

INFORME: A Despacho de la señora Juez la presente acción de tutela que correspondió por reparto en la fecha, promovida por el señor ALEXIS ALEGRÍA RODRÍGUEZ quien actúa en nombre propio en contra del DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALI y la INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO, reclamando la protección de sus derechos fundamentales a la Seguridad Social, a la Vida, al Mínimo Vital y a la Igualdad. Radicación Nro. 76001 40 88 036 2023 00244 00. Sírvase proveer.

Santiago de Cali (Valle), 18 de diciembre de 2023.

*J
maw=3.*

LUISA MARIA QUIÑONES MIRANDA
OFICIAL MAYOR



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO TREINTA Y SEIS PENAL MUNICIPAL CON
FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE CALI
Correo electrónico: j36pmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
Dirección: Palacio de Justicia Pedro Elías Serrano Abadía
Tel. 898-6868 Ext 2858

AUTO DE SUSTANCIACIÓN NRO. 396
RADICACIÓN Nro. 76001 40 88 036 2023-00244-00

Santiago de Cali, dieciocho (18) de diciembre del año dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo previsto en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, esta Judicatura:

DISPONE:

1. **ADMITIR** la acción de tutela instaurada por el ciudadano ALEXIS ALEGRÍA RODRÍGUEZ identificado con cédula de ciudadanía nro. [REDACTED] de Cali, contra el DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALI y la INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO.
2. **VINCULAR** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, a la EPS COSMITET LTDA y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, al hacerse materiales los presupuestos del artículo 61 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 a través de la figura del Litisconsorte necesario.
3. **CORRER** traslado a las entidades accionadas y vinculadas para que en el término de dos (02) días siguientes a la notificación de este auto, por intermedio de su apoderado judicial o por sí mismos, se pronuncien sobre los hechos de la acción de tutela y en el mismo término envíen copia de la documentación o pruebas que se relacionen con la reclamación formulada por la parte demandante, además de la certificación de representación legal que corresponda.

4. **ORDENAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que dentro del término de un (1) día hábil siguiente a la notificación, publiquen la admisión de esta acción de tutela a través del enlace web de acciones constitucionales de la convocatoria OPEC nro. 182630 para el cargo de “DOCENTE” de los Procesos de Selección nro. 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, al igual que en sus páginas web, con el fin de que las personas que consideren tener algún interés legítimo, directo o indirecto dentro de la misma OPEC u otras, intervengan y aporten las pruebas que consideren necesarias como coadyuvantes de la accionante o de las entidades accionadas.

C Ú M P L A S E:

La Juez,



INGRID ELENA SÁNCHEZ CARVAJAL

76001 40 88 036 2023 00244 00

Santiago de Cali, 15 de diciembre de 2023.

Señores

JUEZ DE TUTELA (REPARTO)

E.S.D

| | |
|--------------------|--|
| ASUNTO: | ACCIÓN DE TUTELA |
| REFERENCIA: | AMPARO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA |
| ACCIONANTE: | ALEXIS ALEGRÍA RODRIGUEZ |
| ACCIONADO: | DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO |

ALEXIS ALEGRÍA RODRIGUEZ, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con la cédula de ciudadanía [REDACTED] Cali, por medio del presente escrito acudo a su despacho con el fin de instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** conforme al artículo 86 de la Constitución Política de 1991, en contra del **DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, y la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO**.

I. HECHOS

PRIMERO: Me desempeñé como docente en provisionalidad de **CIENCIAS SOCIALES**, en la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO**, del Distrito Especial Santiago de Cali, mediante acto administrativo No. 4143.010.21.0.06304 del 21 de octubre de 2021 .

SEGUNDO: El día 18 de julio de 2022 por parte del prestador de servicios de salud, Cosmitet Ltda, se me realizó en las instalaciones de la Clínica Rey David, una cirugía de **HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA**.

TERCERO: A causa de una mala praxis médica, desarrollé complicaciones en mi recuperación dando como resultado una **HERNIORRAFIA UMBILICAL Y SUPRAUMBILICAL**, por lo que debo someterme nuevamente a cirugía, la cual se encuentra pendiente de programación.

CUARTO: La Secretaría de Educación Distrital Santiago de Cali, se encuentra adelantando el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022 , en el cual se encuentra ofertada la plaza en la cual me encuentro desempeñando mis labores.

Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil, expidió la Resolución No. 13718 de fecha 25 de septiembre de 2023, por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer quince (15) vacantes definitivas del empleo denominado Docente de aula, en el área de CIENCIAS SOCIALES, HISTORIA, GEOGRAFÍA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA, identificado con el Código OPEC No. 182630, del Sistema General de Carrera Docente de la Secretaría de

QUINTO: En relación con lo anterior, el día quince (15) de septiembre de 2023, presenté derecho de petición con radicado No. CAL2023ER033578 en el que manifesté que mi enfermedad es ruinosa y catastrófica al presentar una alta complejidad técnica en su manejo, fundamentado en el artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994. Adicionalmente, hice mención a la estabilidad laboral reforzada de la cual debe gozar a ser una persona en estado de debilidad manifiesta y que de acuerdo con la Corte Constitucional, en su sentencia T-277 de 2020:

*Para que un empleado tenga estabilidad laboral reforzada debe acreditar los siguientes requisitos: (i) que se establezca que el trabajador se encuentra en una **condición de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño** de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) que la condición de debilidad manifiesta **sea conocida por el empleador en un momento previo al despido**, y, finalmente, (iii) que **no exista una justificación suficiente para la desvinculación**, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación.*

SEXTO: Mediante Resolución No. 4143.010. 21.0.05891 de 2023, con fecha del 24 de octubre de 2023, se resuelve lo siguiente:

RESUELVE:

Artículo Primero: NOMBRAR en período de prueba a OSCAR EDUARDO ESPAÑA GIRALDO, identificado(a) con cédula de ciudadanía [REDACTED] en el cargo de Docente, quien ocupa la posición No. 20, identificado con Código OPEC No. 182630, en el área de CIENCIAS SOCIALES, HISTORIA, GEOGRAFÍA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA, en la Institución Educativa JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO Zona No Rural del Distrito Especial de Santiago de Cali, con asignación básica mensual del grado de escalafón que corresponda.

Artículo Cuarto: Como consecuencia de lo anterior, una vez el elegible haya tomado posesión del cargo, dar por terminado el nombramiento provisional conferido mediante el Acto Administrativo No. 4143.010.21.0.06304 del 21 de octubre de 2021, al(a) señor(a) ALEXIS ALEGRIA RODRIGUEZ, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. [REDACTED] del área de CIENCIAS SOCIALES, HISTORIA, GEOGRAFÍA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA, en la Institución Educativa JOSÉ MANUEL SAAVEDRA GALINDO Zona No Rural del Distrito Especial de Santiago de Cali.

Artículo Quinto: COMUNICAR el contenido del presente Acto Administrativo al(a) señor (a) ALEXIS ALEGRIA RODRIGUEZ, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], quien tendrá un término máximo de quince (15) días calendario, para rendir informe del estado actual de los procesos y procedimiento, actividades o tareas a su cargo al jefe inmediato o a quien este designe y deberá permanecer en el cargo hasta que el elegible tome posesión del mismo.

SÉPTIMO: El 06 de diciembre de 2023, se me fue remitida respuesta a mi petición con radicado CAL2023ER033578, en el que se manifiesta que

“La estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado requiere que éste padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen”

OCTAVO: Si bien es cierto el origen que dio lugar a la cirugía en principio corresponde a un procedimiento ambulatorio, la mala praxis médica conllevó a una complicación que obligó a una programación de una nueva cirugía. Al no estar concluido el procedimiento médico, la molestia en la parte abdominal es permanente, produciendo dolor al hablar o hacer movimientos, lo cual me complica el ejercicio de docente dado el esfuerzo al hablar con el dolor abdominal.

NOVENO: En tal sentido, el amparo solicitado, va encaminado a que se garantía la conclusión de este procedimiento médico y que no se suspenda el mismo, con ocasión a mi desvinculación del servicio público, por cuanto ello implicaría quedar con esta situación médica de carácter indefinida y que me impide mi cabal ejercicio como docente.

DÉCIMO: Teniendo en cuenta lo anterior, solicito al señor Juez proceda a conceder las siguientes:

II. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se ampare el derecho al TRABAJO con estabilidad laboral reforzada, A LA SALUD vulnerados por el **DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALI**, al dar por terminado mi labor mientras me encontraba en espera para cirugía para sanar una **HERNIORRAFIA UMBILICAL Y SUPRAUMBILICAL**.

SEGUNDA. Solicito al señor Juez se sirva amparar los derechos a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**, a la **SEGURIDAD SOCIAL** y a la **VIDA EN CONDICIONES DIGNAS** de las cuales soy titular.

