente contravirtió dichas consideraciones mediante su recurso de revisión.
30. **Importancia y trascendencia.** En lo respectivo a los criterios de importancia y trascendencia, esta Primera Sala estima que los mismos también se satisfacen en el caso particular. En efecto, le corresponde a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de garante constitucional, determinar si el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo —que limita la subsistencia de la obligación alimentaria al cónyuge que se encuentra incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles— vulnera el derecho a la igualdad y el mandato de adecuada equivalencia de responsabilidades al disolverse el matrimonio y, en su caso,

establecer cómo debe interpretarse dicho precepto a la luz de los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal.

31. Por tanto, la decisión y los criterios que se adopten en el presente asunto pueden tener un gran impacto en los litigios en los que, tratándose de divorcio unilateral o sin expresión de causa, uno de los cónyuges solicite al otro el pago de alimentos con base en dicho artículo, mismo que se reproduce de forma similar en diversas entidades federativas.
32. En consecuencia, existiendo planteamientos importantes y suficientes de constitucionalidad para colmar los requisitos de procedencia del recurso de revisión y no habiendo jurisprudencia sobre la normativa invocada en el presente caso, se determina que el recurso es **procedente**.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

33. **Materia de análisis constitucional** Esta Primera Sala advierte que el estudio del presente recurso debe circunscribirse a los agravios de la recurrente encaminados a combatir la inoperancia decretada por el Tribunal Colegiado sobre ciertos argumentos esgrimidos por la recurrente en la demanda de amparo, así como la determinación judicial sobre la constitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, también combatida por la recurrente.
34. Sobre la inoperancia decretada por el Tribunal Colegiado, esta Primera Sala advierte que son **fundados** los agravios encaminados a combatirla. En efecto, según el Tribunal Colegiado, los argumentos sobre la inconstitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo por contravenir el mandato de adecuada equivalencia de responsabilidades en la disolución del matrimonio previsto en la Convención Americana son inoperantes, por constituir *cosa juzgada* a partir del juicio de amparo directo contra la sentencia que decretó el divorcio entre la quejosa y el tercero interesado.⁵ Sin embargo, como bien señaló la recurrente, en aquel juicio de amparo no se impugnó la constitucionalidad del artículo 476 Ter, sino que la materia se circunscribió a cuestionar la regularidad constitucional del decreto publicado el 31 de marzo de dos mil once que reformó la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, particularmente la derogación de las causales de divorcio necesario contenidas en el artículo 103 de dicha ley, así como preceptos del Código de Procedimientos

⁵ Como se narró en el apartado anterior, en el juicio de amparo 138/2012, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito, en sesión de veinticuatro de mayo de dos mil doce, concedió a la quejosa el amparo a fin de que la responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada (que disolvió el vínculo matrimonial) y emitiera otra, en la cual reiterara lo que había sido materia de la concesión y fijara una pensión alimenticia provisional a favor de la solicitante de amparo hasta en tanto se resolviera la situación jurídica de las demás cuestiones matrimoniales. En esa ejecutoria se abordó entre los conceptos de violación, la transgresión a los artículos 1° y 14 de la Constitución, así como 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 1°, 8° y 17 de la Convención Americana, pues la disidente sostenía que la sentencia que entonces combatía se fundó en una norma inconventional, el artículo 103 de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, al decretar la disolución del vínculo matrimonial por divorcio unilateral, basándose en la nueva legislación que derogó las causales de divorcio, sin proteger la igualdad y la equivalencia de responsabilidades en el proceso de divorcio, lo que fue calificado por el Tribunal Colegiado como infundado. No obstante, el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares no fue invocado ni aplicado en aquel juicio.

Familiares para el Estado de Hidalgo que regulan el procedimiento legal para declarar el divorcio sin expresión de causa.

35. Por lo tanto, no podría aducirse con corrección que existe cosa juzgada sobre la constitucionalidad de un artículo que ni siquiera fue aplicado por la autoridad responsable ni impugnado por la quejosa en sus conceptos de violación, y si bien en aquel juicio el Tribunal Colegiado analizó la posible vulneración de los derechos de igualdad y equivalencia de responsabilidades *en el proceso de divorcio*, no lo hizo en relación con el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, que se centra en la subsistencia de la obligación alimentaria *después del divorcio*. Tan es así que el tribunal de amparo concedió la protección constitucional a fin de que se fijara una pensión alimenticia provisional a favor de la solicitante hasta en tanto se resolviera la situación jurídica de las demás cuestiones matrimoniales con fundamento en el artículo 472 del código familiar adjetivo⁶, no así en el precepto que en la secuela procesal del presente juicio de amparo está impugnado.
36. Consecuentemente, esta Primera Sala considera que debe levantarse la inoperancia decretada por el Tribunal Colegiado y entrar de lleno al estudio sobre la constitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo a la luz de los planteamientos esgrimidos por la recurrente. Ello se realizará a través de las siguientes preguntas:
- **¿Cuál es el origen de la institución jurídica de los alimentos?**
 - **¿Es inconstitucional el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo al establecer que, en caso de divorcio, solamente tendrá derecho al pago de alimentos el cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles?**

⁶ Artículo 472.- Desde que se presenta la solicitud de divorcio, se dictarán de oficio las medidas provisionales pertinentes, mismas que subsistirán durante el tiempo que sea necesario, pudiendo ser ratificadas o modificadas en la audiencia, prevista en el artículo 473 de este ordenamiento o en la sentencia, conforme a las disposiciones siguientes:

I.- La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés de la familia, lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará con el uso de la vivienda familiar;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que, a título de alimentos, debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las medidas que se estimen convenientes, para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal, en su caso. El Juez podrá ordenar a petición de parte y sin necesidad de otorgar garantía, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Estado de Hidalgo y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establezca respecto a la mujer que quede embarazada;

V.- Poner a los hijos al cuidado del cónyuge que, de común acuerdo, designen los mismos, así como, las modalidades del derecho de visita y convivencia con el progenitor que no tenga la custodia; y

No será obstáculo para decretar la custodia el hecho de que se carezca de recursos económicos.

Los menores de doce años quedarán al cuidado de la madre, salvo que se afecte el interés superior del menor.

VI.- Las demás que considere necesarias.

➤ **A la luz de los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, ¿cómo debe interpretarse dicho precepto?**

37. Será la respuesta a estas interrogantes la que permitirá establecer si el precepto es respetuoso o no de la Constitución Federal. Para ello, es necesario recordar en primer término cuál es el contenido del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo.

