



**FUERO DE SALUD EN TRABAJADOR CON NOMBRAMIENTO EN
PROVISIONALIDAD**

ESTUDIO DE CASO
PROYECTO DE GRADO

CLAUDIA MELISSA RENGIFO ORTIZ

Asesor de Investigación
IVAN MAURICIO LENIS

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2017**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
0. INTRODUCCIÓN	3
1. DE LOS EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA	8
2. CARRERA DE LOS EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA – MARCO JURÍDICO	13
3. MARCO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL QUE SE APLICA PARA EL RETIRO DE LOS PROVISIONALES, EN SEDE DEL CONCURSO DE MÉRITOS	15
4. MARCO CONSTITUCIONAL (BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-CONVENIOS) Y LEGAL DEL FUERO DE LA SALUD	19
5. EL FUERO DE SALUD Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL (BASES Y LA EXTENSIÓN DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONEXIDAD)	30
6. TOPICOS QUE PERMITEN INFERIR LA EXISTENCIA DEL FUERO	41
7. DESCRIPCION DEL CASO	42
8. GUIA DEL PROFESOR	46
8.1 PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS QUE DEBE ENFRENTAR PARA SOLUCIONAR EL TOPICO ANALIZADO?	46
8.2 SUB CASOS A RESOLVER DENTRO DEL CASO PRINCIPAL	50
8.3 OBJETIVOS PEDAGOGICOS DEL CASO	51
8.4 DESARROLLO DEL CASO	53
8.5 CONCLUSION DEL CASO	57
BIBLIOGRAFIA	59
ANEXOS	60

0. INTRODUCCION

En el marco de un Estado Social de Derecho es parte fundante del mismo la propensión por la protección de los derechos fundamentales de los asociados con el objeto de que la convivencia de estos se dé en condiciones que garanticen el cubrimiento de necesidades básicas, lo que hace necesario que el desarrollo poblacional, económico y jurídico, se vuelvan una prioridad para el Estado, imponiendo en este la presión y la necesidad de implementar herramientas eficaces que al ponerse en acción no solamente garantice los fines esenciales del mismo, sino que además abre paso a la intervención directa en procura de la conservación de una sociedad en donde la igualdad de sus mancomunados sea material y efectiva tal y como lo expone Silva Henao, aduciendo que el Estado Social de Derecho: "(...) Se trata de un modelo estatal que interviene directamente en la sociedad, en procura de asistencia social y redistribución de la riqueza para mitigar la desigualdad social que hace inoperantes las garantías del Estado de Derecho"(...).¹

Por tal y en medio de la evolución de los derechos fundamentales que compactan no solo derechos inalienables al asociado (Vida, dignidad humana, libertad etc.) sino que además amplía la convergencia en derechos de contenido social, económico, cultural y político que permean la esfera de interacción con el Estado, se hace dable que en Colombia se constitucionalizaran los derechos laborales a partir de la expedición de la Carta política de 1991, es así como desde el preámbulo Ibídem se orienta que: "(...) Con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social

¹Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 14 (enero-junio 2012) pp. 141-158 J.F. Silva Henao Unaula

justo(...)"² se promulga la nueva Constitución, elaborando enunciados que se priorizan como norma en el artículo 1 de la misma, en donde incluso se da el fundamento de la República de Colombia en relación con el trabajo de los Colombianos: "(...)Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.(...)".³

De este modo derechos fundamentales como la remuneración mínima vital, el acceso al trabajo, la estabilidad laboral, el acceso a la seguridad social y el derecho a la igualdad entre trabajadores y todos aquellos derechos que devinieran de los convenios internacionales del trabajo, toman un papel protagónico en el Estado Social de Derecho, permitiendo que para su protección y garantía se introduzcan paulatinamente conceptos del derecho internacional de forma comparada, todo en aras de garantizar y desarrollar el ejercicio de los derechos relacionados, poniendo en marcha un progreso doctrinal, jurisprudencial que permitió posteriormente ratificar convenios con la Organización Internacional Del Trabajo OIT, surgiendo así la creación e implementación de los llamados fueros reforzados de la estabilidad laboral, los cuales son vinculantes y de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico, y que se identifican como: Fuero Reforzado de Maternidad, Fuero Reforzado de acoso Laboral, Fuero de Salud y Fueros de origen constitucional (Fuero de vejez, fuero de creencias religiosas, fuero de las mujeres madres cabeza de familia, y eventualmente el sui generis fuero de los pre pensionados).

²Constitución Política de Colombia 1991 Pagina 14

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

³ Constitución Política de Colombia 1991 Pág. 14
<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

Así las cosas y siendo el origen de la presente monografía el fuero de salud, empezaremos por denotar el concepto de Fuero, vayámonos entonces al entendido que este denota según el significado dado por la Real Academia de la Lengua Española como el “Jurisdiccional, Poder” o también como la “competencia a la que legalmente están sometidas las partes y por derecho les corresponden”⁴, conexo a esto y adentrándonos en la materia objeto de estudio la concepción de estabilidad reforzada que se establece en el ordenamiento jurídico no se encuentra expresamente consagrada en norma alguna, no obstante el decantamiento jurisprudencial de las sentencias C-470 de 1997 y T-041 de 2014 del máximo órgano Constitucional, definen que: “(..)En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad” (...).

Por tanto nos permite dilucidar que la estabilidad reforzada tiene como culminación garantizar el derecho al trabajo y todas las acreencias que se desprenden de esta calidad, esto debido a que su estatus de empleado no puede finalizar o verse amenazado por el estado de vulnerabilidad o las condiciones en las que se encuentre el trabajador, obligando a su empleador a garantizar la continuidad laboral, lo que permite que el trabajador no pueda ser despedido sin que medie una justa causa, ahora bien esto no es una camisa de fuerza, pero permite por tanto el pago de indemnizaciones de la norma laboral, que cubre daños que pudiese ocasionar el despido.

⁴ Asociación De academias De La Lengua Española <http://dle.rae.es/?id=IYqmDg8>

Ante esto y retomando como centro el concepto de fuero de salud, se debe poner de presente que este al igual que los otros fueros tienen su origen al interior de nuestro país por el amplio cubrimiento que se pretende dar a las garantías laborales y que su origen data de la ponderación de las altas cortes, lo que lo diferencia en primera instancia de los fueros de origen constitucional, así el fuero de salud lo ostenta el trabajador que soporta en su salud una depreciación física o sensorial que lo hace desemejante y por lo tanto se constituye en sujeto de especial protección la cual esta atribuida al Estado, máxime cuando el trabajador se ve despedido a razón de su situación de afectación en su salud, por lo que ante esta circunstancia le corresponde al Ministerio de Protección Social o quien determine la Ley mediar y evaluar las verdaderas condiciones para que se surta el despido con justa causa y no debido a su condición.

Corolariamente los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria: Corte Suprema de Justicia y el órgano cumbre de la Jurisdicción Constitucional: Corte Constitucional, han dado un tratamiento altruista, aunque cabe anotar que cada uno con regulaciones que difieren en los elementos utópicos que dan origen al reconocimiento de existencia o configuración del fuero, aun así se debe reconocer que es en cabeza de la Corte Constitucional donde se ha encontrado una amplia lista de indemnidades, que promueven con mayor ahínco el ejercicio jurídico de protección siendo este órgano del poder judicial quien ha hondado en esfuerzos por proteger el estatus supranacional y legal de la normatividad en salud frente a trabajadores en estado de debilidad manifiesta o discapacidad sin importar el origen de la misma pronunciándose de este modo frente al despido, re instalación y /o reubicación a raíz de su condición, lo que lleva al desarrollo de ponderaciones constituciones más elevadas como el principio de solidaridad lo que denota el rango Constitucional de los trabajadores Colombianos.

El objetivo del caso de estudio, enmarcara la evolución del fuero de la salud en nuestro territorio nacional, teniendo como protagonistas los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes (Corte Suprema De Justicia y Corte Constitucional), realizando un análisis, que nos permita dilucidar que la vulneración al derecho de la seguridad social, igualdad de trabajadores, a la estabilidad laboral, al reconocimiento del mínimo vital, a la solidaridad, así como el no cubrimiento reforzado a las personas que se encuentran sumergidos en debilidad manifiesta a causa de su salud y la necesidad de protegerlo son efectivamente salvaguardados a través de la acción de tutela, al ser este un mecanismo celero y de tramite preferente, que permite efectivizar el freno en el conculcamiento de derechos inalienables y que aunque existen otros medios de defensa judicial como las demandas que puedan impetrarse ante la jurisdicción ordinaria, este camino se hace dispendioso, poco efectivo para el trabajador afectado.

Palabras claves: FUERO DE SALUD; DEBILIDAD MANIFIESTA FÍSICA, SENSORIAL, MENTAL; AUTORIZACIÓN DE FUNCIONARIO COMPETENTE; INDEMNIZACIÓN; REINTEGRO; NECESIDAD O NO CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, ORIGEN DE LA ENFERMEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL.

1. DE LOS EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Según la Constitución de 1991, en su artículo 125 se dispone:

“(...) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...).”

Ante el prioritario constitucional, el legislativo mediante la Ley 27 de 1992⁵, definió a la carrera administrativa:

"Un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera"

El artículo 10 de esta ley estableció, como lo hizo en su primer momento el Decreto 2400 de 1968,⁶ que la provisión de empleos podía hacerlo por

⁵ Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones.

nombramiento ordinario, en periodo de prueba provisional. Según esta disposición el nombramiento en provisionalidad procedía mientras se llevara a cabo la selección para proveer un cargo de carrera, siempre que no hubiera empleados escalafonados que pudieran ser encargados.