TERCERA. En consecuencia del amparo anterior le solicito encarecidamente al señor Juez se sirva ordenar **EL REINTEGRO** al cargo docente que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría. En subsidio, solicito que el **DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** continúe haciendo los aportes al sistema de seguridad social como actos positivos de no discriminación y protección dada mi vulnerabilidad en la que me encuentro y se me permita concluir el procedimiento médico al que vengo siendo sometido.

CUARTA. En consecuencia del amparo anterior, solicito al señor Juez que se ordene a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALI**, que se me ubique en una plaza que se encuentre ofertada en situación de vacante definitiva, como acto positivo en protección de mis derechos en calidad de persona vulnerable por una situación médica.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya

conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

En cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela cuando existen procedimientos médicos del trabajador, la Corte Constitucional ha sentado mediante jurisprudencia (Sentencia SU 508-20 Corte Constitucional), que “*El carácter principal, empero no significa que la acción de tutela sea desconocida; por el contrario, implica que debe estudiarse en cada caso si procede la acción jurisdiccional [...], de acuerdo con las siguientes reglas: a) exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; b) los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional; c) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional, o; d) se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.*”

43. La función jurisdiccional sería entonces un mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos de las personas en materia de salud en determinados casos. Esta postura la sostuvo la Corte en la sentencia SU-124 de 2018. [...]; en consecuencia, la procedencia de la acción de tutela sería factible, solo cuando se requiera la protección urgente de los derechos fundamentales o concurren circunstancias particulares, que hagan imperativa la intervención del juez constitucional.”

Es importante agregar que la presente acción cumple con todos los requisitos de inmediatez, dado que la negativa a la protección por parte de la Secretaría de Educación se dio en este mismo mes de diciembre de 2023.

La acción de tutela se presenta como mecanismo principal de protección debido a que no es posible iniciar alguna acción judicial que haría nugatoria la protección dada la inmediatez del amparo solicitado.

Los derechos fundamentales han sido efectivamente vulnerados al no considerar el tratamiento médico vigente a la fecha de mi retiro, y que de suspenderse o no hacerse me impediría mi ejercicio docente de manera cabal, dado el dolor abdominal al hablar o moverme.

2. DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO:

En cuanto al derecho fundamental al trabajo, la Corte en sentencia T-611-01 manifestó que éste tiene una doble dimensión: individual y colectiva, reconocida en

el artículo 25, 26 y 334 de la Constitución. El aspecto individual se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas. En la dimensión colectiva implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa.

En repetidas ocasiones la Corte ha sostenido que el derecho al trabajo es un derecho fundamental consagrado como principio rector del Estado social de derecho y como objetivo primordial de la organización política. Al ser fundamental el derecho al trabajo debe ser reconocido como un atributo inalienable de la personalidad jurídica; un derecho inherente al ser humano que lo dignifica en la medida en que a través de él la persona y la sociedad en la que ella se desenvuelve logran su perfeccionamiento. Sin el ejercicio de ese derecho el individuo no podría existir dignamente, pues es con el trabajo que se proporciona los medios indispensables para su congrua subsistencia y además desarrolla su potencial creativo y de servicio a la comunidad. El derecho al trabajo es la actividad que lo pone en contacto productivo con su entorno.

El retiro del servicio sin haberse agotado las acciones positivas de protección dado el tratamiento médico en el cual me encuentro y la inminente cirugía para sanar mi dolencia, comporta una manifiesta violación al derecho fundamental al trabajo con especial estabilidad laboral en virtud de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Sobre la estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se trae en cita la Sentencia T-094 de 2023 de la Corte Constitucional, cuyo aparte se transcribe a continuación:

14. Si bien hay múltiples sujetos titulares de la estabilidad laboral reforzada, en esta providencia solo se hará referencia a la protección definida para los sujetos en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud por su relevancia en la resolución del caso concreto.

15. En primer lugar, hay que señalar que una persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por motivos de salud en el ámbito laboral cuando: “su situación de salud le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad”. En este sentido, la Corte ha establecido que para determinar si una persona es titular de la garantía de estabilidad laboral reforzada no se requiere una calificación de pérdida de capacidad laboral, sino que se deben cumplir los siguientes tres presupuestos. Primero, que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades. Segundo, que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido. Tercero, que no exista una justificación suficiente

para la desvinculación, de tal forma que sea claro que el despido fue discriminatorio.

