El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia – 20 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Concede el amparo

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2017-01227-00

Accionante: RUBÉN DARÍO GÓMEZ VALLEJO

Accionado: JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ESTA CIUDAD Y LA ARL POSITIVA SA Y OTRO

Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: REINTEGRO AL CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / VALORACIÓN DE INCAPACIDAD.** Por Resolución No. 057 del 28 de septiembre de este año, los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad ordenaron el reintegro del señor Rubén Darío Gómez Vallejo al cargo de citador grado III en el Centro de Servicios Administrativos de esos despachos, a partir del sábado 30 siguiente, con fundamento en la información brindada por la ARL respecto a su completa rehabilitación. Ese acto administrativo fue dejado sin efecto mediante Resolución No. 060 de la misma fecha, porque ya se había ordenado el reintegro de la señora Sonia Hurtado Cano al referido cargo, en el que está nombrada en propiedad, pero se hallaba incapacitada y estaba siendo reemplazada por el señor Rubén Darío Gómez Vallejo, quien lo ocupaba en provisionalidad. Mediante Resolución No. 61 del 13 de octubre del último mes citado, los titulares de los Juzgados Primero, Segundo y Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira decidieron no reponer la Resolución No. 60 y se corrigió en el sentido de que la desvinculación del citado señor se produjo desde el 2 de octubre. (…) [L]as condiciones de salud del accionante justifican que lo relacionado con las decisiones adoptadas por los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, sea decidido por este medio de protección constitucional, pues dadas sus afecciones mentales, esperar que la justicia ordinaria se pronuncie sobre su reintegro, puede afectar sus derechos a una vida en condiciones dignas, ya que no cuenta con recursos para atender su subsistencia y la de su familia, como se relató en el hecho octavo del escrito por medio del cual se formuló la acción, sin que lo contrario se haya demostrado en el proceso. (…) [L]a tutela reclamada, en este caso específico, no tiene por fin el proteger un derecho legal, el de obtener el pago de las incapacidades a que se refiere la demanda, sino uno de naturaleza fundamental, el garantizar al accionante una vida en condiciones dignas y sus derechos al mínimo vital y seguridad social, todo lo cual la hace procedente de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, que ha sido continuamente reiterada. Empero, en el caso concreto no podrá ordenarse su pago, porque las incapacidades otorgadas al demandante, a partir del 2 de octubre de este año, las concedieron profesionales distintos a la ARL Positiva SA, a la que se encuentra afiliado. Sin embargo, como se deduce de las consideraciones de la Resolución No. 061 del 13 de octubre pasado, el demandante se presentó a trabajar el 2 de octubre pasado y ante su situación laboral, se descompensó nuevamente, pero como la ARL se niega a otorgar nuevas incapacidades, acudió a los servicios de experto diferente a alguno de los que pertenecen a la red de esa entidad. En esas condiciones, se ordenará a la citada aseguradora que adopte las medidas necesarias para que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, se valore al demandante, por médico experto en el área que lo ha venido atendiendo, y con vista en las incapacidades otorgadas, determine si deben ser validadas e indique si debe concedérsele o no, nueva incapacidad. De ser aquellas aceptadas, deberá realizarse el pago, en un término igual.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, noviembre veinte (20) de dos mil diecisiete (2017)

 Acta No. 608 del 20 de noviembre de 2017

 Expediente No. 66001-22-13-000-2017-01227-00

Se decide en primera instancia la acción de tutela de la referencia, promovida por la señora Diana Marcela Martínez Rojas, en calidad de agente oficiosa de su cónyuge Rubén Darío Gómez Vallejo, contra la Dirección Seccional de Administración Judicial de Pereira, la ARL Positiva y los Gerentes Médico y de Indemnizaciones, Recaudo y Cartera de esa última entidad, a la que se vincularon el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, la Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial, los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad y la señora Sonia Hurtado Cano.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relató la promotora de la acción, los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 El señor Rubén Darío Gómez Vallejo se encuentra bajo tratamiento sicológico, que le impide ejercer sus derechos constitucionales de manera personal, razón por la cual la autorizó para presentar esta acción de amparo, a su nombre.

1.2 Desde el 20 de febrero de 2015 se le vienen concediendo incapacidades por la enfermedad de síndrome de burnout o estrés laboral incapacitante crónico, con episodio depresivo eje I y ansiedad generalizada, cuadro clínico que lo imposibilita para laborar y permanecer en el sitio de trabajo y le genere inestabilidad laboral y emocional. Tal diagnóstico fue calificado, el 21 de junio de 2016, como enfermedad laboral, concepto que fue aceptado por la ARL Positiva. A partir de esa última fecha esa aseguradora empezó a pagarle sus incapacidades.