La ley 443 de 1998 adoptó la anterior clasificación y respecto del nombramiento provisional reiteró su procedencia ante la ausencia de empleados de carrera que pudieran ser encargados en los cargos vacantes mientras serán provistos por concurso; además habilitó la viabilidad del nombramiento provisional para suplir la vacancia temporal de los cargos de aquellos empleados que hubieran sido encomendados⁷ Esta ley fue reglamentada entre otros, por el decreto 1572 de 1998, en cuyo artículo cuarto (modificado por el decreto 2504 de 1998, Art 2), se fijó el alcance del nombramiento en provisionalidad, en los siguientes términos:

⁶ ARTÍCULO 10. DE LA PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS. La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario. La de los de carrera se hará previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales.

El término de duración del encargo no podía exceder del señalado para los nombramientos provisionales.

⁷ Artículo 80 *PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES*. <Artículo derogado por el artículo 58 de la ley 909 de 2004> En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el escalafonarlo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

PARAGRAFO. Salvo la excepción contemplada en el artículo de esta ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.

"artículo 2 modificado por el artículo 4 del decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: Entiéndase por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal seleccionado mediante el sistema de mérito así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que surja"

Por su parte el artículo 1 de la Ley 909 de 2004 determina las clases de empleo público, que existe en la función pública, manifiesta el artículo:

Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

Conexasmente el artículo 3 ibídem, dispone el campo de aplicación de la misma:

“(...) 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados (...)”

Con relación a lo anterior el artículo primero señala que su que tú la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos reguladores de la gerencia pública y señala que los empleados de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales hacen parte de la función pública y el artículo tres describe en forma taxativa a sus destinatarios.

Seguidamente el artículo 23 señala que las clases de nombramientos son: ordinarios y en periodo de prueba o en ascenso.

“(...) Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.(...)”

La mencionada ley incluso estipular lo concerniente a las personas que ocupan un empleo por encargo en su artículo 24 diciendo:

“Encargo: Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados

de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (...)"

Y en relación a los nombramientos en provisionalidad regula en su artículo 25:

"(...)Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.(...)"⁸

⁸ Mediante Sentencia C-942-03 del 15 de octubre de 2003. M.P Alfredo Beltrán Sierra. Se Aprobó la exequibilidad.

2. CARRERA DE LOS EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA – MARCO JURÍDICO

Como se expresó, el artículo 125 de la carta política, dispone que los empleados en los órganos y entidades del Estado serán de carrera, salvo lo de elección popular, de libre nombramiento remoción, trabajadores oficiales y los demás que termine la ley

En lo que tiene que ver con la vinculación al servicio público estatal, la ley 115 de 1994 en el artículo 105, establece:

“(...) La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.

Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales. (...)”

Sobre los cargos financiados con recursos del sistema General de participaciones del sector educativo, la ley 715 de 2001, establece las normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357(Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, señaló

“(...) Artículo 38: La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva

entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...)"

Por su parte el Decreto 1278 del 2002, dispone:

"(...) Artículo 67. Personal administrativo. El personal administrativo de los establecimientos educativos estatales se regirá por las normas que regulan la vinculación y administración del personal de carrera administrativa, conforme a lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen, sustituyan y reglamenten.

El régimen salarial y prestacional del personal administrativo de los establecimientos educativos estatales, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, será el dispuesto por las normas nacionales. (...)"

3. MARCO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL QUE SE APLICA PARA EL RETIRO DE LOS PROVISIONALES, EN SEDE DEL CONCURSO DE MÉRITOS

El artículo 125 de la Constitución como se dijo anteriormente, establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en que el Estado pueda " contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultado, su verdadera actitud para atender las altas responsabilidades confianza los entes públicos, A partir del concepto según el cual el Estado social de derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público.

En los términos de este artículo: " los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la constitución o la ley, serán nombrados por concurso público"⁹

Y la provisión de los cargos en vacancia se debe realizar teniendo en cuenta la lista o registro de elegibles, que como tal es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organizan estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisa reglas fijadas en esta.

⁹ Artículo 125 inciso 2 de la Constitución de 1991.

La honorable corte constitucional con respecto a este tema ha dicho:

" Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materialice el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución en la medida que con él la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están de ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decir el estado convoca al concurso público porque tienen las plazas vacantes o están en provisionalidad que deben ser provistos mediante el sistema del concurso público, pues tal como lo señaló esta corporación en la sentencia T-455 de 2000 " se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleado de carrera administrativa es porque indudablemente existe el cargo pues carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionante es para en la mayoría de las personas, si el proceso adelantado Y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento, en consecuencia una vez que se han publicado los resultados es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso" Sentencia SU 446 de 2011 Corte Constitucional.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo que todo el concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de este acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no sólo en la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

Queda claro entonces, que los cargos en carrera que se encuentran vacantes y que fueron lo que todo un concurso público de mérito, si deben proveer con las personas que superaron el concurso en estricto orden descendente.

En ese orden, si los cargos vacantes ofertados están siendo ocupados por personas nombradas en provisionalidad, éstas deben ser reemplazadas en dichos cargos por quienes encuentran finalmente en la lista de legibles y optan por ocupar el empleo.

Ahora con respecto a la situación jurídica de las personas nombradas en provisionalidad, hay que indicar inicialmente que la jurisprudencia constitucional ha partido de la premisa según la cual la carrera administrativa representa el " instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo esencialísimo elemento humano en la función pública" (Sentencia 970 del 2010 Corte Constitucional), acompañada de la necesidad correlativa de interpretar restrictivamente Las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general para esta forma evitar que, en contra de la Constitución, " la carrera hacia la infección y lo demás mecanismos de provisión de cargos la regla general".

En esa línea si existe una vacante, este cargo transitoriamente se puede subir con un nombramiento en provisionalidad, las normas generales han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos, y entre ellas está destacan; El artículo cinco del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo cuarto de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la ley 27 de 1992, el artículo ocho de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

La honorable corte constitucional con relación a la provisionalidad ha dicho:

"la provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos cuando se presentan vacancia definitiva o temporales y mientras esto se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para entender las necesidades del servicio cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de

las funciones públicas mientras se surten procedimientos ordinarios para suplir una vacancia en particular. El concurso de méritos para empleados de carrera Sin embargo no exime a las autoridades no mina duras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo"¹⁰

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Ley 909 del 2004 por la cual se expide normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleados de carrera es " reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado ", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento remoción aceptó la competencia discrecional mediante acto no motivado.

Y con respecto a los derechos que tienen los empleados nombrados en cargos de carrera y los de provisionalidad, ha dicho la honorable corte constitucional:

"La corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargo de carrera administrativa en Provisionalidad un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en la carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011 del 2003). Sin embargo esta corporación estima que para los primeros existe un cierto grado de protección (T-1316 del 2005) que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan si no por causas disciplinarias baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza conforme a la regla constitucional relativa con la provisión de los empleos de carrera artículo 125 C.P."¹¹

¹⁰ Sentencia C-279 del 2007 Corte Constitucional

¹¹ Sentencia T-1107 de 2008 Corte Constitucional

4. MARCO CONSTITUCIONAL (BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD- CONVENIOS) Y LEGAL DEL FUERO DE LA SALUD.

Para hablar del tema de fuero de salud se hace necesario hacer una relación de la normatividad que en cierta medida reguló el tema de la protección al trabajador, como el establecimiento de obligaciones en favor del trabajador con afectaciones en su salud:

Entre 1601 y 1608 se implantó en las leyes de las indias la protección a la vida y la salud de la población indígena víctimas de accidentes y enfermedades de trabajo.

Para el año 1777 surgieron órganos de ayuda mutua contenían similares a las asociaciones de artesanos en Europa, es decir a partir del apoyo solidario. Se ayudaba a los artesanos que se hallaban en incapacidad para trabajar.

En nuestro país, para el año 1886, la Constitución de esa época indicaba el deber que le asiste al Estado de prestar asistencia al incapacitado físico para trabajar, que no tuviera medios de subsistencia o el derecho de exigirla a otra persona.

Posteriormente la Ley 57 de 1915 consagró prestaciones económicas asistenciales, las clases de incapacidad y las indemnizaciones en caso de limitaciones físicas causadas por el trabajo; en cuanto a las clases de incapacidad estableció la temporal, permanente parcial, permanente total y muerte.

Ley 26 de 1921, estableció medidas de protección contractual para trabajadores mineros y empresas industriales del Chocó, medida que posteriormente se mantuvo en el Decreto 2663 de 1950 y que figura actualmente el artículo 328 del C.S.T.

Se aclara que, pese a que no es norma de aplicación nacional, contempla que las empresas mineras e industriales del departamento de Choco no pueden despedir a un trabajador que siga incapacitado después de transcurrido un periodo de 3 meses o 6 meses, tiempo determinado de acuerdo al capital de la empresa.

La Ley 10 de 1934 reglamentó la enfermedad profesional, la contratación laboral, y los auxilios de cesantías y vacaciones, y la ley 44 de 1939 consagró el seguro obligatorio y las indemnizaciones por accidentes de trabajo.

Decreto Legislativo 2350 de 1944 estableció fundamentos para el Código Sustantivo del Trabajo y señala la obligación de proteger al trabajador en el desempeño de su actividad laboral.