Artículo 476 Ter. En los casos de divorcio, el Juez podrá decretar el pago de alimentos a favor del cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. Esta obligación cesará cuando el acreedor incapacitado:

I.- Contraiga nuevas nupcias;

II.- Se una en concubinato o mantenga una relación de pareja;

III.- Recupere la capacidad; o

IV.- Sobrevenga el nacimiento de un hijo de persona distinta al deudor.

38. De la transcripción del precepto se desprende que el legislador del Estado de Hidalgo estableció la subsistencia de la obligación alimentaria en favor de aquel cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. A su vez, la cesación de dicha obligación se actualiza en el supuesto de que el acreedor contraiga nuevas nupcias; se una en concubinato o mantenga una relación de pareja; recupere la capacidad para allegarse por sí solo de alimentos; o sobrevenga el nacimiento de un hijo de persona distinta al deudor. Esta construcción legislativa obliga a formular la primera interrogante:

¿Cuál es el origen de la institución jurídica de los alimentos?

39. La doctrina y este Alto tribunal han sido coincidentes en definir al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra, deudor alimentario, lo necesario para vivir. En ese contexto, los alimentos consisten en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, caracterizándose esta obligatoriedad legal por ser recíproca. El cumplimiento de la obligación alimentaria, además, se considera de interés social y orden público.⁷
40. En relación con su origen, esta Primera Sala ha establecido que la obligación alimentaria surge como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentran determinadas personas a las que la ley les reconoce la posibilidad de

⁷ 1a. CXXXVI/2014 (10a.), visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, tomo I, página 788, de rubro y texto siguientes: **“ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL.** La procuración de alimentos trasciende de los integrantes del grupo familiar, al ser su cumplimiento de interés social y orden público. Así, el Estado tiene el deber de vigilar que entre las personas que se deben esta asistencia, se procuren de los medios y recursos suficientes cuando alguno de los integrantes del grupo familiar carezca de los mismos y se encuentre en la imposibilidad real de obtenerlos. Por lo tanto, los alimentos gozan de ciertas características que se deben privilegiar dado el fin social que se protege a través de los mismos, esto es, la satisfacción de las necesidades del integrante del grupo familiar que no tiene los medios para allegarse de los recursos necesarios para su subsistencia.”

solicitar lo necesario para su subsistencia.⁸ En consecuencia, para que nazca la obligación de alimentos es necesario que concurren tres presupuestos: (i) el estado de necesidad del acreedor alimentario; (ii) un determinado vínculo entre acreedor y deudor; y (iii) la capacidad económica del obligado a prestarlos.

41. En este sentido, es claro que el estado de necesidad del acreedor alimentario constituye el origen y fundamento de la obligación de alimentos, entendiendo por éste aquella situación en la que pueda encontrarse una persona que no puede mantenerse por sí misma, pese a que haya empleado una normal diligencia para solventarla y con independencia de las causas que puedan haberla originado. Sin embargo, **las cuestiones relativas a quién y en qué cantidad se deberá dar cumplimiento a esta obligación de alimentos dependerá de la relación de familia existente entre acreedor y deudor, el nivel de necesidad del primero y la capacidad económica de este último, de acuerdo con la regulación específica y las circunstancias de cada caso concreto.**⁹
42. Este Alto tribunal ha señalado que el estado de necesidad referido surge, como su nombre lo indica, de la necesidad y no de la comodidad, por lo que es evidente que quien tiene posibilidades para trabajar no puede exigir de otro la satisfacción de sus necesidades básicas. Además, se trata de un derecho estrictamente individual, por lo que para que se actualice la obligación de alimentos es necesario tener en cuenta la necesidad del acreedor de los mismos y no el de las personas que tiene a su cargo.¹⁰

⁸ 1a. CCCLVI/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, página 587, de rubro y texto siguientes: **“ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR DE LOS MISMOS CONSTITUYE EL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS.** La institución jurídica de los alimentos descansa en las relaciones de familia y surge como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentran determinadas personas a las que la ley les reconoce la posibilidad de solicitar lo necesario para su subsistencia. En consecuencia, podemos concluir que para que nazca la obligación de alimentos es necesario que concurren tres presupuestos: (i) el estado de necesidad del acreedor alimentario; (ii) un determinado vínculo familiar entre acreedor y deudor; y (iii) la capacidad económica del obligado a prestarlos. En este sentido, es claro que el estado de necesidad del acreedor alimentario constituye el origen y fundamento de la obligación de alimentos, entendiendo por éste aquella situación en la que pueda encontrarse una persona que no puede mantenerse por sí misma, pese a que haya empleado una normal diligencia para solventarla y con independencia de las causas que puedan haberla originado. Sin embargo, las cuestiones relativas a quién y en qué cantidad se deberá dar cumplimiento a esta obligación de alimentos dependerán directamente de la relación de familia existente entre acreedor y deudor, el nivel de necesidad del primero y la capacidad económica de este último, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto.”

⁹ 1a. CCCLIX/2014 (10a.), visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, página 586, de rubro y texto siguientes: **“ALIMENTOS. EL CONTENIDO, REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS DEPENDERÁ DEL TIPO DE RELACIÓN FAMILIAR DE QUE SE TRATE.** Esta Primera Sala ya ha establecido que la obligación de dar alimentos surge de la necesidad de un sujeto con el que se tiene un vínculo familiar; sin embargo, es importante precisar que el contenido, regulación y alcances de dicha obligación variará dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso concreto, pero particularmente del tipo de relación familiar en cuestión. En este sentido, la legislación civil o familiar en nuestro país reconoce una serie de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la pensión compensatoria en casos de divorcio.”

