



Proceso	Acción de tutela 202100080
Accionante	JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE CC 11.450.287 de Apulo
Afectado	EL MISMO
Accionados	MUNICIPIO DE APULO – CUNDINAMARCA y OTROS
Providencia	Sentencia 00017 de 2021

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL

Apulo (Cund.), treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia. Recurre al trámite de la acción constitucional, en nombre propio el Sr. JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE, identificado con cedula de ciudadanía No. 11.450.287, contra la ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE APULO y OTROS, busca el accionante según el libelo introductorio, se le ampare sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas.

1. ANTECEDENTES

Hechos

- A. Se vinculó laboralmente con la accionada **ALCALDIA MUNICIPAL DE APULO – CUNDINAMARCA**, a través de una sucesión de lo que la entidad denominó **CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS**, desde el 1º de enero de 2.020, en el cargo de vigilante nocturno. Aunque en el contrato ficticiamente se consignan otra serie de actividades que no corresponden con la realidad y no fueron desempeñadas por el accionante. El salario fue la suma de: **UN MILLON CUATROCIENTOS MIL PESOS M-CTE (\$1.400.000)**. Habiendo laborado en tales condiciones hasta el 5 de mayo de 2021, fecha desde la cual se enferma y está incapacitado médicamente hasta la actualidad acumulando 132 días.
- B. Labor que desempeñó de forma personal, exclusiva, a tiempo completo en las instalaciones de la accionada parte interna y externa de la Alcaldía Municipal y sede antigua, con sus elementos de trabajo y bajo supervisión del señor **LUIS ALBERTO GIRON MENDOZA**, en calidad de secretario ejecutivo de la Alcaldía, en un horario de domingo a domingo en un horario nocturno desde las 6:00 p.m. hasta las 6:00 a.m., sin días de descanso, ni compensatorios.
- C. **El 13 de enero de 2.020**, la empresa **ASSOMET ASESORES** en Seguridad y Salud en el Trabajo emitió certificado médico de preingreso ocupacional el cual señala en las conclusiones ocupacionales: *“De acuerdo con el examen ocupacional realizado a JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE con documento de identificación 11450287 se considera no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de VIGILANTE del sector económico de servicios”*.
- D. No obstante, el 11 de mayo de 2021 reingresa enfermo a la Clínica Nueva en Bogotá, según la cual el diagnóstico es: **“... síndrome mieloproliferativo en estudio, leucemia en estudio, lisis tumoral a descartar, insuficiencia respiratoria hipoxémica, esplenomegalia grado II, dolor abdominal secundario, trombocitosis severa, antecedentes de hipertensión arterial...”**
- E. Que en reiteradas ocasiones presentó reclamación verbal ante los funcionarios de la accionada **ALCALDIA MUNICIPAL DE APULO – CUNDINAMARCA** señores: **CARLOS ALBERTO NIÑO** (Secretario de Gobierno); **DAVID GUILLERMO ROMERO MELO** (Supervisor), para que se formalizara su contrato de trabajo, teniendo en cuenta que es un hombre de 67 años de edad, que llevaba año y cinco

J U Z G A D O P R O M I S C U O M U N I C I P A L
A P U L O - C U N D I N A M A R C A
CARRERA 12 CARRERA 6 EZQUINA P 2, BARRIO CENTRO
T E L . 3 1 7 4 4 0 4 1 8 1

jprmpalapulo@cendoj.ramajudicial.gov.co

meses incesantes laborando como vigilante de la alcaldía, en turnos de doce (12) horas continuas nocturnas y sin ningún descanso, aspectos que desmejoran notablemente su salud, en razón a las patologías que presenta.

- F. Y aunque radicó ante la Alcaldía las epicrisis de las historias clínicas, junto con un informe respecto a la calamidad domestica por la cual atraviesa, puesto que no cuento con recursos económicos, le informaron que el último contrato # **059-2021 de prestación de servicios** firmado el 13 de enero de 2021, con término 5 meses de vigor, fue “suspendido”, **interrumpiendo sin justificación su vigencia** ya que el plazo era de 5 meses y 19 días. Sin que le hubieran pagado su totalidad.
- G. Por su cuenta respecto a las obligaciones en materia de seguridad social, ha cumplido con el pago de los aportes con la planilla “pila” a la NUEVA EPS. Quien tiene en trámite el pago de las incapacidades médicas. Y no cuenta con aportes a ningún fondo de pensiones, ya que se retiró desde antes de esta relación laboral con la devolución de sus aportes a COLPENSIONES SA., de 580 semanas, estando desprotegido en dicho sentido.
- H. **El pasado 1 de septiembre de 2.021**, la **ALCALDIA MUNICIPAL DE APULO – CUNDINAMARCA**, representada legalmente por la Doctora **MARIBEL ROCIO HERNANDEZ VANEGAS**, se pronuncia señalando que: “... **el Municipio lo pudo contratar mientras existían las fuentes de financiación que soportaran presupuestalmente su contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, el cual ejecutó de manera independiente y autónoma...**”
- I. Todo lo cual no corresponde al contrato de trabajo realidad que viene cumpliendo como vigilante en condiciones de ilegalidad en materia laboral por cuanto desconoce sus derechos fundamentales invocados. Estando en condiciones de debilidad manifiesta, en condiciones de inferioridad, ya que producto de su trabajo, suplía sus necesidades básicas y las de cónyuge que es ama de casa.
- J. Finalmente requiere continuar con el tratamiento de lo que se ha denominado **enfermedad degenerativa y de alto costo** conforme la Resolución 3974 del 2009 del Ministerio de Salud, pues su estado de salud es grave y delicado, catalogándolo como **sujeto de especial protección constitucional**, caso en el cual existe la posibilidad que ocurra un perjuicio irremediable inminente. Y acude a este mecanismo excepcional de tutela como mecanismo transitorio.

2. Competencia

Se recibe por competencia procedente del Juzgado Curto Civil Municipal de Girardot, el 17 de septiembre de 2021.

Puesto, que la presunta vulneración de derechos tiene ocurrencia en el municipio de Apulo Cund., contra el Representante legal de este Municipio. Conforme los preceptos legales del Art. 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas establecidas para el reparto de las acciones de tutela por el factor territorial, en este caso, determinado por el lugar de la presunta vulneración de derechos y el domicilio del accionado según la norma en cita.