Ley 6 de 1945, Ley General del Trabajo, reglamenta la enfermedad no profesional y el accidente de trabajo para los empleados del sector público y privado. Esta contempla el auxilio por enfermedad no profesional por un periodo de 180 días de incapacidad, con excepción de las empresas con capital inferior a \$10.000 cuyo límite se extiende hasta los seis (6) días (art. 13 num.3°). En su artículo 44 numeral 7o. establece como causal de suspensión del contrato, que el trabajador contraiga “...una enfermedad contagiosa que obligue a su aislamiento o por padecer una enfermedad crónica que lo incapacite durante más de treinta días en un trimestre. La suspensión en estos casos podrá ser hasta por ciento veinte días”. También resulta llamativa la disposición general contenida en el artículo 10 de su decreto reglamentario que establecía el derecho a no ser sustituido por otro trabajador cuando el empleado se encuentra en enfermo.

Decreto 2663 y 3743 de 1950, adoptados como legislación permanente mediante la ley 141 de 1961, establecen el actual Código Sustantivo del Trabajo llevado a legislación permanente por la ley, se consagran prestaciones a cargo del empleador, aunque ya habían incorporadas con anterioridad a la legislación y se plasman las primeras medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo.

El artículo 56 del C.S.T. que trata sobre las obligaciones de las partes en general, al empleador le corresponde la protección de sus trabajadores y al empleado obediencia, fidelidad y cuidado de su salud.

Artículo 208 C.S.T. La oposición del trabajador a la asistencia médica ocasiona la pérdida de las prestaciones económicas o la incapacidad temporal. Este concepto se reafirma en el artículo 55 del Decreto 1295 de 1994, modificado por el artículo 17 de la Ley 776 de 2002, el trabajador no pierde las prestaciones económicas, se le suspenden.

Artículo 217 C.S.T.: señala este artículo que los médicos contratados por el empleador están obligados a certificar si el trabajador queda o no incapacitado para continuar desempeñando sus labores y a calificar la incapacidad que pueda resultar.

El Decreto 2351 de 1965, modificó las causas para dar por terminado el contrato de trabajo que consagra el C.S.T., en su numeral 15 estableció la enfermedad no profesional que no tenga recuperación en un periodo de 180 días. (Este artículo fue declarado exequible en Sentencia C-079 de 1996).

Los Decretos 776 y 778 de 1987, modifica la tabla de valuaciones de incapacidades resultantes de accidentes de trabajo y elevaron a 40 contingencias presumidas como enfermedades profesionales del C.S.T.

Por su parte el Decreto 2177 de 1989 hace referencia a la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas consagrada en la ley 82 de 1988, que a su vez aprobó el Convenio 159 de la OIT. Los artículos 16 y 17 establecieron la reubicación profesional.

Decreto 1832 de 1994: Adopta la tabla de enfermedades profesionales y por el Decreto 2664 del mismo año se expidió la Tabla Única para las Indemnizaciones

por pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49.99% y la prestación económica correspondiente.

En el Decreto 1796 de 2000 se reguló la evaluación de la capacidad psicofísica, de la disminución de la capacidad laboral, y de los aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensiones por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la Policía Nacional vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

El Código Sustantivo del Trabajo ha sufrido múltiples reformas, en cuanto a las prestaciones delegadas al sistema de seguridad social se encuentra la Ley 100 de 1993 que reformó en el libro IX, capítulos I y II en torno a las prestaciones patronales especiales y consagró el alcance de las prestaciones económicas y asistenciales como de las indemnizaciones. Concretamente el artículo 206 indica que “Serán reconocidas por las entidades promotoras de salud, y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, es decir, serán canceladas o reembolsadas las incapacidades por parte de las administradoras de riesgos profesionales.

La Ley 361 de 1997, señala que 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. Por esta razón algunos consideran que la justa causa de despido contemplada en el numeral 15 del artículo 62 del C.S.T., se encuentra derogada tácitamente.

Posteriormente con la regulación planteada en el Decreto 2463 de 2001, un trabajador que tenga la “condición legal de discapacitado” no puede ser despedido o su contrato laboral terminado por causa de su discapacidad, sin autorización del Ministerio de la Protección Social; su desvinculación se considera discriminatoria. Otra norma que modificó el Código Sustantivo Laboral fue la Ley 789 de 2002 que en el artículo 3 determinó que el trabajador tendrá derecho a periodos de incapacidad por motivo de enfermedades no profesionales, por maternidad, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Por último el Decreto 19 de 2012, estableció que el empleador es el encargado de realizar el trámite para el reconocimiento de incapacidades y pago de los auxilios económicos a cargo del sistema general de seguridad social en salud.

Esta constituye una reseña de las normas que de manera relevante regulan o regularon lo relativo a la incapacidad temporal, su auxilio, y el derecho a la reincorporación.

Lo anterior permite establecer que en Colombia la Constitucionalización (hace referencia al fenómeno jurídico según el cual el ordenamiento jurídico, debe estar regido en su interpretación y aplicación con la Constitución) del derecho del trabajo ha implicado que las relaciones de carácter laboral se hayan revestido de un nuevo carácter protector de la parte más débil del vínculo, en el sentido de evitar que quede excluida del mercado de trabajo.

El derecho a la estabilidad laboral resulta reforzado constitucionalmente para determinados sectores de la población trabajadora.

Los trabajadores en ejercicio de los derechos de asociación y huelga, las trabajadoras en estado de embarazo y los trabajadores que padecen de una discapacidad, se encuentran legitimados legal y constitucionalmente para exigir

que su vínculo contractual no sea terminado en razón del ejercicio de sus derechos o por su condición de embarazo o discapacidad, acudiendo a la aplicación de estos fueros especiales de protección contractual en caso de un despido.

En el caso de las personas con discapacidad se le ha dado el nombre de fuero de salud, el cual se define como la estabilidad laboral reforzada de la cual gozan ciertos trabajadores con limitaciones o que han sufrido una pérdida de capacidad laboral, para no ser despedido en razón a su condición, es decir, es una prerrogativa de permanecer en el empleo y de gozar de cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación.

A nivel internacional los pronunciamientos han sido los siguientes:

Pronunciamientos de la OIT.

1. Convenio 102 De 1952. Trata de las normas mínimas sobre seguridad social y en sus artículos 13 a 18 consagra las prestaciones por enfermedad, en el sentido de que el Estado debe garantizar “la concesión de prestaciones monetarias de enfermedad a las personas protegidas”. Establece como condiciones para su reconocimiento en que la incapacidad para trabajar debe ser el “(...) resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional.”

Así mismo consagra prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional. En este caso la contingencia se relaciona con la incapacidad temporal en el sentido que debe comprender un estado mórbido e incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional.

Frente a la prestación por enfermedad la Recomendación núm. 134 estipula que debería concederse la misma cuando la ausencia del trabajo esté justificada, entre

otros motivos, por el hecho de que el interesado esté bajo observación médica con fines de readaptación o tenga un permiso de convalecencia.

2. Convenio 128 Del 1967. Establece las prestaciones de invalidez, y de manera independiente al alcance de dicho término, consagra en su artículo 8° que “La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta incapacidad será permanente o cuando subsista a la terminación de un período prescrito de incapacidad temporal o inicial.”

3. Convenio 130 Del 1969. De asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad. Consagra en su artículo 7° las contingencias cubiertas deben comprender: “la incapacidad para trabajar, tal como esté definida en la legislación nacional, que resulte de una enfermedad y que implique la suspensión de ganancias.” Y que la asistencia médica debe ser concedida con el objeto de conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida y su aptitud para trabajar y para hacer frente a sus necesidades personales (Artículo 9) y se establece un tiempo mínimo de la concesión: “La prestación monetaria de enfermedad mencionada en el artículo 18 deberá ser concedida durante toda la contingencia. Sin embargo, la concesión de la prestación se podrá limitar a un período no inferior a cincuenta y dos semanas en cada caso de incapacidad, según esté prescrito.”

Convenio 159 Del 1983. Sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas invalidas. Junto con la Convención de derechos de las personas con discapacidad del año 2006 y la Recomendación 168 de 2008, conforman el núcleo normativo que protege al grupo de personas con discapacidad. El Convenció constituye el principal instrumento relativo a que las personas con discapacidad tengan un trabajo digno y no sean objeto de discriminación por causa de su discapacidad.

Este indica que sus disposiciones son aplicables a todas las categorías de personas inválidas y que por persona invalidase entiende “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

“que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.” Y que las políticas estatales deben basarse en “el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general.

Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.”

Por último, indica la obligación de proporcionar y evaluar los servicios de colocación y empleo “a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias.” (Art. 7°).

Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones.

a) Decisión 545 de 2003. Su objetivo es el establecimiento de normas que permitan de la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia (Art. 1). Reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. Y agrega que en ningún caso se les puede sujetar a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual. (Art. 10°) En los literales “d”, “e” y “f” del

artículo 13 se consagra la garantía del trabajador migrante de los países miembros al libre acceso “ante las instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos; y “a los sistemas de seguridad social, de conformidad con la normativa comunitaria vigente” como “El pago de las prestaciones sociales al migrante andino que trabaje o haya trabajado en los territorios de los Países Miembros, de conformidad con la legislación del País de Inmigración.” b) La Decisión 583 de 2004. Sustituyó al 546 de 2003, tiene como objetivo primordial garantizar a los migrantes laborales y a sus beneficiarios, la plena aplicación del principio de igualdad de trato y la eliminación de toda forma de discriminación, a percibir prestaciones de la seguridad social y a garantizar su afiliación al mismo, así como a percibir prestaciones económicas y sanitarias.