1.3 La referida ARL procedió a calificar su pérdida de la capacidad laboral en un 25,8%. Por su parte la Junta Regional de Calificación, que conoció el recurso de impugnación instaurado contra ese primer dictamen, la determinó en 32%.

1.4 Positiva actuó de forma temeraria y los indujo a error al expresar que esa última calificación ya había adquirido firmeza y que se encontraba conforme con la misma, haciéndoles creer con ello que ya no le cancelarían incapacidades “por cuanto ya había surtido el proceso de calificación y se procedía al pago de indemnización”. Sin embargo, el 18 de octubre de este año esa aseguradora les informó que no estaban de acuerdo con la decisión de la Junta Regional de Invalidez, y, el 27 siguiente, que el expediente sería enviado a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a efecto de resolver el recurso de apelación interpuesto.

1.5 La ARL está obligada a brindarle a su esposo el tratamiento médico completo y a pagarle las incapacidades laborales hasta el momento en que se rehabilite totalmente o exista una calificación de pérdida de la capacidad laboral aceptada por las partes. A pesar de ello, el 31 de agosto pasado, le rechazaron una incapacidad “por siniestro bloqueado” ya que la gerencia de indemnización, junto con el grupo multidisciplinario de esa aseguradora, determinó que el paciente había logrado su mejoría, circunstancia que le causa extrañeza porque ellos no han visto al enfermo para que emitan esa conclusión y el tratamiento psicológico, el cual consta de valoraciones de control, terapias y medicamentos, apenas inició unas semanas antes, sin que aún evidencie mejoría; al contrario, según los médico tratantes, su cónyuge presenta incapacidad “para trabajar compromiso cognitivo y anímico”.

1.6 El 2 de octubre último su esposo fue desvinculado del cargo de citador grado III del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, en el que se encontraba nombrado en provisionalidad, en reemplazo de la señora Sonia Hurtado, quien se encuentra incapacitada. El 29 de septiembre anterior recibió un acto administrativo, el cual no fue notificado en debida forma ya que solo le hicieron entrega de la documentación sin explicarle su contenido y por tal razón compareció al Área de Talento Humano en la cual le manifestaron el retiro del empleo ya que la citada señora se reintegraría el 2 de octubre, hecho que no ha ocurrido hasta el momento.

1.7 Su cónyuge en reiteradas ocasiones ha manifestado que a pesar de la poca mejoría que ha obtenido del tratamiento, en caso de reintegrase a labores, debe ser reubicado de cargo, de conformidad con las recomendaciones médicas, ya que las condiciones laborales del que fue nombrado en provisionalidad no han variado y por tanto se “puede aumentar la sintomatología”.

1.8 La única fuente de ingresos que tiene el accionante lo constituye las incapacidades adeudadas, es decir que tanto él como su familia carecen de recursos económicos para satisfacer su manutención.

1.9 Positiva canceló las incapacidades desde el mes de enero hasta agosto de este año con el IBC de 2016. Con ocasión a la solicitud elevada a la Coordinadora del Área de Talento Humano, en la cual pidieron la actualización de esas sumas con el IBC de 2017, “el 23 de octubre se realizaron los pagos y novedades correspondientes a los aportes de salud, de este modo la ARL no ha actualizado los meses anteriores y por tal motivo no se me ha reliquidado esas diferencias a mi favor (sic)”.

2. Considera lesionados los derechos a la seguridad social, la vida, el mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada. Para su protección, solicita: a) se ordene a la ARL Positiva desbloquear el sistema para que su esposo pueda presentar las incapacidades generadas. Además, pagar las que se causaron desde el pasado mes de octubre y las que se lleguen a conceder hasta cuando culmine el proceso de rehabilitación; actualizar el valor de esas prestaciones con el IBC de este año, cancelar la diferencia y autorizar las citas ordenadas por sus médicos tratantes; b) se revisen los actos administrativos por medio de los cuales se le desvincula de la Rama Judicial y c) se analice si tiene derecho al pago de sus cesantías dejadas de pagar desde el año 2016.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del 3 de noviembre último se admitió la tutela, se decretaron pruebas y se ordenó vincular a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad y a la señora Sonia Hurtado Cano. Con posterioridad lo propio se hizo con el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, la Dra. Margarita Silva Hidalgo, Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial y el señor Víctor Alberto Lucero Calpa, quien ocupa en la actualidad el cargo del que fue separado el demandante.