3. Tramite de Instancia

Mediante auto admisorio del 17 de septiembre del año en curso, se ordenó notificar y correr traslado al Representante Legal de MUNICIPIO DE APULO. Y se ordenará VINCULAR a al MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE SALUD, ADRES, NUEVA EPS S.A., como también al FONDO DE PENSIONES.

4. Respuesta de las entidades Accionadas

4.1 MUNICIPIO DE APULO.

Se opone a las pretensiones de la acción constitucional, bajo el supuesto de que se encontraba bajo contrato de prestación de servicios el cual se terminó por vencimiento de su término. Tampoco fue vinculado como servidor público ni trabajador oficial. El cual se rige por la legislación "civil". Contrario al contrato realidad, por cuanto no se cumplen los presupuestos legales del Art. 23 del CST, para que se configure el contrato de trabajo en condiciones de subordinación, prestación personal de la labor y remuneración.

Respuesta de las entidades vinculadas

5. NUEVA EPS SA

Mediante apoderado especial, la Nueva EPS, S.A., Entidad Promotora de Salud, contesta en término con la siguiente información:

- Que una vez revisada la base la base de afiliados de Nueva EPS, se evidencia que **JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE CC 11450287**, se encuentra afiliado a Nueva EPS en estado **ACTIVO** en el Régimen Contributivo.

Que las personas relacionadas a continuación en cumplimiento de lo establecido en las normas legales vigentes han cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de esta Entidad Promotora de Salud las siguientes semanas de cotización:

Datos Cotizante Cabeza de Familia...			
CC 71530462	ALBEIRO DE JESUS PANIAGUA CANO		
Semanas Cotizadas NUEVA EPS S.A	Mas de 26		
Fecha Afiliación	31/10/2019	Estado Cotizante	ACTIVO
Fecha Ultimo Periodo Cotizado.	01/06/2021	Causal	Activo Tutela y/o Decreto 338
Fecha Cancelación.	00/00/0000		

Beneficiarios

Identificación	Tipo Afiliado	Parent.	Beneficiarios	Fecha Afiliación	No. Semanas	Estado	Causal
CC 43093878	BENEFICIARIO	Conyuge	DIANA MARIA BEDOYA TEJADA	31/10/2019	Mas de 26	ACTIVO	Activo Tutela y/o Decreto

- Y que se debe remitir el asunto a la entidad encargada del reintegro laboral del accionante, ya que no es de su competencia.
- Y que como no es sujeto pasivo de la presente actuación, toda vez que el asunto versa respecto de asuntos en los que Nueva EPS, S.A. no tiene injerencia alguna, solicita sea desvinculada.

6. ADRES

Mediante apoder el jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, dentro del término fijado rende informe:

- *Falta legitimación en la causa por pasiva. Ya que siendo una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito. Como demandado no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales del actor.*
- *Improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales. Por existe otro medio de defensa judicial.*
- *Estabilidad laboral reforzada. El trabajador discapacitado o que sufre una disminución física, sensorial o psíquica, debe indicarse que el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, establece como justa causa de terminación del contrato de trabajo en el sector particular, la siguiente:*

“... La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad...”

Así mismo, el artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto Extraordinario número 2351 de 1965, define que de acuerdo con el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, regula legalmente que “... el despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso; salvo lo previsto el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, ...”

- Concluye que debe ser desvinculada de la acción constitucional puesto que la ADRES no ha vulnerado derecho alguno al accionante, ya que no tiene ni ha tenido ningún vínculo laboral con el mismo.

7. COLPENSIONES

Esta entidad dice que no puede atender lo solicitado por el accionante en el presente trámite de tutela, teniendo en cuenta que lo solicitado no va dirigido contra la Administradora y además no se tienen la competencia para entrar a responder por lo requerido. Tampoco tiene petición o trámite pendiente por resolver a favor del ciudadano.

Que el accionante puede radicar el formulario correspondiente a su solicitud, junto con los documentos necesarios de acuerdo a lo prestación que requiera, para que posterior, se le pueda entregar una respuesta de fondo, clara y concreta y como en derecho corresponda, y si ante dicha respuesta presenta desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela.

Solicita que DENIEGUE la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente improcedentes, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como también se encuentra demostrado que Colpensiones no ha vulnerado los derechos reclamados por el accionante.

8. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Responde que el Ministerio no es ni ha sido empleador ni ha tenido vinculación laboral o contractual alguna con el señor José Amín Rodríguez Duque. Que los hechos en que se soporta el escrito de tutela hacen referencia única y exclusivamente a un vínculo de carácter contractual que existió entre el accionante y Alcaldía Municipal de Apulo Y que en consecuencia, será ella misma quien deba afrontar eventualmente las consecuencias que puedan generarse por la terminación del contrato sin tener en cuenta la condición de salud del accionante. Razón por la cual, se opone a cada una de las pretensiones elevadas por el accionante, toda vez que se tornan improcedentes frente a dicha entidad.

Solicita que se declara la improcedencia de la acción contra el ministerio porque carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no tuvo injerencia en la terminación del contrato del accionante.

9. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

“... ”

Lo primero que se advierte es que bajo la figura de contratos de prestación de servicios, se ha ocultado una verdadera relación laboral debido a que el accionante ha sido contratado por la administración municipal de manera sucesiva, para desempeñar labores operativas que requieren ocupación de jornadas laborales incluso superiores a las máximas legales permitidas por la legislación colombiana, siendo evidente que no se trata de funciones en las cuales predomine el componente intelectual, que pudiera eventualmente justificar la existencia de un vínculo contractual de naturaleza civil, como aquel que nominalmente la entidad territorial ha pretendido darle a la relación que la ha atado con el accionante, siendo evidente el propósito de pretender evadir las obligaciones del empleador que se derivan del vínculo laboral que evidentemente aparece configurado, en el caso sometido a estudio de su Despacho.

Así mismo, se advierte que el accionante padece graves dolencias físicas que lo abocan a una situación calamitosa, debido a que su sustento así como el del núcleo familiar a su cargo, tan sólo depende de sus ingresos laborales, motivo por el cual es necesario garantizar su estabilidad ocupacional reforzada conforme lo precisado por la Corte Constitucional, mediante sentencia SU 049 de 2017¹, hasta tanto sea incluido en la nómina de pensionados, debido a que actuar como lo viene haciendo la administración municipal, es poner al servidor de cara a una grave situación de desprotección, que vulnera las garantías constitucionales mínimas que protegen el trabajo digno como pilar fundante del Estado Social de Derecho que pregona ser el Estado Colombiano.