El artículo 2° entiende como prestaciones sanitarias los servicios médicos de promoción, prevención, recuperación, rehabilitación, y los servicios terapéuticos y farmacéuticos, conducentes a conservar o restablecer la salud en los casos de enfermedad común o profesional, maternidad y accidente cualquiera que fuera su causa.

Por su parte en cuanto a las prestaciones económicas se refiere al pago en efectivo, renta, subsidio o indemnización previstos por las legislaciones, incluido cualquier complemento, suplemento o revalorización, incluyendo como causa generadora de ellas, la maternidad, la incapacidad temporal, la lactancia, la jubilación, el accidente de trabajo, la enfermedad profesional, la invalidez o la muerte.

Su artículo 10 contempla en cuanto a la valoración para efectos de la incapacidad laboral e invalidez que los exámenes de salud deben ser realizados por la institución competente del país miembro y correrán por cuenta de la institución que los solicite.

c) Decisión 584 de 2004. Sustituyó la Decisión 547 de 2003. Es el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuyo objetivo es “promover y regular

las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los Países Miembros para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, mediante la aplicación de medidas de control y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.”

Define la salud como un derecho fundamental indicando no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino que incluye los elementos y factores que afectan negativamente el estado físico o mental del trabajador y están directamente relacionados con los componentes del ambiente del trabajo.

Define las condiciones de salud como: “El conjunto de variables objetivas de orden fisiológico, psicológico y sociocultural que determinan el perfil socio demográfico y de morbilidad de la población trabajadora.”

Establece la obligación de adoptar en la legislación medidas sobre seguridad y salud en el trabajo que contengan entre otros aspectos: “Procedimientos para la rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laborales de los trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales;”

Como aspectos para la disminución de los riesgos laborales se indica en su artículo 11 la elaboración de planes integrales de prevención de riesgos que comprenderán, entre otros el fomento a la “adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental, teniendo en cuenta la ergonomía y las demás disciplinas relacionadas con los diferentes tipos de riesgos psicosociales en el trabajo.” Un aspecto de suma relevancia lo constituye el catálogo de derechos y obligaciones de los trabajadores que se encuentran consagrados de los artículos 18 al 24, dirigidos a que el trabajador conozca los riesgos a los que está expuesto, y se implementen las medidas necesarias para garantizar seguridad y bienestar de la salud en el entorno laboral. Sobre este tema y en lo relativo al objeto de esta investigación consagra el artículo 21 inciso segundo que “Los trabajadores tienen

derecho a cambiar de puesto de trabajo o de tarea por razones de salud, rehabilitación, reinserción y recapacitación.”

Dentro de las obligaciones a cargo del trabajador la Decisión muestra en esencia los deberes de cuidado de la salud y de información de las dolencias y características del trabajo. Ello lo hace en siguientes términos: “Velar por el cuidado integral de su salud física y mental, así como por el de los demás trabajadores que dependan de ellos, durante el desarrollo de sus labores;” e “Informar oportunamente sobre cualquier dolencia que sufran y que se haya originado como consecuencia de las labores que realizan o de las condiciones y ambiente de trabajo. El trabajador debe informar al médico tratante las características detalladas de su trabajo, con el fin de inducir la identificación de la relación causal o su sospecha;”

En cuanto a las personas en situación de discapacidad indica el artículo 25 que el empleador debe garantizar su protección cuando son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Deben tener en cuenta dichos aspectos en la evaluación de riesgos como en la adopción de medidas preventivas y de protección.

5. EL FUERO DE SALUD Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL (Bases y la extensión de otros derechos fundamentales en conexidad)

CORTE CONSTITUCIONAL

En esta línea temporal vemos los primeros inicios del tratamiento jurisprudencial dado al fuero de la salud, por su parte la Corte Constitucional mediante Sentencia T – 100 de 1994, un fallo de efecto inter partes, tutela los derechos de igualdad frente a trabajadores que padecen una discapacidad (docente ciego) y la posibilidad de ejercer la docencia previo cumplimiento de los requisitos formales para desempeñarse el cargo, aducía el actor que “(...)no se le permitió desempeñar el cargo público para el cual fué [Sic] contratado por el Municipio de Medellín (dándosele trato diferente al recibido por los otros docentes ciegos al servicio del mismo ente estatal); pero, además, se le separó de la docencia -en la Concentración Educativa San Juan Bautista de la Salle- y no se le permitió iniciarla en el IDEM "Merceditas Gómez Martínez, en razón de su invidencia y, en ejercicio -por los rectores de ambas instituciones-, de funciones no autorizadas en ley o reglamento alguno, las que se arrogaron, con la anuencia del Secretario de Educación, Cultura y Recreación del Municipio de Medellín. **Resulta así, que al actor no se le dio [Sic] el mismo trato que a los otros docentes ciegos, sino que se le dio [Sic] trato ilegal y discriminatorio (...)**”¹²Subrayado fuera de texto.

Ante los hechos presentados y respaldados debidamente en el libelo probatorio el alto Colegiado, acoge las pretensiones de la parte actora, encontrando respaldo en la protección del derecho a la igualdad, derecho del que extiende su cobertura de manera que abre paso a la protección de trabajadores que padecen una discapacidad, lo interesante es que el alto tribunal restaura la conculcación del

¹² Sentencia T 100 de 1994 M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

derecho de la igualdad en personas que se encuentran en debilidad manifiesta exigiendo del Estado la protección de los mismos para que cesen los actos discriminatorios, pues debe recordarse que la rectora de una de las instituciones donde el docente tenía carga académica refirió que este a razón de su ceguera se le dificultaba ser docente; a todas luces la Corporación Constitucional introduce y decanta a manera de ratificación el primer concepto en el cual se habla de la debilidad manifiesta y arguye: "(...)Pero, ¿resultaría así protegido su derecho fundamental a la igualdad? ¿Su derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas? En el mejor de los casos, la acción contencioso administrativa prosperaría, se anularían los actos de los rectores y se indemnizarían los daños que se lograran probar. Pero, nada se diría sobre el trato discriminatorio sufrido, no se podría ordenar al Secretario de Educación y a los Rectores que cesaran la discriminación en contra del actor, quien tiene el derecho constitucional a ejercer su profesión más allá de los términos de su primer contrato como docente, ni podría ordenar el Juez Administrativo -como sí lo puede hacer el Juez de Tutela-, que se proceda a proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".(...)"¹³

Ahora bien, entonces es dable afirmar que la debilidad manifiesta recoge trabajadores con menos cabo económico, físico, mental, pero en ese entendido entonces la duda que surge es que se definió en ese momento como debilidad manifiesta y más aún cuales eran los tópicos que permitían la aplicación de la misma.

Frente a este puntual, refiere la mencionada sentencia, más adelante: "(...)Nuevamente insiste la Corte Constitucional en señalar que el artículo 13 de la Carta Fundamental, ordena a las autoridades dar igual tratamiento jurídico a las situaciones de hecho iguales; pero también les ordena actuar positivamente en la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, en

¹³ Sentencia T 100 de 1994 M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

aquellos casos en los que las situaciones de hecho no son iguales y, por ello, el tratamiento idéntico constituye un desconocimiento de las circunstancias de debilidad manifiesta y una discriminación en contra de las personas que las viven.

El señor González Martínez quedó ciego al terminar su infancia, y ese hecho lo convirtió en una persona que por su condición física se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta frente a sus congéneres y a sus colegas que no padecen esa limitación. (...)”

(...) de vetar su desempeño profesional en el plantel que administra, por la sola causa de su ceguera. (...)”¹⁴

De este modo es claro que en principio si bien se trató el tema de estabilidad laboral, la Corte se inclinaba más abiertamente a la protección del derecho a la igualdad, entre tanto trataba que los trabajadores tuviesen iguales oportunidades en el desarrollo de sus actividades pese a su debilidad manifiesta, no obstante estos avances poco tímidos fueron replegados, hacia una protección más vanguardista de la estabilidad laboral reforzada, ya no solo basada en el derecho a la igualdad, si no enfocado en la estabilidad del trabajador y el núcleo familiar del mismo, involucrando una cobertura más ancha en donde el mínimo vital, el acceso a la seguridad social, trabajo en condiciones dignas, estabilidad laboral entre otros, formaron un compendio de protección frente al trabajador disminuido.

Corte Suprema de Justicia.

Por su parte y para la misma época la Corte Suprema de Justicia, no registraba mayor avance jurisprudencial que los laudos de homologación arbitral en donde de una manera recabada, trataban de dar aplicación a la recién expedida Ley 100 de

¹⁴ Sentencia T- 100 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

1993, que para la época entraba en vigencia, la cual en su contenido, regulaba el tema de salud y trámite de incapacidades, por tal el colegiado Ordinario, se opuso al desdén impetrado por algunas entidades, en donde propendían librarse del pago de las incapacidades médicas en los primeros tres días, así en fallo, manifestó: "(...) Con esta acusación busca la recurrente que se anule el artículo vigésimo del laudo que le impuso la obligación de cancelar la totalidad de las incapacidades cuya duración sea inferior a cuatro días, pues considera que la norma desconoce la facultad que como empleadora se le otorgó desde la Ley 90 de 1946 y que no ha sido modificada por la Ley 100 de 1993, "de no cubrir el valor de las incapacidades de los tres primeros días" (folio 51, C. de la Corte). CONSIDERA LA CORTE

Ni la Ley 90 de 1946 ni la Ley 100 de 1993, ni ningún otro precepto legal, le han conferido al patrono la facultad de no pagar los primeros tres días de una incapacidad, como sin fundamento alguno lo sostiene la impugnante.