2. En el trámite de esta instancia, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

2.1 El Director Seccional de Administración Judicial, por medio de apoderada, indicó que durante los primeros 90 días de incapacidades se reconocieron al accionante las 2/3 partes de su salario, de conformidad con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y luego el 50%, hasta el día 180. En el año 2015 superó los 180 días de incapacidad por enfermedad de tipo común y por tanto, inicialmente, se le suspendió el pago de nómina mediante Resolución del 18 de septiembre de ese año, según lo previsto por el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. A pesar de que desde el día 181 el fondo de pensiones debía hacerse cargo del auxilio de incapacidad, se continuó con el pago de las cotizaciones a seguridad social en el porcentaje que le corresponde al empleador, para garantizarle su mínimo vital y en atención a la Circular DEAJ14-103 de 2014, mas no el valor de las cesantías pues ninguna norma se lo ordena. Además, en la mencionada circular no se reguló lo correspondiente al IBC de los servidores judiciales que se encuentre incapacitados. El pasado 30 de septiembre culminó la última incapacidad, razón por la cual debía reintegrarse a su cargo, pero como la funcionaria que lo ocupa en propiedad retornó al mismo, fue desvinculado de la Rama Judicial, es decir que no es cierto que haya sido despedido durante una incapacidad emitida por la ARL Positiva.

De otro lado, señaló, con ocasión al requerimiento efectuado por esta Sala, que el accionante no ha presentado peticiones escritas para obtener el pago de incapacidades o del auxilio de cesantías.

Se opuso a las pretensiones y solicita se declare improcedente el amparo por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2 El Juez Coordinador de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad manifestó que las Resoluciones 57 y 60 del 28 de septiembre de 2017 se sustentaron en el concepto emitido por la ARL Positiva, en el sentido de que el señor Rubén Darío Gómez Vallejo debía reintegrarse al cargo que venía desempeñando, a partir del 30 de septiembre de este año y que no se le iban a aceptar más incapacidades en razón a que ya estaba apto para volver a la Rama Judicial. Agregó que el acto administrativo que dejó sin efecto la decisión de nombrar al accionante en el cargo de citador grado III se profirió en razón a que la señora Sonia Hurtado Cano, quien se encuentra en propiedad en ese empleo, se reintegraría de su incapacidad desde el 1º de octubre último. Por este motivo y teniendo en cuenta que su nombramiento fue en provisionalidad, la desvinculación de la Rama Judicial del actor no obedece a alguna circunstancia de discriminación de orden subjetivo y por tanto existe una limitante del ejercicio del derecho a una estabilidad laboral. Debido a esas razones, tampoco puede ser sujeto del plan de acompañamiento recomendado por el médico laboral para su reintegro o reubicación.

2.3 Los Magistrados que integran el Consejo Seccional de la Judicatura informaron que los hechos de la demanda involucran únicamente al nominador del accionante y a la aseguradora de riesgos laborales a la que se encuentra afiliado, razón por la cual esa Corporación no ha vulnerado los derechos invocados.

2.4 La Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial señaló que el accionante, en el mes de septiembre pasado, solicitó de forma verbal la actualización del IBC. En respuesta se le informó que el trámite se adelantaría dentro de los términos normales establecidos. Ante una nueva petición formulada vía telefónica en el mes de octubre, se le comunicó que ya se había realizado la liquidación y que se estaba a la espera de que el área financiera realizara a cancelar la corrección. Surtido lo anterior pidió se le brindaran copias de las citadas actualizaciones para presentarlos ante la ARL, a lo cual se procedió el 25 de octubre.

2.5 La apoderada de la ARL Positiva refirió que el accionante reportó un evento del 21 de junio de 2016 el cual fue calificado por la Junta Regional de Invalidez de Risaralda como un episodio depresivo mayor y otros problemas de tensión física o mental y le asignó una pérdida de la capacidad laboral del 32%, dictamen que fue impugnado y que se encuentra pendiente de resolución por la Junta Nacional. Además, ha cancelado, a través de su empleador, todas las incapacidades reportadas, la última de las cuales fue pagada el 3 de octubre de este año. Agregó que respeto a las que se generen con posterioridad al pronunciamiento de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y de la cancelación de la indemnización correspondiente, la ARL no está en la obligación de sufragarlas, de conformidad con el artículo 3º de la ley 776 de 2002 y que la entidad que representa ha suministrado al accionante todas las prestaciones que ha requerido para su rehabilitación. Pidió declarar improcedente el amparo.