¹⁰ 1a. CCCLVII/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, página 586, de rubro y texto siguientes: **“ALIMENTOS. EL ESTADO**

43. Por otra parte, en cuanto al contenido material de la obligación de alimentos, debe decirse que la misma va más allá del ámbito meramente alimenticio, pues también comprende educación, vestido, habitación, atención médica y demás necesidades básicas que una persona necesita para sobrevivir. Al respecto, esta Primera Sala recientemente resolvió el **amparo directo en revisión 1200/2014**¹¹, en sesión del ocho de octubre de dos mil catorce, en el que advirtió que la institución de alimentos está íntimamente relacionada con **el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado o digno**, de suerte tal que el pleno cumplimiento a la obligación alimentaria depende a su vez de la completa satisfacción de las necesidades arriba apuntadas.¹²
44. Para sustentarlo, se recordó que el derecho a los alimentos tiene como eje funcional la **dignidad humana**, concepto respecto del cual el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho humano que debe ser respetado en todo caso, al constituir la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. En consecuencia, se aclaró que si bien sería posible sostener que corresponde al Estado asegurar la dignidad humana mediante la satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos a través de servicios sociales, es preciso considerar que los derechos humanos gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos, también su exigencia se vislumbra bajo una función objetiva exigible en las relaciones entre particulares.¹³

DE NECESIDAD DEL ACREEDOR ALIMENTARIO ES ESTRICTAMENTE INDIVIDUAL Y SURGE DE LA NECESIDAD Y NO DE LA COMODIDAD. Esta Primera Sala ya ha establecido que el estado de necesidad del acreedor alimentario constituye el origen y fundamento de la obligación de alimentos. En este sentido, es importante destacar que este estado de necesidad surge, como su nombre lo indica, de la necesidad y no de la comodidad, por lo que es evidente que quien tiene posibilidades para trabajar no puede exigir de otro la satisfacción de sus necesidades básicas. Además, se trata de un derecho estrictamente individual, por lo que para que se actualice la obligación de alimentos se debe tener en cuenta la necesidad del acreedor de los mismos y no de las personas que tiene a su cargo.”

¹¹ Resuelta por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra del emitido por la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien se reservó su derecho a formular voto particular.

¹² 1a. CCCLVIII/2014 (10a.), visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, página 585, de rubro y texto siguientes: “**ALIMENTOS. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS VA MÁS ALLÁ DEL MERO ÁMBITO ALIMENTICIO EN ESTRICTO SENTIDO.** En lo referente al contenido material de la obligación de alimentos, esta Primera Sala considera que la misma va más allá del ámbito meramente alimenticio, pues también comprende educación, vestido, habitación, atención médica y demás necesidades básicas que una persona necesita para su subsistencia y manutención. Lo anterior, pues si tenemos en cuenta que el objeto de la obligación de alimentos consiste en la efectivización del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado, es indispensable que se encuentren cubiertas todas las necesidades básicas de los sujetos imposibilitados y no solamente aquellas relativas en estricto sentido al ámbito alimenticio.”

¹³ 1a. CCCLV/2014 (10a.), consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, página 598, de rubro y texto siguientes: “**DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES.** Esta Primera Sala considera que, en un primer momento, sería posible sostener que corresponde únicamente al Estado asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos mediante servicios sociales, seguros o pensiones en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y, en general, cualquier otro supuesto previsto en las leyes de la materia por el que una persona se encuentre imposibilitada para acceder a medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, esta Primera Sala considera

45. En esta lógica, la legislación civil y familiar en nuestro país reconoce una serie de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia. En el caso de la obligación derivada de las relaciones de matrimonio y concubinato, esta Primera Sala ha sostenido que la misma deriva del deber de contribuir al sostenimiento de la familia, lo que implica que en condiciones normales, la pareja guarda una obligación recíproca de proporcionarse todos los medios y recursos necesarios para cubrir necesidades de la vida en común y establecer las bases para la consecución de los fines de cada vínculo.
46. Ahora, no debe perderse de vista que la obligación alimentaria es asumida por los cónyuges con motivo justamente del vínculo matrimonial, por lo que es válido decir que dicha obligación desaparece cuando el vínculo queda disuelto, lo que es lógico, porque la relación jurídica que le dio origen ya no existe. No obstante, es de suma importancia destacar que existen casos específicos previstos en la ley en los que, a pesar de la terminación de ese vínculo, la obligación subsiste. Sin embargo, debe enfatizarse que el consecuente contenido obligacional goza de una naturaleza distinta al que se deriva del matrimonio, lo que ya ha sido reconocido por este Alto tribunal.
47. En efecto, el **amparo directo en revisión 269/2014**¹⁴, esta Primera Sala desarrolló en términos generales el concepto de pensión compensatoria o por desequilibrio económico entre ex cónyuges en relación con el derecho fundamental de acceso a un nivel de vida adecuado. En dicho precedente, este órgano jurisdiccional precisó que la pensión alimenticia entre ex cónyuges fue originalmente concebida por el legislador como un medio de protección a la mujer, la cual tradicionalmente no realizaba actividades remuneradas durante el matrimonio, y se enfocaba únicamente en las tareas de mantenimiento del hogar y cuidado de los hijos, de tal manera que la pensión surgió como una forma de “compensar” a la mujer las actividades domésticas realizadas durante el tiempo que duró el matrimonio y por las que se vio impedida para realizar otro tipo de actividades mediante las que hubiera podido obtener ingresos propios.

que no es correcto sostener que la satisfacción de este derecho corresponde exclusivamente al Estado en los supuestos anteriormente señalados pues, derivado de su propia naturaleza, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan entre los particulares, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia. Efectivamente, si bien es cierto que la obligación de proporcionar alimentos en el ámbito familiar es de orden público e interés social y, por tanto, el Estado tiene el deber de vigilar que en efecto se preste dicha asistencia, en última instancia corresponde a los particulares, derivado de una relación de familia, dar respuesta a un estado de necesidad en el que se encuentra un determinado sujeto, bajo circunstancias específicas señaladas por la propia ley. En consecuencia, es posible concluir que del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado emanan obligaciones tanto para el Estado en el ámbito del derecho público -régimen de seguridad social- como para los particulares en el ámbito del derecho privado -obligación de alimentos-, derivándose de la interacción y complementación de ambos aspectos la plena eficacia del derecho fundamental en estudio.”

¹⁴ Sentencia de veintidós de octubre de dos mil catorce, resuelta por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra del emitido por el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular.