Una cosa es que el Instituto de Seguros Sociales, como asegurador de riesgos sociales y dentro de las facultades que le confiere la ley, haya establecido en sus reglamentos que no cubre los riesgos por incapacidades inferiores a un determinado lapso y otra diferente, que no tiene base constitucional o legal alguna, entender esta regulación del seguro social como una facultad patronal para no pagar el subsidio en dinero por el tiempo correspondiente a una incapacidad laboral. Por el contrario, dado que los riesgos atinentes a la seguridad social que gravan al patrono únicamente dejarán de estar a su cargo cuando la seguridad social institucional los asuma, lo lógico es concluir que dicha obligación resulta de la propia ley y que no se trata de un nuevo derecho creado por el laudo arbitral" (...).¹⁵

Ante esto es lógico argüir que el camino de reconocimiento de estabilidad laboral otorgado incluso hasta la fecha es por decirlo más exigente y menos garantista que el del Tribunal Constitucional, así las cosas es recatado seguir la

¹⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sección Segunda Radicado 7310 M.P Rafael Méndez Arango

línea de tiempo y empezar a identificar posteriormente los tópicos de aplicación del concepto disímil de las dos cortes.

Precisamente en la sentencia de homologación de 31 de enero de 1994 se expresó como una razón para mantener el fondo que en esa oportunidad crearon los árbitros a cargo del empleador, el hecho de que los beneficios que contribuyen, al igual que las prestaciones sociales, al mejoramiento del nivel de vida de los trabajadores y de su núcleo familiar, resultan acordes con el espíritu protector de la legislación social puesto que el propio legislador para la fijación de los beneficios que directamente otorga al trabajador ha tomado siempre en consideración el "núcleo familiar". Como ejemplos de este aserto se citaron en aquella ocasión los criterios legales de fijación del salario mínimo, el subsidio familiar y la posibilidad de transmisión de los derechos del trabajador a sus beneficiarios, quienes siempre hacen parte de ese núcleo familiar; y que por lo mismo debe entenderse son "las personas que directamente dependen del trabajador", para decirlo con las textuales palabras que emplea el laudo. Se sigue de lo anterior que se homologará igualmente este precepto.

En Sentencia 25130 del 7 de febrero de 2006 la Corte Suprema de Justicia hizo referencia acerca del objeto de la Ley 361 de 1997, especificando que fue creada con el propósito proteger los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral y que su protección va más allá de las garantías que éste régimen cubre, en otras palabras que su fin es la integración social de los discapacitados.

Recuerda la Corte Suprema en esta sentencia que *“Se trata de una ley que según la exposición de motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados (Gaceta del Congreso N° 364 del 30 octubre de 1995). Los capítulos que la integran consagran garantías que asumen el Estado y la Sociedad para facilitar al antes señalado grupo de personas un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes y al espacio de uso público, al trabajo, etc.”*

En la citada providencia, la Corte Suprema de Justicia deja sentada su posición en relación con el despido de las personas limitadas, señalando que para dar por terminado el contrato de trabajo de las personas que por razón de su limitación sean despedidas se requiere justa causa y autorización de la Oficina de Trabajo. Si ello no se cumple, el trabajador está amparado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en donde se establece el derecho al reintegro.

Sin embargo resulta relevante la diferencia que realiza en dicha sentencia frente a la condición de incapacidad: *“Quiere ello decir que para ese fallador la circunstancia de haber estado el demandante incapacitado laboralmente no conducía necesariamente a la conclusión de que tuviera una limitación física, sensorial o física que lo hiciera beneficiario de la especial protección establecida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de los derechos allí reconocidos, cuestión jurídica que no es dable controvertir por la vía que orienta el cargo.”*

En Sentencia 32532 del 15 de Julio de 2008 indicó la Corte Suprema que si bien la referida ley está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones, también lo es que dichas limitaciones deben tener la connotación de severas y profundas, delimitando de esta manera el campo de su aplicación, y aplicando la figura exclusivamente a quienes padecen una minusvalía característica: *“Es claro entonces que la precipitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”.*

En efecto, en Sentencia 35606 del 25 de marzo de 2009 Magistrado Ponente Dra. Isaura Vargas Díaz, además de insistir en las consideraciones expuestas en la Sentencia 32532 de 2006, reiteró el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, que

para que un trabajador acceda a la indemnización prevista en la norma en mención, se requiere: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

Así mismo, advirtió que “las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados”

No obstante ello, aunque en la anterior providencia la Corte consideró que eran beneficiarios de la indemnización incluso aquellos trabajadores con un limitación moderada, en Sentencia 38992 del 3 de noviembre de 2010 se indicó que solo puede obtener la garantía de la estabilidad laboral, el trabajador que se encuentre con una pérdida de la capacidad laboral superior al 25%, es decir con una limitación severa o superior.

Posteriormente en el año 2012 la Corte Suprema al criterio anterior, es decir al sentado en Sentencia 32532 de 2008, añade que: *“el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del*

empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento.” (Negrilla fuera de texto original).

En cuanto al conocimiento que debe tener el empleador de la condición de discapacidad del trabajador, la Sentencia 31791 del 15 de julio de 2008, indicó que en el evento que el empleador termine un contrato de trabajo *“por razón de su limitación física”*, implica que necesariamente tal limitación, tiene que ser conocida por el empleador con anterioridad a la terminación de la relación laboral, en dicho caso estimó la Corte que *“(…) no surge un desacierto del Tribunal, si estimó que el empleador no sabía de la limitación al momento de despedirlo, porque para la fecha de terminación del contrato, 14 de junio de 2002, el demandante no había sido calificado como inválido o con limitación física, pues ello solo se produjo por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 16 de agosto de 2002.”*

Más adelante, en Sentencia del 34505 del 21 de marzo de 2009, señaló que *“lo que protege dicho precepto es la discapacidad que se produzca durante el vínculo laboral, por lo que no podía exigirse al empleador que solicitara el permiso ministerial a que se refiere el artículo aludido”* en el caso de que la pérdida de capacidad laboral se estructure después de configurada la terminación del contrato.

Las anteriores reglas fueron reiteradas por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencias 35421 del 28 de octubre de 2009; 37514 del 27 de enero de 2010; 37235 del 24 de marzo de 2010; 40693 del 8 de junio de 2011, 38992 del 3 de noviembre de 2010. Todos estos proveídos son consecuentes en la posición de que es necesario establecer el grado de limitación o pérdida de la capacidad laboral para el momento del despido.

Así las cosas, si un empleador no conoce con antelación a la terminación del contrato la limitación física, puede dar por terminada la relación laboral con justa causa, sin acudir a la autoridad administrativa, a saber, oficina del trabajo.

En Sentencia 36115 del 16 de marzo de 2010 se señaló que el régimen de las personas con limitación no consagra presunción alguna sobre las razones del despido, como quiera que *“la persona que afirme que fue despedido en acto de discriminación por el empleador, con violación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe acreditar además del acto de discriminación, su condición de limitado físico, al momento del despido”*.

En lo relacionado con el conocimiento que tenga el empleador de la situación de discapacidad, esto va ligado con los elementos de prueba de dicha discapacidad. Al respecto resulta relevante la Sentencia 39207 del 28 de agosto de 2012 donde la Sala Laboral de la Corte Suprema acude a su función de unificación de la jurisprudencia, donde precisó que *“la discapacidad corresponde a una condición real de la persona que se acredita, si es del caso, mediante dictamen pericial, de la cual puede tener conocimiento el empleador de cualquier forma, según la situación particular del trabajador discapacitado.”*

En este caso pareciera que la Corte Suprema entrara a afinar la inflexibilidad de su tesis, pues se casó sentencia del ad quem donde se daba por probado que el empleador no conocía *“la discapacidad parcial del demandante mucho antes del despido, desde el momento de los accidentes y de la enfermedad profesional, y que el actor, a la época del despido, se encontraba bajo restricciones médicas o limitaciones físicas”* (Negrillas fuera de texto original).

En suma, de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia para la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Es necesario acreditar que al momento del despido se tenía la condición de discapacitado.

2. La condición de discapacitado se determina con la calificación de la pérdida de capacidad laboral;

3. Para ser discapacitado su minusvalía debe estar calificada en los grados de moderada, severa o profunda, es decir superior al 15%;

4. No basta acreditar la condición de incapacitado para aplicar el principio de estabilidad laboral reforzada;

5. La situación de discapacidad debe ser conocida por el empleador para calificar la conducta del empleador como discriminatoria.

6. La discapacidad puede ser acreditada con cualquier medio de prueba, por lo tanto el carné a que se refiere la Ley 361 de 1997 surge como elemento de prueba para aquellas discapacidades que no son evidentes.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial del año 2012, parecieran tomar fuerza las afirmaciones que a continuación se realizan:

1. Para que proceda la estabilidad laboral reforzada basta que al momento del despido, el empleador este enterado que su trabajador viene sufriendo limitaciones físicas o que se encuentra bajo recomendaciones médicas.

2. No es necesario que al momento del despido el empleador conozca el grado de pérdida de capacidad laboral, por cuanto de ser notoria la discapacidad, surge la protección.

3. En caso de que no sea notoria la discapacidad, para que proceda el despido autorizado por el Ministerio, el empleador debe esperar hasta que se obtenga la calificación del grado de pérdida de capacidad laboral.

Queda así evidenciado que aunque la Corte Suprema empezó a moderar los requisitos para considerar la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no avala la estabilidad laboral reforzada del trabajador incapacitado temporalmente lo cual fue nuevamente ratificado en la Sentencia 39207 de 2012.