3. Los demás vinculados guardaron silencio.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. El fin de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todas las personas por el artículo 86 de la Constitución Política, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. La promotora del proceso está legitimada para agenciar los derechos de que es titular su cónyuge, quien, como se deduce de la copia de su historia clínica y demás documentos anexos, padece trastornos mentales, asociados a las condiciones del trabajo que desempeñaba en la Rama Judicial, circunstancia que le puede generar más daño, de tener que comparecer a lugares cercanos a su sitio de trabajo o de entenderse con asuntos propios de la judicatura. Por tanto, puede concluirse que se encuentra impedido para ejercer su propia defensa.

3. Corresponde a esta Sala decidir: a) si procede la tutela frente a los actos administrativos por medio de los cuales desvinculó al actor de la Rama Judicial y en caso positivo, si con ellos se lesionó derecho fundamental alguno de que sea titular el actor; b) si procede la misma acción para ordenar el pago de las incapacidades generadas a favor del accionante, con la respectiva actualización del IBC y del auxilio a las cesantías que dice le adeudan.

4. En el proceso aparecen acreditados los siguientes hechos:

4.1 El 23 de agosto de este año la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda calificó al señor Rubén Darío Gómez Vallejo con una pérdida de la capacidad laboral del 32%. Se le diagnosticó un episodio depresivo mayor[[1]](#footnote-1).

4.2 El 18 de octubre se resolvió de manera desfavorable el recurso de reposición formulado por la ARL Positiva contra ese dictamen y se concedió el de apelación ante la Junta Nacional[[2]](#footnote-2).

4.3 Mediante oficio del 15 de septiembre siguiente, los Gerentes Médico y de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros, le comunicaron al accionante que “su condición de salud ha alcanzado la mejoría máxima, culminando su proceso de rehabilitación, con generación de recomendaciones laborales”[[3]](#footnote-3).

4.4 El 21 del citado mes, la Corporación Alberto Arango de Restrepo, entidad a la cual fue remitido el actor por la ARL Positiva, conceptuó que al terminar la incapacidad que tenía vigente hasta el 29 de septiembre, debía realizar reintegro y reubicación laboral temporal por un mes con las siguientes recomendaciones: a) reinducción laboral; b) cambio de sede; c) no trabajar más de ocho horas; d) respetar el tiempo del almuerzo; e) reubicar en atención al público, recibido de expedientes o archivo; f) abstenerse de realizar labores de campo y g) continuar con el manejo especializado y asistir a controles médicos[[4]](#footnote-4).

4.5 Por Resolución No. 057 del 28 de septiembre de este año, los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad ordenaron el reintegro del señor Rubén Darío Gómez Vallejo al cargo de citador grado III en el Centro de Servicios Administrativos de esos despachos, a partir del sábado 30 siguiente, con fundamento en la información brindada por la ARL respecto a su completa rehabilitación[[5]](#footnote-5).

4.6 Ese acto administrativo fue dejado sin efecto mediante Resolución No. 060 de la misma fecha, porque ya se había ordenado el reintegro de la señora Sonia Hurtado Cano al referido cargo, en el que está nombrada en propiedad, pero se hallaba incapacitada y estaba siendo reemplazada por el señor Rubén Darío Gómez Vallejo, quien lo ocupaba en provisionalidad[[6]](#footnote-6).

4.7 Mediante Resolución No. 61 del 13 de octubre del último mes citado, los titulares de los Juzgados Primero, Segundo y Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad[[7]](#footnote-7) de Pereira decidieron no reponer la Resolución No. 60 y se corrigió en el sentido de que la desvinculación del citado señor se produjo desde el 2 de octubre.

En las consideraciones de ese acto se expresó que en cumplimiento a la Resolución 057 que había ordenado el reintegro, el accionante se presentó el 2 de octubre en la jornada habitual, aunque se le había notificado la Resolución No. 60, mediante la cual se había dejado sin efecto la primera “y en la cual se omitió la verdadera connotación de la salud que presentaba la señora Sonia Hurtado Cano, persona que se encontraba debidamente incapacitada al momento del reintegro, considerando nulo de pleno derecho, toda vez que existe desviación de la realidad y ocultamiento de hechos que sirvieron de sustento a la decisión de la administración, dado que la señora Hurtado Cano se encuentra en la actualidad incapacitada”.

También se indicó, que según la recurrente, la ARL negó al señor Rubén Darío Gómez control por interconsulta con psiquiatría y prohibió expedirle incapacidades y emitir diagnósticos sobre su estado de salud y que debido al impacto que le causó su actual situación laboral, sufrió una descompensación física y psicológica, razón por la cual debió acudir a cita médica con la especialista en psiquiatría Ana María Coral Leiton, quien lo incapacitó por treinta días.