...”

10. Pruebas aportadas

9.1. Pruebas del Accionante

Se allegaron como pruebas documentales las siguientes:

1. Copia contrato **044-2020**. (5 folios).
2. Copia contrato **100-2020**. (5 folios).
3. Copia contrato **156-2020**. (5 folios).
4. Copia contrato **211-2020**. (5 folios).
5. Copia contrato **236-2020**. (5 folios).
6. Copia contrato **059-2021**. (5 folios).
7. Certificado médico de preingreso (1 folio).
8. Copia cuenta de cobro con anotación de reclamación. (6 folios).
9. Derecho de petición de fecha 16 de junio de 2.021. (1 folio).
10. Contestación derecho de petición de fecha 18 de junio de 2.021 (1 folio).
11. Copia correos electrónicos anexando historias clínicas del accionante. (3 folios).
12. Comunicación de fecha 16 de julio de 2.021 aportando historias clínicas. (2 folios).
13. Derecho de petición de fecha 12 de agosto de 2.021 dirigido a la Alcaldía de Apulo. (3 folios).
14. Respuesta al derecho de petición de fecha 01 de septiembre de 2.021. (2 folios).
15. Copia incapacidades médicas (4 folios).
16. Copia certificación otorgada por contado publico. (2 folios).
17. Historia Clínica Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima – Cundinamarca (4 folios).
18. Historia Clínica – CLÍNICA NUEVA (5 folios).
19. Historia Clínica MEDERI (95 folios).

20. Historia CLÍNICA INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA. (3 folios).
21. Soportes de mi situación financiera.

9.2 Pruebas de la Accionada

Expediente Contractual CPS 044-2020
Expediente Contractual CPS 100-2020
Expediente Contractual CPS 156-2020
Expediente Contractual CPS 211-2020
Expediente Contractual CPS 236-2020
Expediente Contractual CPS 059-2021
Estudios Previos cuyo objeto es: PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION EN LA SECRETARIA DE DESARROLLO SOSTENIBLE AREA DE DESARROLLO SOCIAL, PARA EL MANTENIMIENTO Y REPARACIONES LOCATIVAS DE LAS INSTALACIONES DEL CENTRO DE BIENESTAR DEL ANCIANO HOGAR CASA LA ESPERANZA DEL MUNICIPIO DE APULO CUNDINAMARCA.
Pantallazo SIA OBSERVA- sistema Integrado de Auditoría. De propiedad de la Auditoría General de la República.

9.4 Pruebas practicadas por el Despacho

1.- Testimonio del señor **JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE**, quien bajo juramento informa detalladamente las circunstancias temporo modales que caracterizan su relación laboral con la accionada, apoyado de manera objetiva y veraz en los documentos que sustentan el acápite de pruebas de su amparo solicitado. Denotando que se encuentra en situación de marginalidad precaria actualmente y abandono por la negativa de su empleador a reconocer sus derechos en materia laboral, y tras caer en desgracia por las enfermedades sobrevinientes que le impiden velar por su sustento familiar.

2.- Se aportaron igualmente los documentos requeridos oficiosamente a la accionada.

Todos estos medios de convicción a la luz de la sana crítica y observados en conjunto conllevan a un conclusión imparcial y ecuánime como la fijación de la verdad procesal vertida que no ofrece dudas en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos sintetizados en el contexto de cuanto realmente le sucede. Así que en el marco de la realidad de los hechos valorados, debidamente soportados en pruebas documentales y con el asentimiento de las respuestas al efecto dadas por los diferentes vinculados, sin que la accionada hubiera podido desvirtuar con prueba idónea y digna de credibilidad tal postura, emergen incólumes a la luz de la realidad apreciable sobre el acontecer a partir del cual se alga que comprometen los derechos fundamentales incoados.

CONSIDERACIONES

1.- Fundamento legal y jurisprudencial

La acción de tutela es un medio para asegurar el cumplimiento de los preceptos constitucionales en cuanto consagran y reconocen los derechos fundamentales, instituida para que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de los derechos fundamentales de rango constitucional, cuando se consideren violados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares, siendo dicha acción de naturaleza residual, es decir, que solo procederán cuando el afectado no disponga de otro

mecanismo de defensa judicial eficaz para lograr la protección de esos derechos, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.-Competencia

Este Juzgado es competente para conocer de esta acción constitucional, con base en el artículo 86 de la constitución Nacional desarrollado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1983 de 2017, teniendo en cuenta que es Apulo el lugar donde se origina la presunta vulneración de derechos fundamentales.

3.- Legitimación por activa

Según los artículos 86 de la Constitución y 1º, 5º y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y en ciertos casos en contra particulares, que vulneren o amenacen con vulnerar los derechos fundamentales de los accionantes.

Recae la facultad en el señor **JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE** quien padece en carne propia las consecuencias de la terminación abrupta de su relación laboral con la Alcaldía. Fue quien laboró para dicha entidad como vigilante, vinculado con contratos sucesivos de prestación de servicios. Y quien finalmente tras entrar en un proceso de enfermedades catastróficas es médicamente incapacitado para trabajar, ya por más de cuatro meses, y expresa como tal la indolencia de su empleador en cuanto al manejo de sus complicaciones de salud que le han impedido seguir cumpliendo el contrato de trabajo. Y ha sufrido las consecuencias de la falta del mínimo vital ya que de aquél depende su subsistencia y la de su cónyuge. Es el titular de las consecuencias de la presunta vulneración de los derechos fundamentales incoados. Situación que lo legitima para acudir mediante la presente acción a la jurisdicción constitucional para propender por el restablecimiento de tales garantías supralegales.

4.-Legitimación por pasiva

El funcionario público de elección popular, facultado para expedir los actos administrativos de reconocimiento y pago de la formalización laboral deprecada es la alcaldesa del Municipio de Apulo Cundinamarca, **Dra. MARIBEL ROCIO HERNANDEZ VANEGAS**, Identificada con la **C.C. #. 20.871.194** de Apulo Cundinamarca, para la vigencia 2020 al 2023, vinculada por haberse formulado. Facultando a la misma para acudir a la acción constitucional para que se haga efectiva la protección en relación con la información requerida para surtir los trámites administrativos propios de su objeto legal. En consecuencia, se legitima por activa.