48. Así las cosas, en la ejecutoria se explicó que a diferencia de la obligación alimentaria con motivo de una relación matrimonial o de concubinato, la cual encuentra su fundamento en los deberes de solidaridad y asistencia mutuos de la pareja, la pensión compensatoria encuentra su razón de ser en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al momento de disolverse el vínculo matrimonial, en el que alguno de los dos quizás enfrente una desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Este criterio fue posteriormente recogido en la tesis de rubro: **“PENSIÓN COMPENSATORIA. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLA ES DE NATURALEZA DISTINTA A LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA QUE SURGE DE LAS RELACIONES DE MATRIMONIO, PUES EL PRESUPUESTO BÁSICO PARA SU PROCEDENCIA CONSISTE EN LA EXISTENCIA DE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO”**.¹⁵
49. En este contexto, y como punto de partida para el análisis de los motivos de agravio planteados por la recurrente, es dable señalar que la Primera Sala ha esbozado diversos pronunciamientos en el sentido de asociar la subsistencia de la obligación alimentaria entre ex cónyuges con el reconocimiento del posible desequilibrio económico que pudo sufrir uno de los miembros de la entonces pareja a partir de la distribución de funciones al interior del hogar que mermó su capacidad de allegarse de recursos para satisfacer sus necesidades.
50. Ahora bien, en la legislación familiar del Estado de Hidalgo, el legislador previó la subsistencia de la obligación alimentaria a partir del divorcio únicamente en favor de aquel cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. En el asunto que nos ocupa, la hoy recurrente impugnó dicho artículo al estimar que contraviene el derecho a la igualdad, el mandato de adecuada equivalencia de responsabilidades en la

¹⁵ 1a. CCCLXXXVII/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, tomo I, página 725, cuyo texto es: Esta Primera Sala advierte que en el caso del matrimonio, la legislación civil o familiar en nuestro país establece una obligación de dar alimentos como parte de los deberes de solidaridad y asistencia mutuos. Así, en condiciones normales, la pareja guarda una obligación recíproca de proporcionarse todos los medios y recursos necesarios para cubrir las necesidades de la vida en común y establecer las bases para la consecución de los fines del matrimonio. Sin embargo, una vez decretada la disolución del matrimonio esta obligación termina y podría, en un momento dado, dar lugar a una nueva que responde a presupuestos y fundamentos distintos, la cual doctrinariamente ha recibido el nombre de "pensión compensatoria", aunque en la legislación de nuestro país se le refiera genéricamente como pensión alimenticia. En efecto, se advierte que a diferencia de la obligación de alimentos con motivo de una relación matrimonial o de concubinato, la pensión compensatoria encuentra su razón de ser en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al momento de disolverse el vínculo matrimonial. En este sentido, esta Primera Sala considera que el presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión compensatoria consiste en que, derivado de las circunstancias particulares de cada caso concreto, la disolución del vínculo matrimonial coloque a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Por tanto, podemos concluir que la imposición de una pensión compensatoria en estos casos no se constriñe sencillamente a un deber de ayuda mutua, sino que además tiene como objetivo compensar al cónyuge que durante el matrimonio se vio imposibilitado para hacerse de una independencia económica, dotándolo de un ingreso suficiente hasta en tanto esta persona se encuentre en posibilidades de proporcionarse a sí misma los medios necesarios para su subsistencia.

disolución del matrimonio y la honra y decoro de quien se dedicó a las labores del hogar durante el vínculo matrimonial, pues no toma en consideración la desventaja económica que puede sufrir el miembro de la pareja que hizo a un lado su desarrollo profesional por asumir las cargas domésticas y de cuidado de los hijos. Particularmente, la recurrente sostuvo que el Tribunal Colegiado no adoptó una perspectiva de género, denunciando que el órgano jurisdiccional pasó por alto la desigualdad material que surge a partir de los roles que asumen hombres y mujeres al interior del núcleo familiar.

51. Lo anterior conduce a la segunda interrogante:

¿Es inconstitucional el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo al establecer que, en caso de divorcio, solamente tendrá derecho al pago de alimentos el cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles?

52. Como ya lo ha sostenido esta Primera Sala de manera reiterada, el derecho humano a la igualdad jurídica como principio adjetivo está reconocido en el artículo 1º, párrafos primero y quinto, de la Constitución Federal¹⁶, así como en los artículos 2º, apartado B; 4º, primer párrafo; 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII, constitucionales¹⁷, por medio de sus diversas manifestaciones de carácter específico como la igualdad de oportunidades de los indígenas, la igualdad entre el hombre y la mujer, la equidad tributaria o la igualdad en la

¹⁶ **Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

[...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

¹⁷ **Artículo 2o.** La Nación Mexicana es única e indivisible [...] B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Artículo 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

[...]

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Artículo 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

[...]

VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

percepción de salarios. A nivel convencional, ha sido reconocido en una multiplicidad de instrumentos internacionales, entre los que destacan los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²¹, y 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²².

53. De acuerdo a la normatividad anterior, la igualdad jurídica es un derecho humano expresado a través de un principio adjetivo, el cual invariablemente se predica de algo y consiste en que toda persona debe recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos en igualdad de condiciones que otra u otras personas, siempre y cuando se encuentren en una situación similar que sea jurídicamente relevante.
54. Este derecho se expresa normativamente a través de distintas modalidades o facetas, siendo la más ejemplificativa la prohibición de discriminar. El principio de no discriminación radica en que ninguna persona podrá ser excluida del goce de un derecho humano ni deberá de ser tratada de manera distinta a otra que presente similares características o condiciones jurídicamente relevantes; especialmente cuando tal diferenciación tenga como motivos el origen étnico, nacional o social, el género, la edad, las discapacidades, las preferencias

¹⁸ **Artículo 1.** Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹⁹ **Artículo 2.1.** Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²⁰ **Artículo 2.2.** Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²¹ **Artículo II.** Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

²² **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1.** Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

sexuales, el estado civil, la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, la posición económica o *“cualquier otra [diferenciación] que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas”* (artículo 1º, último párrafo, constitucional). Sirve como apoyo la tesis 1a. XLIV/2014 emitida por esta Primera Sala, de rubro: **“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES”**.²³

55. Sin embargo, debe insistirse en que el derecho a la no discriminación es conceptualmente *una* faceta o modalidad del derecho humano a la igualdad jurídica en su vertiente formal. En este sentido, la igualdad como derecho goza de mayor amplitud, pues tiene también la vertiente sustantiva o de hecho. Esta última radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad gozar y ejercer tales derechos. Resulta aplicable la tesis 1a. XLI/2014 emitida por esta Primera Sala, de rubro: **“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL**