Y para sustentar la decisión adoptada se indicó que a ello se había procedido con fundamento en comunicado de la ARL Positiva a la Dirección de Administración Judicial Seccional Risaralda, “quienes de manera oficial corrieron traslado del concepto emitido por la entidad, en el entendido de que el señor Rubén Darío Gómez Vallejo debía reintegrarse al cargo que venía desempeñando a partir del 30-09-17, y a quien no se le aceptarían más incapacidades médicas”, porque era apto para desempeñar cargo en la Rama Judicial.

También, que se recibió comunicación de la ARL en el sentido de que la señora Sonia Hurtado Cano debía reintegrarse al cargo a partir del 2 de octubre de 2017, y por ello se ordenó su reincorporación y se dejó sin efecto el reintegro del aquí demandante; este, el 2 de octubre, presentó nueva incapacidad; se solicitó a la ARL informara si sería avalada y respondieron que no la reconocerían porque culminó su proceso de rehabilitación y que la expidió médico no adscrito a la red de asistencia de esa administradora.

Se concluyó que el señor Rubén Darío Gómez Vallejo se encuentra desvinculado de la rama judicial por reincorporación de la señora Sonia Hurtado Cano, nombrada en propiedad y que esa situación no responde a circunstancias de discriminación de orden subjetivo, es decir que no es sujeto de una estabilidad laboral, máxime cuando existe concepto médico en el que se manifestó su rehabilitación.

Y más adelante se indicó que la señora Sonia Hurtado Cano presentó incapacidad, se le dio el mismo trámite que a la del señor Gómez Vallejo, la ARL respondió que no era procedente reconocer la incapacidad porque había culminado su proceso de rehabilitación y alcanzado la mejoría máxima; ante esa respuesta, se solicitó a la EPS que expidió la incapacidad la respectiva validación que aún no otorga y que de no obtenerse, se iniciará el trámite que corresponda al abandono del cargo[[8]](#footnote-8).

4.8 Por Resolución No. 069 del 2 de noviembre de 2017, los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, nombraron en provisionalidad, al señor Víctor Alberto Lucero Calpa, en el cargo de citador grado III, a partir del 7 de noviembre siguiente, para reemplazar a la señora Sonia Hurtado Cano, quien presentó incapacidad médica por 30 días, desde el 1º de noviembre hasta el 30 siguiente[[9]](#footnote-9).

4.9 En historia clínica psiquiátrica, elaborada el 2 de octubre del año en curso por la Dra. Ana María Coral Leiton, se expresó que el actor desde el año 2015 padece diferentes trastornos asociados al entorno laboral, los cuales aún se mantienen, y que presenta pobre respuesta al tratamiento farmacológico. Se incrementó la dosis de la medicina y se le otorgó incapacidad por treinta días[[10]](#footnote-10).

4.10 El 31 de octubre de este año, la EPS SOS le otorgó otra incapacidad, desde el 1º hasta el 15 de noviembre de este año[[11]](#footnote-11).

4.11 En escrito dirigido a la Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial, cuyo sello de recibido es ilegible, el accionante le solicitó se actualizara el ingreso base de cotización ya que el que actualmente se aporta corresponde al del año pasado[[12]](#footnote-12).

4.12 Según el reporte de las incapacidades temporales liquidadas al afiliado, la primera se registró el 25 de julio de 2016 y la última el 28 de septiembre de 2017, que corresponde al periodo del 31 de agosto al 29 de septiembre de este año, desembolsada en su cuenta de ahorros el 3 de octubre[[13]](#footnote-13).

4.13 La señora Sonia Hurtado Cano se encuentra incapacitada para trabajar desde el 2 de octubre de este año y no se ha reintegrado a sus labores con motivo de su incapacidad para laborar, tal como lo expresaron los jueces accionados atendiendo requerimiento de esta Sala[[14]](#footnote-14).

5. En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha enseñado que la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo judicial idóneo para obtener el reintegro laboral, porque el ordenamiento jurídico ofrece otros medios para ello: la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativo, dependiendo la forma como se haya producido la vinculación del afectado.

Empero, también ha dicho que de manera excepcional puede acudirse a la acción constitucional, cuando la persona objeto de la desvinculación se encuentra en estado de debilidad manifiesta. Así se ha pronunciado:

*“En relación con la procedencia de la acción de tutela instaurada con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, así como el reintegro al lugar de trabajo, esta Corte ha señalado, por regla general, que la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, “(…) de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinaras, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra” [[15]](#footnote-15).*

 *En efecto, ciertos factores pueden llegar a ser particularmente representativos en la determinación de un estado de debilidad manifiesta, tales como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) la circunstancia de no percibir ingreso alguno que permita su subsistencia, la de su familia e impida las cotizaciones al régimen de seguridad social y (iv) la condición médica sufrida por el actor[[16]](#footnote-16).*