La acción de tutela fue interpuesta en contra del MUNICIPIO DE APULO, quien es señalada de haber vulnerado los derechos mencionados al señor JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE, pues a la fecha de presentación de esta no ha suministrado los trámites peticionados para que se le restablezca su contrato de trabajo y las garantías en materia de seguridad social, por lo tanto, se encuentra legitimado por pasiva.

En cuanto a la NUEVA EPS, SA., no comparte la judicatura sus argumentos en relación con la ilegitimidad discutida, toda vez que por las prestaciones económicas en materia de reconocimiento de incapacidades y las condiciones de invalidez del afiliado cuyo estado ha reconocido como activo, demanda de aquella, compromisos económicos y en especial de valoración médica de las condiciones médicas de los diagnósticos como relevantes para calificación de enfermedad laboral. O en su defecto, los trámites propios del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, establece como justa causa de terminación del contrato de trabajo en el sector particular. Como el artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto Extraordinario número 2351 de 1965, que define de acuerdo con el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso. salvo lo previsto el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, en virtud del cual, en los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación. Hipótesis que exigen la intervención de la EPS, por lo que se estrecha el nexo causal con los hechos y en consecuencia se legitima su presencia por pasiva.

De otra parte, a este tópico el Despacho judicial tampoco comparte las razones a la vinculada ADRES por que legalmente está comprometida con la compensación de las obligaciones que emerjan por fuera del plan básico de atención, y puesto que se encuentra en el último orden de jerarquía establecido por la ley para garantizar la obligación prestacional en cuestión. Estando supeditada su obligación y deber legal a las prerrogativas claramente determinadas por la ley, pendientes de ser probadas jurídicamente según las competencias del ente territorial. No obstante, bajo tales condicionamientos como cuotapartista, resulta legitimado por pasiva. Y en consecuencia tampoco es posible su desvinculación.

COLPENSIONES, solicita su desvinculación por cuanto no existe ninguna petición pendiente o vinculación directa del accionante y sus hechos con la misma. Sin embargo, conforme el régimen de Seguridad Social en pensiones, es garante de los derechos que tienen los trabajadores de cara a las eventuales declaraciones de reconocimiento de aquellos por invalidez entre otros.

PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA DEFENSA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, en virtud de sus competencias como órgano de control y vigilancia de las actuaciones de la administración pública, y aunque su competencia es preferente, le compete el control disciplinario por acción u omisión como la defensa de los derechos humanos. Máxime si se trata del órgano de control disciplinario principalmente de la cabeza del ente territorial accionado. Legitimado por pasiva.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, igualmente tiene responsabilidad en este evento indirecto en cuanto la conducta de los entes territoriales dentro de la organización de acuerdo con la estructura y los diferentes niveles de responsabilidad por los hechos de la administración en general.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Verificar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en razón a la condición de edad y salud del accionante como sujeto

de especial protección reforzada, mientras acude a la jurisdicción laboral ordinaria a discutir de fondo los derechos de su situación laboral real.

Deberá determinar si la entidad demandada vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE, al dar por finalizada de manera unilateral la vinculación laboral, sin autorización previa del Ministerio del Trabajo.

Establecer si con las actuaciones de la Alcaldía Municipal de Apulo Cund., a que se refiere los hechos, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas del accionante JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE, sus efectos o consecuencias y medidas provisionales adoptables para el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

Determinar si se desconoce el derecho fundamental de PETICIÓN, invocado por el accionante, contra la ADMINISTRACION MUNICIPAL DE APULO, por la presunta falta de contestación de fondo a la petición elevada para la formalización de su situación laboral.

5.1. PROCEDENCIA DEL TRAMITE

Sobre la procedencia del trámite de esta acción, la Corte Constitucional señaló en la sentencia de revisión T 179 de 7 de mayo de 1.993 que "según el artículo 86 de la Constitución Nacional, la Tutela procede cuando se reúnen los siguientes requisitos: a) que se viole un derecho Constitucional fundamental, b) que no exista otro medio de defensa judicial, c) si se trata de un particular, que se encuentre en alguna de las situaciones previstas en la ley (...)".

5.1.1 Inmediatez

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron el alcance jurídico dado por el constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.

El accionante pretende que se proteja su derecho al mínimo vital, dignidad humana, y asistencia a personas de la tercera edad, y sujeto de protección especial reforzada por razones de enfermedad catastrófica, por hechos sucedidos recientemente sin que sebre pase los tres meses, por lo cual se considera que la tutela se interpone en un tiempo razonable desde la ocurrencia de la vulneración presuntamente ocurrida a partir del mes de mayo de 2021.

5.1.2 Subsidiariedad

El artículo 86 de la constitución Política establece que la acción de tutela "... solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable..." y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto, es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, determina que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

- (a) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,
- (b) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Entonces, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, la corte ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones.

Cabe anotar que en los casos de salud y sobre todo cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en este evento, por ser un adulto mayor, se deben analizar las circunstancias de cada caso y no es necesario agotar por sí mismo el mecanismo ante la jurisdicción laboral ordinaria, y el riesgo que se cierne sobre los derechos, de modo que el mecanismo ordinario no resultaría idóneo y la tutela procedería como medio principal de protección.

Por consiguiente, la presente acción de tutela es procedente en las condiciones excepcionalísimas que argumenta el peticionario, para juzgar si las accionadas vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, en asistencia de personas de la tercera edad, y dignidad humana y el derecho de petición. Pues, no sería posible en las condiciones actuales probadas en el marco de las penurias económicas que atraviesa el accionante quien padece graves quebrantos de salud, sujetarlo negándole esta acción, a que acuda a la jurisdicción ordinaria laboral a demandar el reconocimiento de sus derechos laborales que dice tener derecho. Porque no cuenta con los recursos económicos necesarios, aunque solidariamente sus tres hijos ya establecidos laboral y familiarmente estén obligados a contribuir con su cuidado geriátrico y manutención de sus progenitores enfermos y bajo el contexto de vulnerabilidad e indefensión institucional y social.

Y más aún si tiene probado que el 5 de mayo de 2021, se encontraba laborando por contrato vigente con la Alcaldía local de Apulo, pero como fue hospitalizado e incapacitado médicamente, se suspende sin justa causa su contrato y no se le priva de las erogaciones salariales que sustentan su mínimo vital. Quedando a su suerte sin ninguna responsabilidad del empleador. Contraviniendo la normatividad en materia laboral sobre despido por justa causa. Máxime si su vinculación por contratos sucesivos e ininterrumpidos de prestación de servicios son el preludio de un contrato realidad, sin la seguridad social legal reglamentaria que imponen los regímenes de salud, pensión y riesgos laborales.