²³ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, tomo I, página 645, cuyo texto es: “El citado derecho humano, como principio adjetivo, se configura por distintas facetas que, aunque son interdependientes y complementarias entre sí, pueden distinguirse conceptualmente en dos modalidades: 1) la igualdad formal o de derecho, y 2) la igualdad sustantiva o de hecho. La primera es una protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Las violaciones a esta faceta del principio de igualdad jurídica dan lugar a actos discriminatorios directos, cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no justificado constitucionalmente, o a actos discriminatorios indirectos, que se dan cuando la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello. Por su parte, la segunda modalidad (igualdad sustantiva o de hecho) radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos. Por ello, la violación a este principio surge cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación; además, su violación también puede reflejarse en omisiones, en una desproporcionada aplicación de la ley o en un efecto adverso y desproporcional de cierto contenido normativo en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes, con la diferencia de que, respecto a la igualdad formal, los elementos para verificar la violación dependerán de las características del propio grupo y la existencia acreditada de la discriminación estructural y/o sistemática. Por lo tanto, la omisión en la realización o adopción de acciones podrá dar lugar a que el gobernado demande su cumplimiento, por ejemplo, a través de la vía jurisdiccional; sin embargo, la condición para que prospere tal demanda será que la persona en cuestión pertenezca a un grupo social que sufra o haya sufrido una discriminación estructural y sistemática, y que la autoridad se encuentre efectivamente obligada a tomar determinadas acciones a favor del grupo y en posibilidad real de llevar a cabo las medidas tendentes a alcanzar la igualdad de hecho, valorando a su vez el amplio margen de apreciación del legislador, si es el caso; de ahí que tal situación deberá ser argumentada y probada por las partes o, en su caso, el Juez podrá justificarla o identificarla a partir de medidas para mejor proveer.”

ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO”.²⁴ En este sentido, los jueces pueden y deben adoptar ciertas medidas tendentes a alcanzar la igualdad *de facto* de un grupo social o de sus integrantes que sufran o hayan sufrido de una discriminación estructural o sistémica, pues lo harían en cumplimiento de la Constitución Federal y de los referidos tratados internacionales.

56. Una de las herramientas analíticas más útiles para identificar situaciones de desigualdad material consiste en adoptar una **perspectiva de género**. Este método permite verificar la existencia de condiciones de vulnerabilidad que impiden impartir justicia de manera completa e igualitaria y ha sido utilizado por esta Primera Sala, por ejemplo, para cuestionar la neutralidad del derecho aplicable²⁵, evaluar el impacto diferenciado de cierta medida legislativa²⁶, y ordenar las pruebas necesarias para aclarar una situación de violencia y discriminación por razón de género²⁷. Los elementos que involucran esta

²⁴ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, tomo I, página 647, cuyo texto es: “El derecho humano a la igualdad jurídica ha sido tradicionalmente interpretado y configurado en el ordenamiento jurídico mexicano a partir de dos principios: el de igualdad ante la ley y el de igualdad en la ley (los cuales se han identificado como igualdad en sentido formal o de derecho). El primer principio obliga, por un lado, a que las normas jurídicas sean aplicadas de modo uniforme a todas las personas que se encuentren en una misma situación y, a su vez, a que los órganos materialmente jurisdiccionales no puedan modificar arbitrariamente sus decisiones en casos que compartan la misma litis, salvo cuando consideren que deben apartarse de sus precedentes, momento en el que deberán ofrecer una fundamentación y motivación razonable y suficiente. Por lo que hace al segundo principio, éste opera frente a la autoridad materialmente legislativa y tiene como objetivo el control del contenido de la norma jurídica a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. No obstante lo anterior, debe destacarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es ciega a las desigualdades sociales, por lo que contiene diversas protecciones jurídicas a favor de grupos sujetos a vulnerabilidad, a través, por ejemplo, de manifestaciones específicas del principio de igualdad, tales como la igualdad entre el varón y la mujer (artículo 4o., párrafo primero) y la salvaguarda de la pluriculturalidad de los pueblos indígenas de manera equitativa (artículo 2o. apartado B). Así, la igualdad jurídica en nuestro ordenamiento constitucional protege tanto a personas como a grupos. De ahí que se considere que el derecho humano a la igualdad jurídica no sólo tiene una faceta o dimensión formal o de derecho, sino también una de carácter sustantivo o de hecho, la cual tiene como objetivo remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social.” Amparo directo en revisión 1464/2013. Blanca Esthela Díaz Martínez. 13 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

²⁵ Véase, por ejemplo, el amparo directo en revisión 2655/2013, en el que esta Primera Sala cuestionó la aplicación de las normas sustantivas por las cuales se decreta el divorcio y se condena a la pérdida de la patria potestad en el Estado de Guanajuato por “abandono del hogar conyugal” y “abandono de los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad”, en un caso de presunta violencia intrafamiliar.

²⁶ Véase, por ejemplo, el amparo directo 19/2014, en el que esta Primera Sala concluyó que el artículo 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal genera una discriminación indirecta en razón de orientación sexual cuando establece la subsistencia de la obligación alimentaria una vez disuelta la sociedad de convivencia por la mitad del tiempo que aquel previsto para las relaciones conyugales o concubinarias, lo que tiene un impacto diferenciado en parejas conformadas por personas del mismo sexo.

²⁷ Véase, por ejemplo, el amparo en revisión 554/2013, en el que esta Primera Sala conoció de un caso sobre la muerte violenta de una mujer y, advirtiendo negligencias, omisiones y obstrucciones en la investigación de los hechos, concedió el amparo a la quejosa (madre de la occisa) para que, de manera inmediata, se realizaran todas las diligencias necesarias para investigar con perspectiva de género lo sucedido.

metodología han quedado plasmados en la tesis aislada C/2014 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: **“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”**.²⁸

57. Es justamente esta perspectiva la que permite visibilizar la asimetría que suele surgir entre los cónyuges ante una determinada distribución de funciones al interior del hogar, a partir de la cual uno emprende su desarrollo profesional en el mercado laboral remunerado y el otro asume preponderantemente —cuando no exclusivamente— las cargas de las tareas domésticas y de cuidado de dependientes. Dicho reparto de responsabilidades sostenido en el tiempo genera el debilitamiento de los vínculos del cónyuge que se dedica al hogar con el mercado laboral (oportunidades de empleo perdidas, pocas horas de trabajo remunerado, trabajos exclusivamente en el sector no estructurado de la economía y sueldos más bajos), el acceso más limitado a prestaciones de seguridad social y la disponibilidad de menor tiempo para la educación y la formación. El resultado, que llega a su nivel máximo con un eventual divorcio, es una significativa brecha económica en la pareja, que en última instancia puede colocar al cónyuge que asumió las tareas domésticas y de cuidado en tal desventaja que incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado.
58. El Poder Judicial de la Federación no puede ni debe cerrar los ojos ante esta realidad social. Antes bien, debe señalarse que tomar en consideración la eventual disparidad económica generada por la repartición de responsabilidades al interior del núcleo familiar no es una cuestión de mera voluntad sino un mandato derivado del derecho a la igualdad y no discriminación.
59. En efecto, a partir de nuestro parámetro de constitucionalidad delimitado por el artículo 1° de la Constitución Federal, es posible identificar la obligación del Estado mexicano de garantizar la igualdad entre cónyuges, no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también

²⁸ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, página 523, cuyo texto es: “Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.”

una vez disuelto el mismo. Este imperativo está explícitamente contenido en los artículos 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

“Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

60. Además de reconocer el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general, las disposiciones citadas proclaman la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, no sólo durante el matrimonio sino también en los arreglos relativos a la separación legal y la disolución del vínculo matrimonial. En este sentido, está prohibido todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, incluidos los gastos de manutención y la pensión alimenticia. Así lo apuntó el Comité de los Derechos Humanos en la Observación General No. 19, al definir los alcances del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹.