En cuanto al primer presupuesto, en la Sentencia SU-087 de 2022 se recopilaron y sistematizaron algunas reglas establecidas previamente en la jurisprudencia de la Corte, así:

| Supuesto | Eventos que permiten acreditarlo |
|---|--|
| Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral | <p>(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido.</p> <p>(b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral.</p> <p>c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico.</p> <p>(d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL[1] tiene lugar antes del despido.</p> |

| | |
|--|--|
| <p><i>Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral</i></p> | <p><i>(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental.</i></p> <p><i>(b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad.</i></p> <p><i>(c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL.</i></p> |
| <p><i>Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral</i></p> | <p><i>(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%.</i></p> <p><i>(b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.</i></p> |

[1] Pérdida de Capacidad Laboral.

Con respecto al segundo presupuesto, en la misma Sentencia SU-087 de 2022, la Corte estableció que se acredita que el empleador tenía conocimiento de la condición de debilidad manifiesta del trabajador cuando:

“1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.

2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.

3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.

4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.

5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.

6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.

7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador.

Por el contrario, este conocimiento no se acredita cuando (i) ninguna de las partes prueba su argumentación; (ii) la enfermedad se presenta en una fecha posterior a la terminación del contrato; (iii) el diagnóstico médico se da después del despido; y (iv) pese a la asistencia a citas médicas durante la vigencia de la relación, no se presentó incapacidad o recomendaciones laborales como consecuencia de dichas citas médicas”.

Finalmente, en lo que respecta al tercer presupuesto, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se presume que el despido se dio a causa de la debilidad manifiesta del trabajador. Así las cosas, el empleador tiene la carga de la prueba en este escenario para demostrar que el despido obedeció a una justa causa y así desvirtuar dicha presunción.

16. Ahora bien, el derecho a la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de vulnerabilidad en razón de su estado de salud se concreta en las garantías de protección especiales y diferenciadas que hacen parte del fuero de salud. Este se encuentra previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual

dispone que: “ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”. La misma disposición dicta que en caso de que el contrato de una persona en situación de discapacidad sea terminado sin la mencionada autorización, dicha persona tendrá: “derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario”. Si bien dicha norma solo menciona a las personas en situación de discapacidad, la jurisprudencia de este Tribunal ha hecho extensivo su alcance a toda persona que se encuentre en situación de debilidad manifiesta por razones de salud.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que el fuero de salud no solo comprende la indemnización descrita, sino que también incluye las siguientes garantías:

(i) la ineficacia del despido o de la terminación del contrato de trabajo que tenga como causa el estado o condición de salud del trabajador. Esta prohibición cobija la decisión de no renovar contratos a término fijo.

(ii) El derecho a permanecer en el empleo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral.

(iii) La obligación a cargo del empleador de solicitar autorización al inspector de trabajo para desvincular al trabajador, que de incumplirse tornará el despido o terminación del contrato ineficaz.

(iv) La presunción de despido discriminatorio, que implica que se asumirá que la desvinculación se dio a causa del deterioro en la salud del trabajador con fuero de salud. En este sentido, le corresponde al empleador demostrar que el despido no se dio con ocasión de dicha circunstancia, sino que obedeció a una justa causa o a una causa objetiva.

La finalidad de que medie autorización del Ministerio de Trabajo para la desvinculación de un trabajador amparado con fuero de salud es brindar una medida de protección a un sujeto en situación de vulnerabilidad frente a una posible discriminación, sin cerrar la posibilidad de que el empleador pueda desvincularlo en caso de que se configure una causal objetiva[61], pues no se trata de un derecho absoluto.

17. Ahora bien, una vez se comprueba la violación del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, existen múltiples remedios para el restablecimiento de los derechos del trabajador, los cuales fueron recogidos en la Sentencia T-195 de 2022 y corresponden a:

“(i) la ineficacia del despido, (ii) el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el periodo de desvinculación, (iii) el reintegro del afectado, (iv) la capacitación para cumplir las tareas del nuevo cargo, de ser necesario, y (v) el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario (...)”.

Con respecto a la procedencia y pertinencia del reintegro, la citada sentencia sintetizó las diferentes reglas establecidas en la jurisprudencia de la Corte, así:

“(i) [e]l reintegro sólo es procedente si, al momento de que la sentencia que lo ordena es proferida, el accionante desea regresar a su puesto de trabajo.