Conforme a la Sentencia T-1083 de 2007¹, someter a los accionantes a demostrar la conexidad entre el despido y el estado de discapacidad resultaba ser una carga excesiva para el afectado. Por el contrario, el empleador era el encargado de demostrar que el despido se efectuó por razones distintas a la discapacidad del trabajador, en esa oportunidad se expuso que para tal valoración podría aplicarse la presunción de desvinculación discriminatoria. Lo que en el caso sub judice, es notorio y plenamente probado con las incapacidades, epicrisis, e indebida vinculación laboral.

Según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece: ***“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.”***

En punto a la protección constitucional especial como adulto mayor, derivada del mandato de igualdad material del artículo 13 superior. La Corte ha establecido, en jurisprudencia reiterada, que aquellos individuos que como las personas de la tercera edad enfrentan posiciones de debilidad manifiesta, merecen una protección especial que, en este ámbito puntual, se materializa por vía de la flexibilización de la procedibilidad formal de la acción de tutela².

La Corte Constitucional ha sintetizado unas características para que proceda la acción frente al perjuicio irremediable: “... grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables”, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho...”

1. Debe ser inminente o próximo a suceder, acreditado ello con suficientes elementos fácticos y tomando en cuenta, además, el origen del daño.
2. El perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, material y/o moralmente, susceptible de determinación jurídica.
3. Deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas desde la doble perspectiva de dar respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y armonizar con las particularidades del caso.
4. Las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

El señor Rodríguez, quien es despojado de su relación laboral como lo fue por su empleadora aquí accionada, es privado del mínimo vital, no se le responde de fondo su petición de formalización de vinculación laboral, sino que se le oponen circunstancias presupuestales infundadas, es un panorama desolador para quien depende su subsistencia personal y la de su cónyuge de dicho trabajo, se expone a padecer graves daños de orden psicológico y económico, con un trato desalmado desechando sus servicios sin consideración alguna, sin respeto de las normas laborales y de seguridad social en vigor. Y que ningún ser humano en el mundo laboral está obligado a soportar. Y se requiere medidas urgentes para garantizar esa respuesta adecuada pregonada haciendo cesar tales vulneraciones a sus derechos fundamentales invocados. Mereciendo en justicia un método oportuno y eficiente que evite ese daño antijurídico irreparable en valores morales y de respecto de los derechos humanos como persona, sujeto de derechos y obligaciones especiales en materia de seguridad social.

¹ MP Humberto Antonio Sierra Porto. Criterio que fue reiterado en la sentencia T-018 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² Sentencia T-1093 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

La acción de tutela es procedente para exigir el derecho a la estabilidad laboral reforzada³, cuando se comprueba que el empleador (a) despidió a un trabajador que presente una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores de manera regular, al margen del porcentaje de discapacidad que padezca, inclusive en contratos laborales a término fijo o de obra o labor; (b) sin la autorización de la oficina del trabajo, (c) conociendo que el empleado se encuentra en situación de discapacidad o con una afectación de su salud que le impide o le dificulte el desempeño de labores y (d) no logra desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, pues se activa una presunción legal en contra del empleador.

Para el caso, se configura presuntamente la vulneración de varios derechos fundamentales mínimo vital, dignidad humana, de petición; por lo que es perfectamente válido el actuar del accionante y la procedencia de la presente acción de tutela.

5.2. DERECHOS FUNDAMENTALES SUSCEPTIBLES DE VULNERACIÓN

5.2.1 Derecho a la salud y a la seguridad social.

El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la Salud así:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ley 1751 de 2015, Estatutaria de la Salud, cuyo objeto es *“garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”*

La situación del señor Rodríguez, informa una serie de diagnósticos médicos donde la anuncian enfermedades catastróficas, que lo han sumido los últimos meses en hospitalizaciones y crisis comatosas contra las cuales lucha junto con los médicos tratantes y probado con las epicrisis en historias clínicas y las incapacidades médicas que superan ya los 132 días.

Ante lo cual demuestra igualmente cómo su empleador aquí accionado le ha dado la espalda, le terminó el contrato anticipadamente y lo dejó a su suerte sumido en frustraciones y carente de la fuente de sostenimiento económico que era su trabajo como vigilante. Situación que hace más difícil e insostenible la condición de vida, cuyo stress contribuye a deteriorar y acelerar su condición vital.

Es cierto, el accionante no se adolece de insuficiencias en la calidad del servicio médico ofrecido por la NUEVA EPS, y sus IPS, pero sí, de la falta de pago de las incapacidades generadas hasta el momento. Las cuales siguen en trámite y debe dinamizarse su conclusión con los respectivos pagos.

Como también, con las garantías de la seguridad social debida en materia de valoración de la situación por medicina laboral. Advirtiendo la norma que, en caso de enfermedad crónica del trabajador, que no tenga carácter profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono. Hipótesis que exigen la intervención de la EPS, por lo que se estrecha el nexo causal con los hechos sobre los cuales se da cuenta que no existe fondo de pensiones o aseguradora que lo asuma. Caso en el cual, no puede dejarse al trabajador desprotegido, puesto que dicha omisión grave, le corresponde asumirla al empleador en este caso la Alcaldía Municipal de Apulo Cund.

³ Sentencia T-018 de 2013.

La estabilidad laboral reforzada es parte integral del derecho constitucional al trabajo⁴ y las garantías que se desprenden de éste, la cual se activa cuando el trabajador se encuentra en situación de vulnerabilidad, debido a condiciones específicas de afectación a su salud, su capacidad económica, su rol social, entre otros. Dicha estabilidad se materializa en la obligación impuesta al empleador de mantenerlo en su puesto de trabajo⁵ en razón de su condición especial⁶.

7.2 Vida digna / dignidad humana.

La jurisprudencia tiene decantado que el Derecho a la vida, constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

También ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.⁷ fundado en el respeto de la dignidad humana que es el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana.

Sí, comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano, y, dentro de esos mínimos, que posibilitan la vida de un individuo.

Esta garantía para toda persona natural, en su autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Vivir sin humillaciones.

Que contraste penoso el que se observa con el comportamiento de la Alcaldía de Apulo Cund., según los hechos demostrados fácticamente en el presente proceso, en relación con su trato deshonesto dado al empleado JOSE AMIN RODRIGUEZ, como vigilante nocturno de las instalaciones físicas. Que lejos están los hechos plasmados probatoriamente en este trámite por su realidad vivida, del ejemplar comportamiento debido de la administración local en punto a la garantía de una vida digna como persona enferma, con la seria omisión advertida en el marco de la insatisfacción de sus derechos laborales como garantía suprallegal.