6. TOPICOS QUE PERMITEN INFERIR LA EXISTENCIA DEL FUERO ¹⁶:

Partiendo del hecho que la viabilidad de la acción de tutela en los casos de fuero de salud y el alcance de la corte constitucional ha dado esta figura, existe debilidad manifiesta en los siguientes casos¹⁷:

1. Incapacidad temporal orden de reubicación laboral o restricciones médicas laborales.
2. proceso para la calificación de invalidez.
3. Invalidez (incapacidad permanente parcial - calificación pérdida capacidad laboral e inferior al 50%
4. Enfermedades catastróficas a las que no aplica ninguna de las anteriores situaciones (VIH, cáncer)
5. Enfermedad vulnerabilidad manifiesta y en tratamiento.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se entenderá que el despido fue violatorio de derechos fundamentales y en consecuencia procede el reintegro por vía de tutela:

1. Que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta;
2. Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y,
3. Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador. Corte Constitucional Sentencia T-603 del 2009.

¹⁶ Fuente Godoy Córdoba

¹⁷ Fuente Godoy Córdoba

7. DESCRIPCION DEL CASO

La Señora **LUCIA MARTINEZ** prestó sus servicios laborales de manera continua y sin interrupción para la Gobernación del Cauca, Secretaria de Educación – bajo el Nombramiento en Provisionalidad desde el día 05 de febrero de 1991 hasta el 03 de Julio de 2012 ocupando los siguientes cargos:

- SECRETARIA, por medio del Decreto No. 0094 del 24 de enero de 1991 y Acta No. 9041 de fecha 5 de febrero de 1991 código 440, grado 08.
- PAGADORA del Centro Experimental Piloto Del Cauca, - Resolución No. 195 de 1992 a partir del 15 de junio de 1992,
- PAGADORA DEL FONDO DE SERVICIOS DOCENTES de las 52 Escuelas Urbanas Del Municipio de Popayán, vinculadas al Proyecto de Mejoramiento del ambiente del aula, en La Secretaria de Educación Departamental- Resolución No. 0294 del 26 de marzo de 1998.
- SECRETARIA del Grupo de Estudio y Registro de Capacitación Docente, de La Secretaria de Educación Departamental- Resolución No. 1228 del 2 de junio de 1998.
- SECRETARIA en La Unidad de Recursos Físicos y Financieros FED. Oficio SECD-2791 del 2791 del 10 de noviembre de 1998.
- SECRETARIA DEL GRUPO DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DE LA GOBERNACION DEL CAUCA. Resolución No. 0257 del 28 de marzo de 2001, 0874 del 9 de abril de 2007 y Decreto No. 0008 del 10 de enero del 2007.
- SECRETARIA DE LA OFICINA JURIDICA DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL CAUCA- Oficio del 15 de enero de 2010 de la Secretaria de Educación, donde desarrollé las siguientes funciones desde el 21 de enero de 2010, hasta el día 5 de julio de 2012.

- Mediante Resolución del 09 de julio de 2010 la Administración Departamental me realiza nombramiento provisional como Técnico Administrativo y continuo desempeñando las mismas funciones en la oficina Jurídica de la Secretaria de Educación del Cauca. -

Como consecuencia de las labores desempeñadas en la Gobernación del Cauca- Secretaria de Educación del Departamento - a lo largo de 21 años y 6 meses de servicios prestados, la Señora **LUCIA MARTINEZ** presenta una discapacidad de origen Profesional encontrándose en un estado de debilidad manifiesta, con una primera calificación emitida por COOMEVA E.P.S medicina Laboral y comunicada a la ARL POSITIVA bajo las patologías denominadas SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPIO EPICONDOLITIS CRONICA DERECHA Y UNA EPITROCLEITIS Y EPICONDOLITIS CRONICA IZQUIERDA de sus extremidades superiores, disminuyéndose la capacidad laboral ostensiblemente.

Con oficio 3825 del 31 de agosto de 2012, Medicina Laboral de COOMEVA EPS S.A. Regional Sur Occidente, envía a la Gobernación del Cauca, a la ARL y a la señora **LUCIA MARTINEZ** la calificación de origen de PRIMERA INSTANCIA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL, por el padecimiento del SINDROME DEL TUNEL CARPIANO BILATERAL.

La Compañía de Seguros S.A./ARL POSITIVA mediante oficio 14100 dirigido a COOMEVA EPS REGIONAL SUROCCIDENTE –MEDICINA LABORAL, le comunican que se ha determinado estar de acuerdo con la calificación en primera oportunidad por la patología SINDROME DE TUNEL CARPIANO DERECHO E IZQUIERDO, como de origen laboral.

Sin tener en cuenta lo expuesto en el acápite anterior y por el contrario Mediante la Resolución 04405 del 29 de Junio de 2012 comunicada el 3 de julio de 2012, La Gobernación del Cauca- Secretaria de Educación del Departamento - resolvió terminar el nombramiento en provisionalidad de la Señora **LUCIA MARTINEZ** desconociendo la situación de debilidad manifiesta, por causa de una disminución

de su capacidad física al padecer las enfermedades ya referidas y a su vez catalogadas como Profesionales las cuales traen como consecuencia una pérdida notable de su capacidad laboral, razón por la cual la entidad está en el deber de surtir un trato favorable, una protección efectiva y real por las circunstancias especiales que cubren a la afectada y de esa manera garantizarle sus derechos fundamentales, Artículos 13 Numeral 3, 48 y 53 de la Constitución Política, Ley 361 de 1997 Art. 26.

Ahora bien , en la documentación de la señora **MARTINEZ** se recalca que la Resolución N° 04405 del 29 de Junio de 2012 que termina el nombramiento en provisionalidad es un Acto Administrativo de carácter particular y concreto, que no llena los requisitos formales y necesarios para que se dé cumplimiento a un debido proceso el cual se vulnera al impedir el derecho de defensa del Servidor Público en virtud de que no se permite hacer uso de los recursos de la vía Gubernativa de reposición y en subsidio el de apelación, el Acto Administrativo solo indica, comunica que se debe dar cumplimiento a una decisión unilateral, desconociendo de esta de esta forma el ejercicio del principio de defensa, contradicción, con lo cual se entienden violados de pleno derecho el principio de legalidad del Acto y por en consecuencia el debido proceso¹⁸.

Ha resultado lesivo por lo tanto el despido ya que las obligaciones contraídas por la parte y que se derivaban de su salario como provisional se vieron afectadas ya que hasta el momento aparece retirada de todo beneficio en seguridad social al igual que su núcleo familiar y como no puede encontrar trabajo ha entrado en estado de mora en cuanto a las deudas adquiridas como lo son pagar servicios públicos, alimentación, obligaciones crediticias.

En este caso, se debe establecer por parte del apoderado la conveniencia de la acción jurídica a elegir así como de la jurisdicción que resulte más efectiva para

¹⁸ Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán.

restablecer los derechos fundamentales de la trabajadora que se encuentra inmersa en una debilidad manifiesta a causa de su salud, por tanto deberán estudiarse los tópicos jurídicos que le permitan acceder a beneficios otorgados por un juez constitucional y la validez que tiene la tutela al existir otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta el trámite procesal, los tiempos judiciales y los derechos fundamentales conculcados en inmediatez del término del contrato laboral, puesto que la sostenibilidad económica, el acceso a la seguridad social y el desarrollo de la vida digna se ven violentados ante la falta de igualdad con otros trabajadores no desmejorados en su salud.

Así las cosas, se deberán elegir entre impetrar la Acción Constitucional de Tutela o por el contrario se deberá iniciar un Proceso Ordinario Declarativo, ante la jurisdicción laboral, teniendo en cuenta cual será más benéfico a las pretensiones de la empleada.

8. GUÍA DEL PROFESOR

8.1. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER ¿ CUÁLES SON LOS PROBLEMAS QUE DEBE ENFRENTAR PARA SOLUCIONAR EL TOPICO ANALIZADO?

El primero sería entorno a sí la señora Lucía Martínez se encontraba o no en una situación de especial protección constitucional al momento de la desvinculación del cargo que desempeña en provisionalidad, puesto que su enfermedad no estaba calificada como de origen profesional y tampoco tenía un porcentaje establecido de pérdida de capacidad laboral

Para proveer solución al problema jurídico planteado se verá abordar los siguientes temas:

Primero debemos mirar la retrospectiva de los empleados públicos de carrera versus los empleados en provisionalidad y más cuando estos tienen un fuero de salud en virtud de una enfermera profesional con ocasión a su trabajo

La Constitución Nacional en su artículo 125 dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Seguido se efectúan los de elección popular, los de libre nombramiento, los trabajadores oficiales y los de libre nombramiento y remoción y los demás que termine la ley. Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la constitución o la ley serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro será: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución o en la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción

Esta disposición fue desarrollada por la ley 27 de 1992 en la cual se definió la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para acceder al servicio público la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de acceder a una carrera

Según esta disposición, el nombramiento en provisionalidad procedía mientras se llevara a cabo la selección para proveer cargo de carrera, siempre que no hubiera empleados escalafón a los que pudieran ser encargados.

La ley 43 de 1998 por su parte estableció con respecto al nombramiento provisional que se avalaba su procedencia ante la ausencia de empleados de carrera que pudieran ser encargados de los cargos vacantes mientras serán provistos por concurso además habilitó la viabilidad del nombramiento provisional para suplir la vacancia temporal de los cargos de aquellos empleados que hubieran sido encomendados, esta ley fue reglamentada entre otros por el decreto 1572 de 1998 en cuyo artículo cuarto modificado por el decreto 2504 se fijó el alcance del nombramiento en provisionalidad de todos los empleados que ostentaban esta calidad.