²⁹ Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 – La Familia, en el 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN1/Rev7 en 171 (1990). Efectivamente, el Comité manifestó lo siguiente: “[...] 8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia,

61. De suerte tal que derivado de la normativa internacional, el derecho humano de igualdad y no discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos. Ello resulta de particular importancia al analizar el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares en el Estado de Hidalgo cuando establece la subsistencia de la obligación alimentaria entre ex cónyuges, cuya literalidad pareciera que deja fuera el supuesto en el que puede encontrarse uno de ellos que ha visto mermada su capacidad económica a partir de determinada repartición de responsabilidades durante el matrimonio, limitando la obligación a que el acreedor se encuentre “incapacitado” y carezca de bienes inmuebles.
62. Es por ello que esta Primera Sala estima que es **fundado** el agravio planteado por la recurrente toda vez que, **leído en su literalidad, el artículo impugnado sí es violatorio de los derechos a la igualdad y no discriminación y a gozar de un nivel de vida adecuado o digno.** Ello porque, de interpretarse dicho precepto como lo hicieron los órganos jurisdiccionales durante la secuela procesal en el presente asunto, esto es, limitando la procedencia de una pensión alimenticia únicamente a la hipótesis consistente en que el acreedor se encuentre incapacitado física o mentalmente para obtener lo necesario para subsistir y carezca de bienes, se invisibiliza la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo, que igualmente puede constituir una **causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria.** En consecuencia, resulta un imperativo de igualdad y justicia contrarrestar dicha construcción hermenéutica a fin de garantizar el derecho fundamental de acceso a un nivel de vida adecuado del cónyuge que, por asumir preponderantemente las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, sufre una desventaja económica tal que incide en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para allegarse alimentos.
63. Ahora bien, esta Primera Sala ha sostenido que la utilización de la perspectiva de género como herramienta de análisis no es exclusiva para aquellos casos en los que las *mujeres* alegan una vulneración al derecho a la igualdad. Si bien resulta indiscutible que históricamente han sido las mujeres las que más han sufrido la discriminación y exclusión derivada de la construcción cultural de la diferencia sexual —como reconoció el propio Constituyente en la reforma del artículo 4° de la Constitución Federal publicada el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la que se incorporó explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres— lo definitivo es que los estereotipos y perjuicios de género que generan situaciones de desventaja al momento de juzgar afectan tanto a hombres como mujeres.

la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio. 9. Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto [...].

64. De ahí que, en principio, la perspectiva de género en la impartición de justicia constituya un método que debe ser aplicado en todos los casos, independientemente del “género” de las personas involucradas, para detectar y eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo “hombres” o al grupo “mujeres”. Resulta aplicable la tesis 1a. LXXIX/2015 emitida por esta Primera Sala, de rubro: **“IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. DEBE APLICARSE ESTE MÉTODO ANALÍTICO EN TODOS LOS CASOS QUE INVOLUCREN RELACIONES ASIMÉTRICAS, PREJUICIOS Y PATRONES ESTEREOTÍPICOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL GÉNERO DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS”**.³⁰
65. No obstante, sería un error de este órgano jurisdiccional pasar por alto que la invisibilización del trabajo doméstico y de la eventual disparidad económica que puede surgir en el núcleo familiar a partir de determinada repartición de responsabilidades entre cónyuges, genera un tipo específico de discriminación. Efectivamente, esta Primera ha señalado que la discriminación puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes; sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. Resultan aplicables las tesis 1a. CCCLXXIV/2014, de rubro: **“DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O POR RESULTADOS. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN”**³¹, así como 1a. CCCVI/2014, de rubro: **“IGUALDAD Y NO**

³⁰ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, febrero de 2015, tomo II, página 1397, cuyo texto es: “Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, previstos en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género. Ahora bien, la utilización de esta herramienta de análisis para verificar si existe una situación de vulnerabilidad o prejuicio basada en el género de una persona, no es exclusiva para aquellos casos en que las mujeres alegan una vulneración al derecho a la igualdad, en virtud de que si bien es cierto que históricamente son las que más han sufrido la discriminación y exclusión derivadas de la construcción cultural de la diferencia sexual -como reconoció el Constituyente en la reforma al artículo 4o. de la Constitución Federal publicada el 31 de diciembre de 1974, en la que incorporó explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres-, también lo es que los estereotipos de género que producen situaciones de desventaja al juzgar, afectan tanto a mujeres como a hombres. De ahí que la perspectiva de género como método analítico deba aplicarse en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, independientemente del género de las personas involucradas, con la finalidad de detectar y eliminar las barreras y los obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo de “mujeres” u “hombres”.”

³¹ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, página 603, cuyo texto es: “Del derecho a la igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Federal y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, se desprende que la discriminación puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes; sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. En este sentido, los elementos de la discriminación indirecta son: 1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) **que afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social**; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar. De lo anterior se desprende que, a fin de que un alegato de discriminación indirecta pueda ser acogido, es indispensable la existencia de una situación comparable entre los grupos involucrados. Este ejercicio comparativo debe realizarse en el contexto de cada caso específico, así como acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás. Por su parte, a fin de liberarse de responsabilidad, el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma no tiene sólo una justificación objetiva sino que persigue un fin necesario.”