(ii) El empleador tiene la obligación de reubicar al trabajador en un cargo que este pueda desempeñar y en el que no sufra el riesgo de empeorar su salud.

(iii) El juez debe examinar en cada caso concreto si la medida de reubicación es fácticamente posible a partir de 3 elementos (a) el tipo de función que desempeña el trabajador, (b) la naturaleza jurídica del empleador y (c) las condiciones de la empresa y/o la capacidad del empleador para efectuar los movimientos de personal.

(iv) En caso de que la posibilidad de reubicación definitivamente exceda la capacidad del empleador, éste tiene la obligación de (a) poner tal hecho en conocimiento del trabajador y (b) brindarle la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.”[62].

18. En resumen, una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su condición de salud si esta le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus funciones. Las personas que se encuentran en esta situación gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el cual implica, entre otras cosas, que sus contratos sólo podrán terminarse por causales objetivas y deberá mediar autorización del Ministerio de Trabajo para que su desvinculación sea válida. En estas situaciones opera una presunción de despido discriminatorio, lo cual significa que el empleador es quién deberá probar que la desvinculación se dio por causas objetivas y no tuvo que ver con la condición de salud del trabajador. Y, en caso de que el trabajador no cumpla con dicha carga, procederá el reintegro del empleado, entre otros posibles remedios.” (se destaca con negrilla)

En el presente caso, se cumplen las condiciones destacadas con negrilla en el texto anteriormente transcrito. Tratándose de empleados públicos, hay que agregar que de conformidad con la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, se hace necesario que la entidad pública agote las acciones afirmativas de protección efectiva.

El Concepto 20226000297131 del Departamento Administrativo de la Función Pública de 12 de febrero de 2022, recoge los pronunciamientos que en este sentido ha expuesto la Corte Constitucional. Dice el DAFP:

“Las entidades deberán coordinar con la CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa. Surtido el proceso de concurso, los empleos deberán proveerse con el personal que ganó el concurso, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados.

En dicho sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-186 de 2013, ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de

elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2015, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 —fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008— les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) 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 en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negrillas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Conforme a las disposiciones dadas por la Corte Constitucional y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el trato preferencial como acción afirmativa consiste en que antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

Ante mi situación médica, era deber de la Secretaría de Educación adelantar las acciones afirmativas en aras de lograr la garantía de protección a mis derechos fundamentales, al tener conocimiento de mi situación médica.

3. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

Respecto al derecho a la Seguridad Social, la Corte Constitucional ha indicado en distintas ocasiones, que goza de un carácter fundamental, pues de ella se deriva la satisfacción real de otros derechos, en este sentido, la corporación mediante sentencia T-043 de 2019, indicó:

“El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”

En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación”

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

De igual modo, esta Corporación, en Sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que "su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional" y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.

A manera de conclusión, la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.”¹ (M.P: ALBERTO ROJAS RÍOS).

En este caso, mi derecho a la seguridad social se vulnera en la medida de que mi desvinculación laboral llevará ineludiblemente a la suspensión de mi procedimiento médico sin que fuera posible la programación de mi cirugía. Por lo tanto, es necesario que, por lo mínimo, se continúe realizando los aportes al sistema de seguridad social para efectos de garantizar la conclusión de mi tratamiento médico.

IV. JURAMENTO

¹ Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia T-043-191, 5 de febrero de 2019.

Bajo la gravedad del juramento, indico que no he presentado, hasta la fecha, ninguna otra acción de tutela ante otra autoridad, con identidad de violación y derecho reclamado.

V. ANEXOS

1. Cédula de ciudadanía ALEXIS ALEGRÍA RODRIGUEZ.
2. Copia historia clínica.
3. Copia derecho de petición CAL2023ER033578, en cinco (5) folios, con fecha del 15 de septiembre de 2023.
4. Respuesta a derecho de petición con fecha del 06 de diciembre de 2023, en nueve (9) folios.
5. Copia resolución No. 4143.010.21.0.05891 de 2023, por la cual se hace la desvinculación.

VI. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones, las recibiremos en la dirección:

Al correo electrónico: asuntosjuridicosespeciales@gmail.com

Para efectos de notificaciones del accionado:

Secretaria de Educación de Cali: En el correo electrónico:
notificacionesjudiciales@cali.gov.co

Institución Educativa José Manuel Saavedra Galindo:
ie.josemanuelsaavedra@cali.edu.co

Cordialmente,

ALEXIS ALEGRÍA RODRIGUEZ