 *En consecuencia, para esta Corporación se deben tener en cuenta las especiales condiciones de vulnerabilidad del accionante puesto que en ciertos eventos la acción de tutela es el mecanismo procedente para reclamar el derecho de estabilidad laboral reforzada y en otras oportunidades procederá la acción de tutela como mecanismo transitorio con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En los términos en los que ha sido caracterizado por la jurisprudencia constitucional, este perjuicio debe contar con (i) la inminencia del daño, es decir que se trate de una amenaza de un mal irreparable que está pronto a suceder, (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales…[[17]](#footnote-17)”*

El principio de subsidiaridad que caracteriza la acción de tutela, puede considerarse superado frente a situaciones como las que ofrece el caso concreto, en el que, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda y los documentos que se incorporaron a la actuación, el señor Rubén Darío Gómez Vallejo se encuentra incapacitado desde el 24 de febrero de 2015 y calificado con una incapacidad para laborar del 32%.

Puede entonces decirse que las condiciones de salud del accionante justifican que lo relacionado con las decisiones adoptadas por los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, sea decidido por este medio de protección constitucional, pues dadas sus afecciones mentales, esperar que la justicia ordinaria se pronuncie sobre su reintegro, puede afectar sus derechos a una vida en condiciones dignas, ya que no cuenta con recursos para atender su subsistencia y la de su familia, como se relató en el hecho octavo del escrito por medio del cual se formuló la acción, sin que lo contrario se haya demostrado en el proceso.

Por ende, se analizará si la decisión adoptada por aquellos funcionarios, desconoció principios como el de la legalidad y el debido proceso.

El artículo 132 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que reguló la manera de proveer los cargos de la rama judicial, dice que se puede hacer en propiedad, para *“los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente”*; en provisionalidad, para el caso de vacancia definitiva,*“hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes”*; y en encargo, *“cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas”*.

El demandante, fue designado en provisionalidad para desempeñar el cargo de citador grado III en el Centro de Servicios Administrativo de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, porque la señora Sonia Hurtado Cano, quien lo ocupaba en propiedad, se encontraba incapacitada.

Es decir, gozaba de una estabilidad laboral intermedia, respecto de la cual, ha dicho la Corte Constitucional:

*“Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad  en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad  en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación…”[[18]](#footnote-18)*

Es decir, las personas vinculadas en provisionalidad no son titulares de las prerrogativas propias del sistema de méritos. Sin embargo, su desvinculación puede producirse solo por causas que lo justifiquen.

En el caso bajo estudio, tal desvinculación se produjo porque la aseguradora de riesgos laborales rindió concepto favorable de reintegro de la persona que ocupa el cargo en propiedad. En consecuencia, en principio, podría afirmarse que la decisión de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, no desconoce los derechos fundamentes del actor, pues se adoptó en cumplimiento de una causa legal.

Empero, de acuerdo con las pruebas que atrás se relacionaron, aunque en realidad la ARL dio concepto favorable para el reintegro de la señora Sonia Hurtado Cano, nombrada en propiedad para ese cargo, aquel nunca se produjo.

No entiende este Tribunal, como en una misma fecha, el 28 de septiembre de 2017, se expiden dos actos administrativos, distinguidos con los números 057 y 059, ordenando el reintegro, a dos funcionarios distintos, el aquí demandante y la señora Sonia Hurtado Cano, para el mismo cargo; el primero a partir del sábado 30 de septiembre y la segunda desde el lunes 2 de octubre, lo que dio lugar a que se dejara sin efecto el primero.

Tampoco, que a pesar de que el reintegro de la señora Hurtado Cano no se produjo, es decir, desaparecida la causa que originó la desvinculación del señor Gómez Vallejo, no se haya adoptado medida alguna para vincularlo al cargo, del que se tenía concepto en el sentido de haber culminado el proceso de rehabilitación y se dieron recomendaciones laborales.

Ello resultaba posible al decidir el recurso de reposición que interpuso el demandante contra el acto administrativo que dejó sin efecto aquel que le ordenó reintegrarse. Sin embargo, a ello se abstuvo de proceder y el respectivo acto administrativo se fundamentó en un argumento que resulta ser irreal: el reintegro de Sonia Hurtado Cano, quien ocupaba el cargo en propiedad, pero como se ha dicho, tal hecho finalmente no se produjo porque se le concedió nueva incapacidad, de la que aún disfruta.