La honorable Corte Constitucional con relación a la provisionalidad admitió que esta es una forma de proveer cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras esto se provee impropiedad conforme a las

formalidades de la ley o si sea la situación administrativa que originó la vacante temporal. A sido concebida como un mecanismo es seccional y transitorio para entender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten procedimientos ordenados sentencia Su 900 17/2 1010 de la corte constitucional

Por su parte la honorable Corte Constitucional en sentencia SU 446 de 2011 al referirse sobre la provisión de cargos ocupados de forma provisional con personas que superan el concurso de méritos señaló que este proceder no vulnera hechos fundamentales en razón a la estabilidad relativa de la cual vos son aquellos canción de forma provisional puesto que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupa con una persona de carrera o por razones objetivas que va hacer claramente expuestas en el acto desvinculación

No obstante lo anterior afirmó la honorable corte constitucional y en sentencia de unificación inmediatamente cita resolviendo una tutela contra la Fiscalía General de la nación en un asunto similar al que resolvió lo que al que se está resolviendo y manifestó la Fiscalía General de la nación pese a la discrecionalidad de la que gusta si tenía la obligación de dar un trato preferencial como de acción afirmativa a las madres de cabeza de familia a las personas que están próximas a pensionar Y a las personas en situación de discapacidad

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas de las condiciones antes dichas fueron las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no Thor con derecho indefinido a permanecer en un empleo de correo cada vez que prevalecen los derechos de quienes gozar un concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de este grupo de personas están obligados a hacerlo en los términos del artículo 13 de la Constitución esta corte le ordenará la entidad que

dichas personas de ser posible sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía en los que venían ocupando”.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga las autoridades en un estado social de derecho, a publicar una protección especial a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta artículo 13 inciso tres de la Constitución. En este mandato fue ignorado por la fiscalía general cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de entender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes señalados.

En consecuencia, la honorable corte constitucional en la sentencia en cita, a pesar de no tutelar los derechos fundamentales cuya amparo solicitaban quién es encontrándose en uno de los tres eventos fueron desvinculados al pro es el cargo desempeñado por aquellas personas que superaron el concurso de méritos, bajo el argumento que estos no sentaban un derecho permanecer en el empleo, finalmente ordenó la entidad será aquí en el evento en que la fecha expedición del fallo existirán vacante disponible sin cargos igual es que aquellos que venían ocupando, fueran vinculados en provisionalidad mientras se realizaba un nuevo concurso, atendiendo los casos especiales al llamado retén suciamente

En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la nación no hacía parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no estaba obligada por el programa de renovación de la administración pública contenida en la ley siete 90 del 2002 razones de igual material propios del Estado social de derecho que nos rige y ponen a la sala ordenar a lente fiscal tener especial cuidado con las personas en situaciones como las descritas incluyendo al grupo de debilidad manifiesta por discapacidad.

8.2. SUB CASOS A RESOLVER DENTRO DEL CASO PRINCIPAL.

Inmersas en el caso expuesto en el capítulo 3, se pueden identificar las siguientes tres situaciones problemáticas que apuntan directamente a resolver lo planteado en los objetivos pedagógicos expuestos en el punto 9.1:

- a) Deberá establecerse si el retiro de la provisionalidad en sede del concurso de méritos, permite que se extienda el fuero de salud, teniendo en cuenta que existen plazas vacantes adicionales a las ofertadas.

- b) Actuando como Juez de conocimiento se deberá establecer si es o no importante el que no se encuentre calificada la patología por el ente competente y que además esta no se haya establecido plenamente como de origen profesional.

- c) Cual jurisprudencia de la decantada es más garantista en la protección de los derechos fundamentales de la señora Lucia Martínez, la emanada por la corte Constitucional o la de Corte Suprema de Justicia.

8.3 OBJETIVOS PEDAGÓGICOS DEL CASO

El caso permite generar una discusión y un análisis crítico sobre los siguientes temas:

A. Derecho a la seguridad social en Colombia

- Los derechos sociales deben procurar su satisfacción progresiva
- La seguridad social como derecho constitucional fundamental
- Protección por medio de la acción de tutela

B. Estrategias para que se reconozca el fuero de salud.

- La acción de tutela no procede para el reconocimiento de los derechos que se derivan del fuero de la salud como: la seguridad social, igualdad de trabajadores, estabilidad laboral, reconocimiento del mínimo vital, la solidaridad,
- Las controversias con respeto al fuero de salud deben solucionarse a través de la justicia ordinaria laboral o contenciosa según sea el caso.
- La jurisprudencia constitucional ha admitido la vía de la Acción de Tutela permita la protección del trabajador aforado
- La jurisprudencia constitucional decantó los tópicos para que se tutelaran los derechos del trabajador aforado.

C. Principio de la estabilidad laboral

- Su aplicación en la jurisprudencia constitucional
- Elementos que lo componen

D. Principio de la solidaridad

- Como protege el estado a las personas en estado de debilidad manifiesta y la igualdad de los trabajadores que ostentan esta calidad
- Extensión de solidaridad.

E. La igualdad de trabajadores en debilidad manifiesta

- Postulados jurisprudenciales

8.4. DESARROLLO DEL CASO.

¿CUÁL SERÍA LA POSIBLE RESOLUCIÓN QUE SE LE DARÍA AL CASO?

En este caso no se desconoce la discrecionalidad de la que goza el departamento del Cauca, no obstante, este ente territorial si tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a las madres y padres y padres cabeza de familia ve a las personas que están próximas a pensionarse hice a las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta.

En estos tres eventos el departamento del Cauca, habido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antes dichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, ahora bien se entiende que si cualquiera de las situaciones descritas no impone el derecho indefinido a permanecer en el empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, me ofreciera los nombrados en provisionalidad un cargo de los que no se suplieron con las personas de la lista de legibles.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entro los cuál es la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga las autoridades en un Estado social de derecho, aplicar una protección especial a las personas que, por su condición física mental, se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso tres de la Constitución.

Éste mandato considera que fue ignorado por el departamento del Cauca, Secretaría educación, cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejo de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados, pero, aclarando que si bien los que se encuentran inmersos en estas especiales condiciones no presentan un derecho a permanecer en el empleo, si existen vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes aquellos que venían

ocupando como hacían vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso.

De esta manera es obvio que la señora Martínez que no presentar el cargo de técnico administrativo código 367° 06 a firmó ante nuestra firma que padece una enfermedad laboral como es el síndrome de túnel car piano derecho e izquierdo y una epitrocleitis

crónica derecha e izquierda, razones por las cuales considero se considera que el acto administrativo que suspendió el contrato de trabajo de la señora Martínez no está acorde A la protección constitucional que merecía por pertenecer a una minoría en este caso ser una trabajadora con debilidad manifiesta

Ahora bien, corolario el anterior podemos concluir en el bufet que las patologías sufrida por la señora Martínez no le imposibilitan trabajar, por lo que es viable pedir el reintegro en el cargo que venía desarrollando

La enfermedad profesional.

En este caso la señora Martínez tuvo una calificación de una enfermedad síndrome de túnel del carpo y por parte de la EPS ese cómo iba de medicina laboral la cual fue notificada recursos humanos de la gobernación para que se trasladará dicho dictamen a la compañía positiva a herede y esta última manifestó estar de acuerdo con la calificación de primera instancia realizada por parte de la entidad.

Es claro entonces que la señora Lucía puso en conocimiento de su empleador la situación de calificación, situación que fue conocida en el momento en que se terminó el nombramiento de provisionalidad pues se desconoció la situación de debilidad en la que se encuentra, por causa de una disminución en su capacidad física al parecer el síndrome referido, enfermedad que hay más fue calificada como profesional y que genera una notable pérdida en su capacidad laboral, razón por la cual estaba en el deber de la entidad de surtir un trato favorable y

garantizarle los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13 numeral tres, 48, 53 de la Constitución política y 26 de la ley tres 61 de 1997.

Respecto a la protección especial del trabajador discapacitado afectado con limitaciones la honorable corte constitucional ha indicado: aunque esa corporación a secta que el concepto de discapacidad no ha tenido un desarrollo pacífico, ha concluido que materia laboral "la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancias debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales este probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de su labor es en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”

“Vamos al supuesto, el amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer primero una deficiencia entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria y ya psicológica, fisiológica o anatómica y de estructura o función segundo discapacidad esto es cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionada por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano. Tercero mí nos validez que constituye una desventaja humana, a limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad sexo o factores sociales o culturales" Sentencia SU 917 Del 2010 Corte constitucional

En consecuencia, a pesar de no existir en firme una calificación respecto de la pérdida de capacidad laboral de la señora Martínez se considera que está probado que las enfermedades que la aqueja impiden o dificultan sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

En ese orden de ideas de conformidad con la jurisprudencia de la corte constitucional analizar en líneas anteriores, es preciso señalar que la entidad accionada antes de haber dado por terminado el nombramiento en provisionalidad de la actora, está en la obligación de verificar si se encontrar una circunstancia

que requiriera especial protección al fin de garantizar la igualdad material establecido en el artículo 13 de la Constitución política y adoptar medidas afirmativas tendientes a la protección de quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, pues así lo ha señalado reiteradamente esa corporación

En efecto, al encontrarse acreditada y tener pena conocimiento el departamento del Cauca que la señora Lucía tiene una discapacidad física, es decir, se encuentra dentro de uno de los grupos establecidos en la sentencia de unificación SU 446 del 2011, con especial amparo constitucional y la entidad requería debió proteger su condición y solidarizarse con la misma.