DISCRIMINACIÓN POR CUESTIONES DE GÉNERO. PARA ANALIZAR SI UNA LEY CUMPLE CON ESTE DERECHO FUNDAMENTAL, DEBE TENERSE EN CUENTA QUE LA DISCRIMINACIÓN PUEDE SER DIRECTA E INDIRECTA”.³²

66. En este sentido, si bien el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares está formulado en términos neutrales y no establece una diferenciación en la subsistencia alimentaria en razón de sexo, existen datos estadísticos que demuestran que son las mujeres quienes preponderantemente asumen las cargas domésticas y de cuidado sin remuneración alguna, y por tanto, son el grupo social que en definitiva vería mermada en mayor medida que los hombres su capacidad para el logro de la autonomía económica y, que ante una eventual separación, podrían encontrar mayores dificultades para reinsertarse en el mercado laboral remunerado a fin de allegarse de recursos necesarios.
67. En efecto, de conformidad con los resultados obtenidos de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo realizada en el dos mil catorce, son las mujeres quienes realizan mayoritariamente el trabajo no remunerado de los hogares, sufriendo el consecuente costo de oportunidad en el mercado laboral remunerado. Los datos arrojados por la encuesta referida son los siguientes:

ENCUESTA NACIONAL SOBRE USO DEL TIEMPO 2014

Estadísticas sobre el trabajo no remunerado en los hogares³³

³² Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 10, septiembre de 2014, tomo 1, página 579, cuyo texto es: “Para analizar si una ley ordinaria cumple o no con el derecho humano a la igualdad y no discriminación por cuestiones de género, reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se robustece con el numeral 4o., párrafo primero, de la propia Constitución, debe considerarse que dicha discriminación puede ser directa e indirecta. La directa se presenta cuando la ley da a las personas un trato diferenciado ilegítimo; mientras que la indirecta se actualiza cuando la discriminación se genera como resultado de leyes, políticas o prácticas que, en apariencia, son neutrales, pero que impactan adversamente en el ejercicio de los derechos de ciertos grupos o personas. Así, el legislador debe evitar el dictado de leyes que puedan crear una situación de discriminación de jure o de facto. Por tanto, al realizar el análisis en cuestión, debe verificarse que tanto el hombre como la mujer tengan las mismas oportunidades y posibilidades de obtener iguales resultados y, para ello, no siempre basta con que la ley garantice un trato idéntico, sino que, en ocasiones, deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre ellos y las que la cultura y la sociedad han creado para determinar si el trato que establece la ley para uno y otra es o no discriminatorio, considerando que en ciertas circunstancias será necesario que no haya un trato idéntico precisamente para equilibrar sus diferencias; sin embargo, en esos casos, el trato diferenciado deberá ser lo suficientemente objetivo y razonable y no atender directa o indirectamente contra la dignidad humana; de ahí que no debe tener por objeto obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades.”

³³ Resultados obtenidos a partir de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo realizada en el año 2014, http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_07_2.pdf Las cifras comprenden el tiempo total de trabajo no remunerado en los hogares dedicado por la población mayor de 12 años (con exclusión de la población indígena). Las cifras expuestas son representativas de la brecha que existe no sólo en la cantidad de horas dedicadas al trabajo no remunerado en el hogar sino también del desequilibrio entre hombres y mujeres en cuanto a las tareas que desempeña cada sexo cotidianamente. Como puede observarse de la tabla, en el trabajo no remunerado de los hogares, las mujeres triplican el tiempo registrado por los hombres. De esta manera queda evidenciada la desproporción que existe en cuanto al repartimiento de labores a nivel nacional.

Del total de horas dedicadas al trabajo, los hombres contribuyen el **12.8%**

Del total de horas dedicadas al trabajo, las mujeres contribuyen el **42.5%**

68. De acuerdo con estas cifras, en nuestro país las mujeres realizan tres veces más del trabajo no remunerado de los hogares, lo que demuestra que cualquier regulación al respecto tendrá mucho mayor impacto en la población femenina. Ello lleva a concluir que el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares genera una discriminación indirecta en razón de sexo, pues a pesar de su formulación neutral, afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social protegido por el artículo 1° de la Constitución Federal cuando limita la subsistencia de la obligación alimentaria a supuestos tan estrictos que no contemplen la desventaja económica derivada de la distribución inícuca de las funciones en el núcleo familiar, sufrida mayoritariamente por las mujeres.
69. Al respecto, debe destacarse que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha denunciado precisamente la necesidad de poner de manifiesto la función económica del trabajo doméstico realizado por la población femenina a nivel mundial³⁴, y en las Conclusiones convenidas en el 53° y en el 58° períodos de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (2009 y 2014)³⁵, se reconocieron expresamente las consecuencias de la desigualdad en el reparto de las responsabilidades en el núcleo familiar y la necesidad de valorar el trabajo de cuidado de personas no remunerado como un imperativo para mejorar la condición jurídica y social de las mujeres. Lo anterior demuestra que en el seno del sistema universal de derechos humanos se ha resaltado la dimensión claramente diferenciada en razón de sexo del trabajo en los hogares, pugnando tanto por su valoración como por su reducción y redistribución en un marco de corresponsabilidad social con un rol central del Estado.
70. De ahí que sea parcial e insuficiente la justificación realizada por el Tribunal Colegiado al defender la constitucionalidad del artículo 474 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo con el argumento de la construcción neutral del precepto, toda vez que el hecho de que el artículo no distinga entre hombres y mujeres no lo hace automáticamente respetuoso del derecho a la igualdad, sino que debe atenderse a la definición de “discriminación” más protectora en nuestro actual parámetro de constitucionalidad, contenida en la

³⁴ Específicamente, véase la Recomendación General N°17 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto, emitida en el Décimo período de sesiones (1991).

³⁵ La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es el principal órgano intergubernamental mundial dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Durante su período anual de sesiones, de dos semanas de duración, los representantes de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, las organizaciones de la sociedad civil y las entidades de las Naciones Unidas se reúnen en la Sede de las Naciones Unidas para debatir sobre los progresos logrados y decidir futuras acciones. Las conclusiones y recomendaciones de cada período de sesiones se envían al Consejo Económico y Social, órgano del que depende jerárquicamente la Comisión, para su seguimiento.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

“Artículo 1.

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto **o por resultado** menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

71. Ahora bien, esta Primera Sala advierte que es posible salvar la vulneración a los derechos a la igualdad y al acceso a un nivel de vida adecuado a los que se ha hecho referencia haciendo una interpretación conforme del artículo impugnado, lo que se realizará a través de la siguiente pregunta:

A la luz de los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, ¿cómo debe interpretarse dicho precepto?