De esa manera las cosas, puede decirse que la desvinculación del demandante no se causó por una causa legal que lo justificara y por ende, que desconoció principios como el de legalidad y el debido proceso. Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

*“En ese sentido, frente a la desvinculación de servidores públicos que se encuentran desempeñando cargos de carrera en provisionalidad, esta Corte ha indicado que está condicionada a la observancia del principio de legalidad y al respeto del debido proceso, en la medida en que solo puede ponerse fin unilateralmente al vínculo laboral con base en las causales legalmente contempladas para el efecto, toda vez que resulta indispensable que el funcionario conozca los motivos de su desvinculación para que pueda ejercer los recursos y mecanismos que tenga a su disposición.*

*Por lo expuesto, la terminación de una relación laboral, justificada o no, no es en principio una controversia de relevancia constitucional. Lo que no puede aceptarse, es que la desvinculación del trabajador sea producto de una conducta arbitraria, que estuviere escondiendo un trato discriminatorio hacia el trabajador, ya que en virtud del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, no puede darse un trato similar a una persona en condición de debilidad manifiesta a la que se encuentra en buenas condiciones de salud física y mental…”[[19]](#footnote-19)*

Por tanto, se concederá el amparo solicitado frente a los jueces accionados y para proteger los derechos vulnerados al actor, se dejará sin efecto la Resolución No. 061 del 13 de octubre de 2017 y se dispondrá que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación que se les haga de esta providencia, se pronuncien nuevamente en relación con el recurso de reposición interpuesto por el demandante frente a la resolución que dejó sin efecto la orden de reintegro, sin que puedan fundamentarla en la circunstancia del reintegro al cargo de quien está designada en propiedad.

6. Analizará entonces ahora la Sala si resulta procedente la tutela para ordenar el pago de las incapacidades otorgadas al accionante, al no recibirle las constancias sobre la incapacidad.

En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha reiterado, teniendo presente la subsidiaridad que caracteriza la acción de tutela, que los conflictos relativos al pago de acreencias laborales escapan a la competencia del juez constitucional, ya que implican la verificación de los requisitos relativos a cada caso e interpretación normativa, por lo que deberán ser resueltos por la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, según corresponda.

Con todo, esa misma jurisprudencia enseña que el amparo resulta procedente para obtener la satisfacción de obligaciones relacionadas con incapacidades laborales, cuando su no pago vulnere o amenace derechos como la vida digna o el mínimo vital, por constituir la única fuente de ingresos que permitan al actor satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Así lo ha explicado:

*“Estas consideraciones han sido reiteradas por la jurisprudencia reciente de este Tribunal, llegándose a la conclusión de que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social…*

*En este orden de ideas, conforme a lo expuesto en la sección 3 de la parte considerativa de esta providencia, el hecho de que los pagos por incapacidades sean la única fuente de ingresos del trabajador significa que este se encuentra expuesto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable por lo que a pesar de que los asuntos de esta naturaleza deben ser en principio examinados por la jurisdicción ordinaria, se hace necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que los derechos fundamentales sufran una afectación de la cual no pueda recuperarse después el peticionario.”[[20]](#footnote-20)*

De acuerdo con las pruebas recogidas y que atrás se relacionados, puede decirse que el accionante se encuentra expuesto a una vulneración clara y evidente de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, por estar en una situación de debilidad manifiesta y ante la amenaza del perjuicio irremediable, por cuanto, a pesar de que adquirió una enfermedad profesional mientras laboraba al servicio del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, fue desvinculado de la Rama Judicial con violación a sus derechos fundamentales, como atrás se explicara.

De esa manera las cosas, puede afirmarse con seguridad que la tutela reclamada, en este caso específico, no tiene por fin el proteger un derecho legal, el de obtener el pago de las incapacidades a que se refiere la demanda, sino uno de naturaleza fundamental, el garantizar al accionante una vida en condiciones dignas y sus derechos al mínimo vital y seguridad social, todo lo cual la hace procedente de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, que ha sido continuamente reiterada.

Empero, en el caso concreto no podrá ordenarse su pago, porque las incapacidades otorgadas al demandante, a partir del 2 de octubre de este año, las concedieron profesionales distintos a la ARL Positiva SA, a la que se encuentra afiliado.

Sin embargo, como se deduce de las consideraciones de la Resolución No. 061 del 13 de octubre pasado, el demandante se presentó a trabajar el 2 de octubre pasado y ante su situación laboral, se descompensó nuevamente, pero como la ARL se niega a otorgar nuevas incapacidades, acudió a los servicios de experto diferente a alguno de los que pertenecen a la red de esa entidad.