⁴ De acuerdo con el artículo 25 de la Carta Política “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

⁵ En Sentencia T-018 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Ley 361 de 1997. El artículo 26 regula la estabilidad laboral reforzada en personas discapacitadas. De ahí que establece para el empleador la prohibición 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, y 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.

⁶ En Sentencia C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, esta Corporación expuso que la estabilidad laboral reforzada ha sido definida como “*la permanencia en el empleo del discapacitado (sic) luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral*”.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-062/99

Su vinculación laboral se ha mantenido desde hace más de un año y cinco meses, con el flagrante desconocimiento de las normas laborales en materia de vinculación de empleados dedicados a labores de vigilancia, desobedeciendo abierta y ostensiblemente de manera caprichosa las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Abusando de una vinculación mediante contrato de prestación de servicios, que no está autorizado por el legislador para esta clase de empleados o trabajadores públicos. Puesto que el contrato que debió suscribir la Alcaldía para proveer la vigilancia requerida, tenía que haberse realizado con una empresa de vigilancia que proveyera este recurso humano. O en su defecto, mediante la vinculación legal y reglamentaria del trabajador público.

La Constitución Política de Colombia (art. 25) ampara de muchas formas el trabajo como un derecho fundamental privilegiado y protegido universalmente y amparado bajo tratados internacionales. “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Siendo el estado colombiano el primer empleador y el que debe ejemplarizar el contrato de trabajo como una fuente económica estable, el mismo propende a garantizar la estabilidad laboral (Art. 122) Existiendo organismos internacionales que vigilan también no solo la seguridad laboral del empleado público sino también de los empleados privados y de por prestación de servicios, no discriminan la clase de vinculación, para la universalidad del trabajo, el funcionario o trabajador debe estar protegido y amparado por las leyes para que ejerza su labor de manera estable y segura.

El contrato por prestación de servicios, está regulado por la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública fijando los principios y las reglas de la contratación pública en todo el territorio nacional y de todas sus entidades estatales; buscando que el estado pueda suplir y cumpla con las muchas actividades que no alcanzan a realizar los funcionarios públicos en las múltiples entidades del estado.

La sentencia T-00117 /18 dentro de la incidencia del contrato por prestación de servicios, como instrumento de vinculación de trabajo en el sector público como el recurso humano especializado o de apoyo para las labores de índole temporal, los elementos constitutivos del contrato laboral, del contrato realidad y como la jurisprudencia determina a esta categoría como una falencia de la formalidad contractual vigente dentro del ámbito público y de la primacía de la esencia sobre la forma en cualquier clase de vinculación.

Es una forma de disfrazar los contratos de trabajo, reconociendo la jurisprudencia en cada demanda por contrato realidad, el pago de los derechos prestacionales que por ley son reconocidos a todo trabajador en el territorio colombiano, y donde cada sentencia proferida a favor de cada demandante crea una percepción de que existe una gran falla en materia de contratación estatal y el desconocimiento en la materia por parte de los funcionarios que tienen subordinados bajo esta modalidad de contratación.

El Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA El pasado 9 de septiembre de 2021, emite SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONFORME AL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011. Destaca que: “... A pesar de las constantes advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en «el uso indiscriminado» de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido. Tanto es así, que el Alto tribunal ha llegado a señalar en algunos fallos de tutela que la Administración «viola

sistemáticamente a la Constitución» cuando emplea de forma excesiva este tipo de contratos, pues «desconoce las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra».

La jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.

Los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

En conclusión, sobre la temporalidad, el término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes, debe entenderse por término estrictamente indispensable, dentro de la teoría del «contrato realidad» cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse indefinidamente en el tiempo. Como el término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad. Acoge un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios...” subraya fuera de texto.

Periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

Y lo peor aún, es que se proceda a suspender sin aparente justa causa el contrato y se deje al trabajador sin su trabajo, relegándolo abruptamente al seno de la familia como cualquier otro “desecho”.

La ley 1920 del 12 de julio del 2018, ahora conocida como ley del vigilante, busca la mejora de las condiciones laborales y proporcionarles un reconocimiento a todos los trabajadores del sector de la vigilancia y la seguridad privada y que con su implementación se benefician en aspectos determinantes para su calidad de vida y la adecuada prestación de su servicio. Pero, es abiertamente desconocida y violentada por la Alcaldía Municipal de Apulo, al menos en relación con la situación estudiada del accionante. Especialmente sobre el seguro de vida, la jornada de trabajo,

7.3 El derecho fundamental de petición

Se consagra como derecho fundante en el artículo 23 de la Constitución Nacional:

"... Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución..."

No cabe duda que, entre otras razones, por su ubicación Constitucional dentro del Capítulo I, Título II, art. 23, se trata pues de un derecho fundamental; susceptible por tanto de

garantizarse en caso de violación o amenaza, a través de la acción que aquí se ha interpuesto.

De otra parte, la Ley 1755 de 20158, regulo todo lo concerniente al derecho fundamental de petición, en los términos señalados en el Código de procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional⁹ y según Sentencia T-487 de 2017, reitero que el ejercicio del derecho de petición se rige por las siguientes reglas y elementos de aplicación¹⁰:

3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.

El accionante Sr. RODRÍGUEZ, igualmente probó que radicó en dos oportunidades sendos derechos de petición en procura de que la Alcaldía Municipal de Apulo, le formalizar su relación jurídica laboral con la correspondiente vinculación legal y reglamentaria dado que la indebida sucesión de contratos de prestación de servicios, conducían a una autentica vinculación laboral indefinida conforme el Código Sustantivo del Trabajo, e incluso presentó reclamación verbal ante los funcionarios de la accionada **ALCALDIA MUNICIPAL DE APULO – CUNDINAMARCA**, Secretario de Gobierno; Supervisor, para que se formalizara su contrato de trabajo, teniendo en cuenta que es un hombre de 67 años de edad, que llevaba año y cinco meses incesantes laborando como vigilante de la alcaldía, en turnos de doce (12) horas continuas nocturnas y sin ningún descanso, aspectos que desmejoran notablemente su salud, en razón a las patologías que presenta. Sin embargo, la respuesta peregrina es que se agotaron las fuentes de financiamiento. Agravando aun más su situación laboral al suspender indebidamente la vigencia del contrato de prestación de servicios, por el hecho de estar incapacitado. Y no se ofrece una respuesta de fondo a la petición.