72. Esta Primera Sala concluye que, a fin de no reproducir la desigualdad material que puede surgir a partir de la distribución de las funciones en el núcleo familiar, el artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo debe interpretarse conforme al artículo 1° y 4° de la Constitución Federal, de forma tal que en la porción normativa que hace referencia a que el cónyuge solicitante del pago de alimentos “*esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia*”, se entienda incluido el supuesto del cónyuge que, por haber asumido en mayor medida que el otro las cargas domésticas y de cuidado, se encuentre en una desventaja económica tal que incida en su capacidad para hacerse los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Lo anterior toda vez que la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo constituye una causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria que debe ser aliviada en la medida de lo posible por quien se benefició directamente de dicha distribución de funciones en el núcleo familiar.
73. En el entendido de que los jueces de lo familiar deberán atender a las circunstancias de cada caso concreto para determinar el monto y la modalidad de la obligación alimentaria entre ex cónyuges. Al respecto, deberán tomar en consideración elementos tales como el ingreso del deudor, las necesidades del acreedor; nivel de vida de la pareja, acuerdos a los que hubieran llegado cuando conformaban una pareja; la edad y el estado de salud de ambos; su calificación profesional, experiencia laboral y posibilidad de acceso a un empleo; duración del matrimonio; dedicación pasada y futura a la familia; y, en general, cualquier otra circunstancia que el juzgador considere relevante. Resulta ilustrativa la tesis 1a. CDXXXVIII/2014 emitida por esta Primera Sala, de rubro: **“PENSIÓN COMPENSATORIA. ELEMENTOS A LOS QUE DEBERÁ ATENDER EL JUEZ**

DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE DETERMINAR EL MONTO Y LA MODALIDAD DE ESTA OBLIGACIÓN”.³⁶

74. En este complejo análisis resulta de enorme importancia el concepto de **interseccionalidad**, desarrollado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer.³⁷ De conformidad con este término, la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad y la orientación sexual, entre otras. El enfoque interseccional implica considerar que las experiencias de victimización forman parte frecuentemente de una cadena de actos discriminatorios, en donde uno sigue a continuación de otro, de manera que la totalidad es mayor que la suma de sus partes.³⁸ En esta tesitura, en el caso específico que obliga al juez a determinar la capacidad de una persona para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades con la finalidad de establecer el monto y las modalidades de la pensión alimenticia, debe tomarse en cuenta esta condición multifactorial que, ya en el agregado, puede mermar de forma significativa las posibilidades de un individuo de reincorporarse de forma satisfactoria al mercado laboral remunerado.
75. En relación con lo aseverado por el Tribunal Colegiado en el sentido de que ampliar los supuestos de “incapacidad” para imponer al deudor la obligación de otorgar alimentos a quien fuera su ex cónyuge generaría inseguridad jurídica y daría lugar a innumerables condiciones que los beneficiarios podrían plantear para colocarse en ese supuesto, esta Primera Sala estima que su proposición es falsa. En efecto, la interpretación conforme del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo que aquí se plantea **no** abre indefinidamente el contenido semántico del término “incapacidad”, sino que lo circunscribe a un supuesto muy específico —la desventaja económica derivada de la repartición de responsabilidades en el núcleo familiar que puede incidir en la capacidad de uno de los cónyuges para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades—, que además constituye un imperativo del derecho a la igualdad según lo desarrollado en la presente ejecutoria.
76. Asimismo, no pasa desapercibido para esta Primera Sala que el tribunal de amparo pretendió trazar una comparación de la presente *litis* constitucional con lo resuelto por el Poder Judicial de la Federación en el caso de alimentos para los hijos mayores de edad (quienes deben presentar una incapacidad física o mental

³⁶ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 13, diciembre de 2014, tomo I, página 240, cuyo texto es: “Una vez que se haya decretado procedente el pago de una pensión compensatoria bajo los estándares establecidos por esta Primera Sala, los jueces de lo familiar deberán atender a las circunstancias de cada caso concreto para determinar el monto y la modalidad de la obligación. Al respecto, deberán tomar en consideración elementos tales como el ingreso del cónyuge deudor; las necesidades del cónyuge acreedor; nivel de vida de la pareja; acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges; la edad y el estado de salud de ambos; su calificación profesional, experiencia laboral y posibilidad de acceso a un empleo; la duración del matrimonio; dedicación pasada y futura a la familia; y, en general, cualquier otra circunstancia que el juzgador considere relevante para lograr que la figura cumpla con los objetivos para los que fue diseñada.”

³⁷ Específicamente, véase la Recomendación General N°28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativo a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

³⁸ “Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, página 41.

que les impida obtenerlos por sí mismos, salvo que estén realizando estudios universitarios), y la hipótesis de los padres imposibilitados para otorgar alimentos a sus hijos (a quienes se les exige demostrar que esa incapacidad es física o mental para verse liberados de la obligación), a fin de justificar una interpretación estricta del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo.

77. Al respecto, debe decirse que se trata de una **falsa analogía**, toda vez que en ninguno de los dos supuestos apuntados se presenta la relación específica entre deudor y acreedor derivada de la distribución de responsabilidades en el núcleo familiar, en donde uno de los cónyuges se ve beneficiado directamente *porque* el otro asume las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, generándose una disparidad económica entre ellos que debe resarcirse en aras del derecho a la igualdad. De ahí que no sea trasladable la racionalidad jurídica de uno a los otros y, por tanto, no se genere incongruencia alguna.

VIII. DECISIÓN

En virtud de que el análisis de constitucionalidad del artículo 476 Ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo que da sustento a la sentencia recurrida no es el que debe prevalecer, se revoca la sentencia impugnada y se ordena devolver los autos al tribunal colegiado de origen a fin de que emita una nueva decisión tomando en cuenta los lineamientos hermenéuticos fijados por esta Primera Sala, esto es, deberá interpretar el artículo impugnado de forma tal que en la porción normativa que hace referencia a que el cónyuge solicitante del pago de alimentos "*esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia*", se entienda incluido el supuesto del cónyuge que, por haber asumido en mayor medida que el otro las cargas domésticas y de cuidado, se encuentre en una desventaja económica tal que incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, con base en ello, resuelva lo conducente en el caso concreto.

En consecuencia, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

RESUELVE:

PRIMERO. En la materia de la revisión, se revoca la sentencia recurrida.

SEGUNDO. Devuélvanse los autos al Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito, para los efectos precisados en el último apartado de esta resolución.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución, vuelvan los autos al referido Tribunal y, en su oportunidad, archívese el toca como asunto concluido.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien se reservó el derecho de formular voto concurrente, José Ramón

Cossío Díaz (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Firman el Ministro Presidente de la Primera Sala y el Ministro Ponente, con el Secretario de Acuerdos que autoriza y da fe.

PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA

MINISTRO ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA

PONENTE

MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

**SECRETARIO DE ACUERDOS
DE LA PRIMERA SALA**

LIC. JUAN JOSÉ RUIZ CARREÓN.

LHOYV/soy