En esas condiciones, se ordenará a la citada aseguradora que adopte las medidas necesarias para que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, se valore al demandante, por médico experto en el área que lo ha venido atendiendo, y con vista en las incapacidades otorgadas, determine si deben ser validadas e indique si debe concedérsele o no, nueva incapacidad. De ser aquellas aceptadas, deberá realizarse el pago, en un término igual.

7. La promotora de la acción también se queja de que las entidades accionadas no han cancelado el valor por concepto de actualización del IBC para este año ni las sumas correspondientes a sus cesantías.

Sin embargo, en el curso del proceso se acreditó que el accionante no ha elevado solicitud formal alguna ante la Dirección de Administración Judicial para obtener el pago de ese último auxilio, tal como lo informó el encargado de esa dependencia al ser requerido por esta Sala para ese efecto. Tampoco ha surtido completamente el trámite para obtener la actualización del IBC pues aunque solicitó la Coordinadora del Área de Talento Humano de esa dirección proceder de tal forma y esta funcionaria, para tal fin, le entregó los soportes necesarios para ser radicado ante la ARL Positiva, no existe prueba de que a esto último haya procedido.

Como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, uno de los requisitos de procedencia del amparo constitucional es que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente afecta sus garantías fundamentales, a fin de que esta tenga la oportunidad de conocer la reclamación y pronunciarse al respecto; de obviarse ese trámite, se estaría dando por sentado que la administración no va a acceder a la petición y adicionalmente, el ciudadano ejercería la tutela como forma principal de obtener protección a sus derechos, cuando, es sabido, una de sus principales características es la subsidiariedad.

Surge de lo anterior que ninguna actividad ha desplegado el accionante para obtener lo que pretende sea decidido por medio de esta acción constitucional y por tanto, las entidades accionadas tampoco han tenido oportunidad de resolver lo que corresponda.

Sobre el aspecto que se analiza resulta válido citar un pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el que expresó:

*“La salvaguarda es improcedente si quien la interpone no ha acudido a las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia, las controversias en torno a las determinaciones de la administración deben discutirse ante la institución que las emitió o en la jurisdicción correspondiente, antes de suplicar resguardo por esta vía…”[[21]](#footnote-21)*

Por tales razones, las pretensiones dirigidas a obtener el pago de las cesantías y la actualización del ingreso base de cotización serán declaradas improcedentes.

8. Se negará la tutela frente a las demás personas y entidades que fueron vinculadas, en razón a que no han lesionado ni amenazado derecho alguno del que sea titular el demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** Se concede el amparo solicitado por la señora Diana Marcela Martínez Rojas, agente oficiosa del señor Rubén Darío Gómez Vallejo, frente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad y la ARL Positiva SA.

**SEGUNDO:** Se deja sin efecto la Resolución No. 061 del 13 de octubre de 2017, proferida por los Jueces Primero, Segundo y Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira y se dispone que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación que se les haga de esta providencia, se pronuncien nuevamente en relación con el recurso de reposición interpuesto por el demandante frente a la Resolución No. 060 del 28 de septiembre de 2017, sin que puedan fundamentarla en la circunstancia del reintegro al cargo de quien está designada en propiedad.

***(Continúa parte resolutiva de sentencia de primera instancia proferida en la acción de tutela radicada 66001-22-13-000-2017-01181-00)***

**TERCERO:** Se ordena al representante legal de la ARL Positiva Compañía de Seguros SA que adopte las medidas del caso para que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, se valore al demandante, por médico experto en el área que lo ha venido atendiendo, y con vista en las incapacidades que le han sido otorgadas desde el 2 de octubre de 2017, determine si deben ser validadas y otorgársele nueva incapacidad. De ser admitidas, pagará su valor dentro de un término igual.

**CUARTO:** Se declaran improcedentes las pretensiones dirigidas a obtener el pago del valor por concepto de actualización del IBC para este año y las sumas correspondientes a sus cesantías

**QUINTO:** Se niega la tutela frente a los demás vinculados.

**SEXTO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SÉPTIMO:** De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **(Con aclaración de voto)**

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Folios 121 y 123 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 25 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 107 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 4 y 5 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 59 y 60 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 65 [↑](#footnote-ref-6)
7. El Juez Cuarto se declaró impedido [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 66 a 68 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 137 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 11 a 14 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 22 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 16 y 17 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 125 y 126 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 108 y 109 [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia T-347/16 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).  [↑](#footnote-ref-15)
16. Al respecto consultar la sentencia T-503/15 (M.P. María Victoria Calle Correa).  [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia T-151 de 2017, MP. Dr. Alejandro Linares Cantillo [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia Su-054 de 2015, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia T-159 de 2012, MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia T-140 de 2016 [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia de tutela de 27 de noviembre de 2013. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-21)