Actuando la accionada en completa desobediencia al precedente constitucional vinculante desarrollado por la jurisprudencia en materia del derecho fundamental de petición. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición. Para ninguno de los requisitos básicos indicados: Fue inoportuna, fuera de los términos que establece la ley; No resolvió de fondo el asunto solicitado. No fue tampoco, clara, precisa y congruente con lo solicitado; aunque sí se puso en conocimiento del peticionario.

Situación que copele al trabajador a recurrir al recurso constitucional de la acción de tutela ya que no tenía otro medio adecuado para evitar un perjuicio irremediable.

7.4. Derecho fundamental al mínimo vital

Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia,

8 “Art. 13 Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma”

9 Cfr. Sentencia T-251 de 2008 de 2008. Citada en la sentencia T. 487 de 2017

10 Sentencia T-251 de 2008 citando la Sentencia C-510 de 1994

cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

Ha considerado que los programas de atención integral al adulto mayor son muy importantes, dado que, en la mayoría de casos, el auxilio no es una simple asistencia social, sino que se trata del único ingreso que percibe un sujeto en condiciones de vulnerabilidad y pobreza extremas, "... en consecuencia, la única manera de garantizar su derecho fundamental al mínimo vital, dado el grado de debilidad manifiesta en que se halla..." Por esta razón, el Estado está en la obligación de dar prioridad, en lo que a presupuesto se refiere, a los programas de gasto público social, para así cumplir a cabalidad con el principio de solidaridad y garantía al derecho a la vida en condiciones dignas que emana de la Constitución.

Exige una protección del trabajador que sufre de una disminución física, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de "la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada" (C.S.T., art. 62, literal a-13), y según el nivel y grado de la disminución física que presente el trabajador.

En tal situación, el requerimiento de la autorización de la oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

7.5. El Derecho Internacional

La Ley 361 de 1997, por medio de la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, señaló las normas que en el derecho internacional a garantizar:

- *Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año 1948.*
- *Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la ONU el 20 de diciembre de 1971.*
- *Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la misma organización, del 9 de diciembre de 1975,*
- *Convenio 159 de la OIT, en la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981.*
- *Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983 y en la recomendación 168 de la OIT de 1983.*

Si se comparan, no existe gran diferencia entre el contrato de prestación de servicios (que oculta una relación laboral) y el empleo encubierto que define en este caso la OIT. Al igual que este, presenta «una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley»; una práctica contractual que se ve favorecida por la ambigüedad de las obligaciones de las partes interesadas, o «cuando existen vacíos o insuficiencias en la legislación, inclusive con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones jurídicas»

La disyuntiva aquí planteada pone al juez constitucional a respetar la prohibición de invadir la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral y/o contenciosa administrativa, contenida en el artículo 2o. del Código Procesal del trabajo bajo el entendido de que al funcionario le está vedado el pronunciamiento de juicios de valor que califiquen los derechos de las partes, situación que impone la adopción de medidas de protección

urgente, como mecanismo transitorio, mientras se acude a dicha jurisdicción mediante las acciones de rigor y se dirima judicialmente el conflicto de fondo.

En este orden de ideas, debe entenderse que la orden de tutela suplicada, en caso de violación al derecho de petición, ha de dirigirse solamente en el sentido de requerir a la autoridad para que ésta proceda a resolver positiva o negativamente, desterrando el silencio no justificado de la entidad con respecto a la solicitud.

Procede la acción de tutela para obtener reintegro laboral de trabajador en condición de discapacidad que goce de estabilidad laboral reforzada. Procedencia excepcional¹¹ Con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de debilidad y evitar que los trabajadores despedidos bajo estas circunstancias deban adelantar un proceso que no sea idóneo o eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, la Corte ha sostenido que "... en los casos de personas protegidas por la estabilidad laboral reforzada no existe dentro de los procesos ordinarios un mecanismo preferente y sumario para que opere el restablecimiento de sus derechos como trabajadores. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional considera que la acción de tutela es procedente para ordenar el reintegro al trabajo (...) de los trabajadores con limitaciones físicas..., despedidos sin autorización de la oficina del trabajo así mediar una indemnización.

Así, el derecho de petición tiene una doble finalidad, por un lado, se concreta en permitir a toda persona elevar peticiones respetuosas y por otro, en asegurar la pronta y efectiva respuesta, es decir, una vez se realiza la solicitud, se espera como la norma lo prevé, una pronta solución.

Acreditados todos los mencionados presupuestos, el juez que conozca del asunto tiene el deber *prima facie* de reconocer a favor del trabajador: i) la ineficacia de la terminación o del despido laboral; ii) el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones iguales o mejores que las del cargo desempeñado hasta su desvinculación, iii) el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso (art. 54, C.P.)¹² y iv) el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

8.- CASO CONCRETO

En respuesta a la postura reticente de la Alcaldía Municipal de Apulo, y que este despacho no comparte, porque si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

En virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. Máxime si no aplica un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa.

¹¹ Sentencia T-317/17

¹² Sentencia T-1040 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil. Según el artículo 54 de la Constitución, la capacitación de las personas disminuidas físicas, ... es un derecho fundamental.

Y para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. No es permitido que superen entre uno y otro un término mínimo de treinta (30) días.

Conforme con la Ley 361 de 1997, se prohíbe al empleador despedirlo en razón de su discapacidad, sin que medie permiso pertinente. Ante la ausencia del requisito, la terminación del contrato carece de todo efecto jurídico y a la entidad demandada le deberá pagar la respectiva indemnización sancionatoria, establecida en la ley. Y de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, el beneficio de la estabilidad laboral reforzada, contemplado en la Ley 361 de 1997, también se extiende a los trabajadores que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones como ha quedado probado con respecto al Sr. Rodríguez. Y respecto del cual se puede constatar fácticamente las siguientes conclusiones:

(i) El trabajador presenta una limitación física por enfermedad grave...