Ahora bien, lo anterior no significa que la demandante tenga derechos de carrera fue la jurisprudencia manifestado que lo servidores públicos nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, en la medida que sólo pueden ser desvinculados por una persona que ha superado el concurso de méritos o cuando exista una causa el que en este caso una debilidad manifiesta por la salud de la persona.

Adicionalmente es preciso aclarar que no se está en presencia del denominado retén social, pues como bien se indicó la entidad no hace parte de la rama ejecutiva del poder público no se trata de una reestructuración y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenida en la ley siete 90 del 2002, sin embargo como bien los puso a corte constitucional la protección de quienes encuentran en una situación debilidad manifiesta obedece a la obligación del Estado social derecho de hacer efectiva la igualdad material

8.5 CONCLUSION DEL CASO

Teniendo en cuenta el caso de grado, podemos concluir lo siguiente:

La normatividad del Sistema Colombiano en materia de seguridad social, es extensa en pro de cubrir las contingencias en materia de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales de la comunidad en general, pero a pesar de sus esfuerzos todavía encontramos brechas en la atención de un tema en particular como lo es el fuero.

El fuero de salud al igual que los otros fueros tienen su origen al interior de nuestro país por el amplio cubrimiento que se pretende dar a las garantías laborales y que su origen data de la ponderación de las altas cortes, lo que lo diferencia en primera instancia de los fueros de origen constitucional, así el fuero de salud lo ostenta el trabajador que soporta en su salud una depreciación física o sensorial que lo hace desemejante y por lo tanto se constituye en sujeto de especial protección la cual esta atribuida al Estado, máxime cuando el trabajador se ve despedido a razón de su situación de afectación en su salud, por lo que ante esta circunstancia le corresponde al Ministerio de Protección Social o quien determine la Ley mediar y evaluar las verdaderas condiciones para que se surta el despido con justa causa y no debido a su condición.

De conformidad con la jurisprudencia de la corte constitucional analizar en líneas anteriores, es preciso señalar que antes de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad, se está en la obligación de verificar si se encontrar una circunstancia que requiriera especial protección al fin de garantizar la igualdad material establecido en el artículo 13 de la Constitución política y adoptar medidas afirmativas tendientes a la protección de quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, pues así lo ha señalado reiteradamente esa corporación.

En materia de jurisprudencia, aunque la Corte Suprema empezó a moderar los requisitos para considerar la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no avala la estabilidad laboral reforzada del trabajador incapacitado temporalmente lo cual fue nuevamente ratificado en la Sentencia 39207 de 2012.

En materia de fuero de salud la Corte se inclinaba más abiertamente a la protección del derecho a la igualdad, entre tanto trataba que los trabajadores tuviesen iguales oportunidades en el desarrollo de sus actividades pese a su debilidad manifiesta, no obstante estos avances poco tímidos fueron replegados, hacia una protección más vanguardista de la estabilidad laboral reforzada, ya no solo basada en el derecho a la igualdad, si no enfocado en la estabilidad del trabajador y el núcleo familiar del mismo, involucrando una cobertura más ancha en donde el mínimo vital, el acceso a la seguridad social, trabajo en condiciones dignas, estabilidad laboral entre otros, formaron un compendio de protección frente al trabajador disminuido.

BIBLIOGRAFIA

Arenas Monsalve, G. (2012) El Derecho Colombiano De La Seguridad Social. 3ª Edición. Editorial Legis S.A.

Ayala Cáceres, C. (2004-2005) Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales. 2004-2005. Editorial Laboral Ltda. Bogotá. D.C.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema De Justicia. Sala Laboral

Corte Constitucional.

PAGINAS WEB

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

[http://lema.rae.es/drae/?val=INCAPACIDAD.](http://lema.rae.es/drae/?val=INCAPACIDAD)

NORMATIVIDAD

1. Código Sustantivo del Trabajo
2. Decreto 2663 de 1950
3. Decreto 2127 de 1945
4. Ley 361 de 1997
5. Decreto 2463 de 2001
6. Ley 776 de 2002.

ANEXOS

FICHA TECNICA	
Nombre del caso	FUERO DE SALUD EN TRABAJADOR CON NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD.
Autores	CLAUDIA MELISSA RENGIFO ORTIZ
Dirección	Calle 48 N° 98B - 50 Conjunto Residencial California
Fecha Original	30 de noviembre de 2016
Revisor	Iván Mauricio Lenis Gómez
Cursos donde podría utilizarse	Derechos y principios constitucionales; Seguridad Social.
Investigador	SIN DATO
Nombre real de la empresa	GOBERNACION DEL CAUCA
Dirección de la empresa	Cra 7 calle 4 esquina Popayán - Cauca
Informadores o contactos sobre el caso	Cra 7 calle 4 esquina Popayán - Cauca
Bibliografía principal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Código Sustantivo del Trabajo 2. Decreto 2663 de 1950 3. Decreto 2127 de 1945 4. Ley 361 de 1997 5. Decreto 2463 de 2001 6. Ley 776 de 2002. <p>Pronunciamientos de la OIT.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Convenio 102 De 1952. 2. Convenio 128 Del 1967. 3. Convenio 130 Del 1969. Convenio 159 Del 1983.

	<p>Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones.</p> <p>a) Decisión 545 de 2003.</p> <p>b) La Decisión 583 de 2004. Sustituyó la 546 de 2003.</p> <p>c) Decisión 584 de 2004. Sustituyo la Decisión 547 de 2003.</p>
Temas del caso	Régimen Seguridad Social, Nombramiento provisional, fuero de salud.
Resumen del caso	<p>Una trabajadora oficial prestó sus servicios laborales de manera continua y sin interrupción para la Gobernación del Cauca, Secretaria de Educación – bajo el Nombramiento en Provisionalidad desde el día 05 de febrero de 1991 hasta el 03 de Julio de 2012, Como consecuencia de las labores desempeñadas en la Gobernación del Cauca- Secretaria de Educación del Departamento - a lo largo de 21 años y 6 meses de servicios prestados, la Señora LUCIA MARTINEZ presenta una discapacidad de origen Profesional encontrándose en un estado de debilidad manifiesta, con una primera calificación emitida por COOMEVA E.P.S medicina Laboral y comunicada a la ARL POSITIVA bajo las patologías denominadas SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPIO EPICONDOLITIS CRONICA DERECHA Y UNA EPITROCLEITIS Y EPICONDOLITIS CRONICA IZQUIERDA de sus extremidades superiores, disminuyéndose la capacidad laboral ostensiblemente. Sin tener en cuenta lo anterior, su empleador mediante Resolución N° 04405 del 29 de Junio de 2012 que termina el nombramiento en provisionalidad es un Acto Administrativo de carácter particular y concreto, que no llena los requisitos formales y necesarios para que se dé cumplimiento a un debido proceso el cual se vulnera al impedir el derecho de defensa del Servidor Público en virtud de que no se permite hacer uso de los recursos de la vía Gubernativa de reposición y en subsidio el de apelación.</p>

FICHA PEDAGÓGICA

Nombre del caso	FUERO DE SALUD EN TRABAJADOR CON NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD.
Asignaturas en las que puede aplicarse	Derechos y principios constitucionales; Seguridad Social.
Respuesta del caso ¿Que sucedió en realidad?	<p>Una trabajadora oficial prestó sus servicios laborales de manera continua y sin interrupción para la Gobernación del Cauca, Secretaria de Educación – bajo el Nombramiento en Provisionalidad desde el día 05 de febrero de 1991 hasta el 03 de Julio de 2012, Como consecuencia de las labores desempeñadas en la Gobernación del Cauca- Secretaria de Educación del Departamento - a lo largo de 21 años y 6 meses de servicios prestados, la Señora LUCIA MARTINEZ presenta una discapacidad de origen Profesional encontrándose en un estado de debilidad manifiesta, con una primera calificación emitida por COOMEVA E.P.S medicina Laboral y comunicada a la ARL POSITIVA bajo las patologías denominadas SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPIO EPICONDOLITIS CRONICA DERECHA Y UNA EPITROCLEITIS Y EPICONDOLITIS CRONICA IZQUIERDA de sus extremidades superiores, disminuyéndose la capacidad laboral ostensiblemente. Sin tener en cuenta lo anterior, su empleador mediante Resolución N° 04405 del 29 de Junio de 2012 que termina el nombramiento en provisionalidad es un Acto Administrativo de carácter particular y concreto, que no llena los requisitos formales y necesarios para que se dé cumplimiento a un debido proceso el cual se vulnera al impedir el derecho de defensa del Servidor Público en virtud de que no se permite hacer uso de los recursos de la vía Gubernativa de reposición y en subsidio el de apelación.</p>
Ayudas didácticas	<p>1. Contextualización jurídica nacional e internacional. 2. Investigaciones en páginas de internet (Corte Suprema de Justicia, Actualícese, Ministerio de protección social).</p>
Preguntas para motivar la discusión	<ul style="list-style-type: none"> • La acción de tutela no procede para el reconocimiento de los derechos que se derivan del fuero de la salud como: la seguridad social, igualdad de trabajadores, estabilidad laboral, reconocimiento del mínimo vital, la solidaridad, • Las controversias con respeto al fuero de salud deben solucionarse a través de la justicia ordinaria laboral o contenciosa según sea el caso. • La jurisprudencia constitucional ha admitido la vía de la Acción de Tutela permita la protección del trabajador aforado • La jurisprudencia constitucional decanto los tópicos para que se tutelen los derechos del trabajador aforado.