Se evidencia que el señor Rodríguez, al momento de la desvinculación laboral presentaba una crisis de salud crónica, que se constata a partir de la afirmación realizada por él en la acción de amparo, así como por el certificado de aptitud ocupacional que le expidieron, en el que se especifica que es apto para el cargo de vigilante. También, se puede comprobar en la historia clínica, que le fueron diagnosticadas las enfermedades de “... **síndrome mieloproliferativo en estudio, leucemia en estudio, lisis tumoral a descartar, insuficiencia respiratoria hipoxémica, esplenomegalia grado II, dolor abdominal secundario, trombocitosis severa, antecedentes de hipertensión arterial...**”

(ii) Que el empleador tenga conocimiento de aquella situación.

Las múltiples hospitalizaciones e incapacidades médicas fueron conocidas por la Alcaldía municipal de Apulo, con los reportes al respecto suministrados por el trabajador, tanto que la respuesta fue la suspensión del contrato de trabajo y la designación de otro empleado en su lugar. Como el hecho de negar ligeramente su petición de formalización de su condición laboral con el restablecimiento de su trabajo, que fue negado por supuesto agotamiento de la fuente de financiación.

(iii) Que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo.

El empleador debía seguir los parámetros establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para proceder al despido, a riesgo de que se tornara ineficaz, y, en ese orden, pedir autorización a las autoridades de trabajo, cualquiera que fuera la causa de la desvinculación, ya que la norma no admite restricción alguna.

El objetivo de los contratos de prestación de servicios, es el de realizar actividades que están relacionadas con la administración de una entidad pública. La ley es muy explícita en este artículo donde define que los contratos por prestación de servicios, serán prestados por personas naturales cuando los funcionarios de carrera o de planta permanente, no tengan los conocimientos especializados para realizar determinada labor.

Que en lo formal se diferencia en varios aspectos debido a que el contratista es autónomo para realizar su labor o contrato, no responde por un horario definido, tampoco responde disciplinariamente y esta clase de contratación no genera prestaciones sociales.

Al determinar la relación laboral que desde el principio de su vinculación ejerció el accionante, prima facie cumple con los requisitos de la configuración de un contrato laboral amparado por la ley laboral colombiana, como lo tiene definido la jurisprudencia reiterada en la materia y, que es indiferente de la modalidad con que se pactó. Se trata del llamado contrato realidad. Con todos sus elementos esenciales: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral; de lo que surge el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.¹³ Elementos claves que permiten impedir que se disfrace u oculte la verdadera relación laboral y más si el contratista realiza sus funciones dentro de las instalaciones, de manera permanente bajo las instrucciones del jefe superior y en una labor que es inherente a una ejercicio de los funcionarios de planta.

En consecuencia, teniendo en cuenta que no existe autorización del Ministerio de Trabajo, no se permitió validar que la desvinculación no presentaba conexidad con su estado de salud. Se concluye que la decisión de la Alcaldía Municipal de Apulo, de terminar el contrato de trabajo del señor Rodríguez, por suspensión en razón a su enfermedad, tiene como fundamento la disminución física generada por la misma que adquirió en ejercicio de sus funciones como vigilante.

En este caso, el empleador desconoció el deber de proteger los derechos al trabajo y a la igualdad de la población con estabilidad reforzada. Además, no tuvo en cuenta las circunstancias familiares del señor Rodríguez, quien tiene bajo su cargo a su cónyuge, adulta mayor que no labora, y ante lo cual debió adoptar medidas en su favor como es permitir un adecuado tratamiento para su enfermedad, a fin de que lograra desarrollar las actividades laborales en condiciones acordes con su estado de salud o proceder a la reubicación en un puesto de trabajo acorde con su situación médica, dada la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentra.

De igual manera un contrato laboral no solo garantiza la estabilidad laboral, inmerso en ello conlleva a unos beneficios en la liquidación y pago de unas prestaciones sociales por el tiempo de servicio que el empleado ejerce dentro del término de inicio y duración del mismo. Además, comprenden el pago de las prestaciones sociales contempladas por el legislador, así como la afiliación y traslado de recursos (cotizaciones y aportes) al Sistema Integral de Seguridad Social.¹⁴

De acuerdo con lo expuesto, el juzgado encuentra acreditado que, en el presente caso, se cumplen los presupuestos para conceder el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada del señor JOSE AMIN RODRIGUEZ DUQUE, el cual fue vulnerado por las acciones y omisiones de la Alcaldía Municipal de Apulo, de terminar el contrato de trabajo, por enfermedad e incapacidad médica, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

En efecto, se concederá el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada del señor JOSÉ AMÍN RODRIGUEZ DUQUE. En consecuencia, ordenará a la Alcaldía Municipal de Apulo, que ejecute las siguientes actuaciones: (i) si el accionante así lo desea, proceda a reintegrarlo al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior jerarquía; (ii) Que le pague los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y efectúe los

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, SP 68001233300020130060301, 2017

¹⁴ Corte Constitucional, Sala Novena, SentenciaT-331 - 2018.

aportes al Sistema General de Seguridad Social, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro y, (iii) pague la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario. Lo cual deberá ejecutar en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de la presente sentencia.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE APULO CUNDINAMARCA, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas y a la estabilidad laboral reforzada del señor JOSÉ AMÍN RODRIGUEZ DUQUE CC 11.450.287, por las razones de orden fáctico y jurídico estudiadas.

SEGUNDO. ORDENAR a la a la Alcaldía Municipal de Apulo, que ejecute las siguientes actuaciones: (i) si el accionante así lo desea, proceda a reintegrarlo al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior jerarquía; (ii) Que le pague los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y efectúe los aportes al Sistema General de Seguridad Social, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro y, (iii) pague la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario. Lo cual deberá ejecutar en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de la presente sentencia.

TERCERO: PREVÉNGASE a MUNICIPIO DE APULO, a través de su representante legal, para que evite incurrir en conductas omisivas y cumpla rigurosamente lo dispuesto en la Ley 1755 de 2015, que rige lo concerniente respeto del derecho fundamental incoado.

CUARTO: Por Secretaría, notifíquese a las partes por el medio más expedito, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 30 del decreto 2591 de 1991. Contra la presente determinación procede el recurso de apelación, el cual deberá ser propuesto dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

En caso de no ser impugnado el presente fallo, envíense el expediente a la corte constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



RODRIGO FIGUEROA RAMON
JUEZ

Firmado Por:

**Rodrigo Figueroa Ramon
Juez
Juzgado Municipal
Juzgado 001 Promiscuo Municipal
Apulo - Cundinamarca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5a9f0a1c9c82f20cc524fcc1c2a6109abc814e39197080fc7fced630d1c6d5cf**

Documento generado en 30/09/2021 05:53:18 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>