

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.001

Bogotá D.C., 21 FEB. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00038-00

Demandante: Jaime Leonel Rey Alba

Demandado: Distrito Capital de Bogotá - Concejo de Bogotá

Tema: Insubsistencia - Reintegro

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1. Se declare la nulidad del acto administrativo No. 0644 de fecha 11 de julio de 2016 suscrito por la mesa directiva del Concejo del Distrito Capital de Bogotá, mediante el cual se declara Insubsistente el nombramiento realizado al señor Jaime Leonel Rey Alba en el cargo de conductor Código 480, Grado Salarial 07, en la Unidad de Apoyo Normativo del Concejal Rubén Darío Torrado Pacheco, notificado al demandante el 14 de julio de 2016.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Distrito Capital de Bogotá - Concejo de Bogotá a reintegrar sin solución de continuidad al señor Jaime Leonel Rey Alba al cargo que venía ocupando hasta el 11 de Julio de 2016, por haber sido declarado insubsistente habiendo sufrido accidente de trabajo que lo incapacitó y el pago de los salarios desde el 14 de julio de 2016 e intereses moratorios de lo adeudado a partir de la ejecutoria de la sentencia y costas a cargo de la demandada.

Hechos de la demanda -

Mediante resolución 281 del 18 de marzo de 2015, la Junta Directiva del Concejo de Bogotá nombra al señor JAIME LEONEL REY ALBA en el cargo de conductor quien se posesiona el 20 de marzo de 2015.

El 2 de julio de 2016 ejerciendo actividades propias del cargo sufre un accidente en el hombro derecho, razón por la que es incapacitado por 4 días. La incapacidad es puesta en conocimiento del Concejo Municipal el 7 de julio de 2016.

El 8 de julio de 2016 la ARL diagnostica que el señor Rey con tendinopatía del subescapular con una ruptura parcial articular distal de 8 mm, bursitis subacromiosubdeltoidea y subcoracoidea, escaso aumento del líquido articular o por tenosinovitis del tendón largo del bíceps con una imagen línea intrasustancia que sugiere una ruptura parcial longitudinal

El 11 de julio de 2016 el señor Rey informa al concejo de Bogotá sobre su accidente de trabajo y allega los conceptos médicos pertinentes.

El 14 de julio de 2016 es notificado de la resolución 644 del 11 de julio por medio de la cual lo declaran insubsistente.

En los exámenes de retiro del 16 de julio se señala que los hallazgos encontrados al demandante son asociados a un accidente de trabajo.

Tesis demandante (fls.5-7): El demandante sostiene que el acto se encuentra falsamente motivado por declarar insubsistente a un sujeto de especial protección con incapacidad para laborar con ocasión a un accidente de trabajo ocurrido el 02/07/2016

Tesis demandada: (fls.37-136) La entidad demandada arguye que el cargo desempeñado por el demandante hace parte de una unidad de apoyo normativo creadas por el artículo 78 de la ley 617 de 2000, desarrollada por el artículo 5 del acuerdo 492 de 2012 : "...con el fin de adelantar con efectividad su responsabilidad misional de carácter normativo y de control político, cada uno de los honorables Concejales, tendrá dentro del Concejo de Bogotá D.C. bajo su dirección una unidad de apoyo normativo y estará conformada por un máximo de 12 funcionarios de libre nombramiento y remoción. Mínimo el 50% de dichos servidores estarán dentro de la denominación, nivel, código y grado salarial de los cargos de asesor y profesional universitario.

Señala que son funciones de las unidades de apoyo, las siguientes: 1.- Asesorar al concejal de la formulación, coordinación, ejecución y control de los proyectos y planes que generen en su despacho. 2.- Asistir a foros y debates de interés social, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el concejal, 3.- preparar soportes técnicos y jurídicos para los proyectos de acuerdo que se presenten por iniciativa del respectivo concejal, 4.- ejecutar los estudios socioeconómicos que requiera el concejal en relación con el ejercicio de la función pública, 5.- asesorar lo correspondiente a los proyectos de acuerdo o de ponencias que a juicio del concejal deban realizar de conformidad con sus atribuciones e iniciativas 6.- programar visitas del concejal respectivo a las comunidades, analizar los problemas y plantearle soluciones 7.- las demás funciones asignadas por el respectivo concejal. PARAGRAFO.- la plante de personal de cada unidad de apoyo normativo, será conformada por postulación que haga cada Concejal ante la junta directiva de la corporación, dentro de la denominación de los cargos, códigos y grados salariales que le permite la tabla incorporada en el presente acuerdo, sin que la sumatoria de las asignaciones básicas mensuales superen el valor de 48 S.M.L.M.V. este valor se actualizara cada año de acuerdo con el incremento salarial.

Nivel asistencial

Denominación: conductor

Código 480

Grado 7

Dependencia donde se ubique el empleo

Jefe inmediato concejal

- 1.- Conducir el vehículo de forma que se garantice la protección y seguridad de la persona que se traslada y del vehículo asignado contribuyendo a su protección y seguridad
- 2.- Revisar y verificar periódicamente el estado del vehículo, herramientas y equipos de seguridad e informar las novedades y requerimientos de mantenimiento para garantizar el buen estado del vehículo.
- 3.- Realizar el mantenimiento preventivo y correctivo del vehículo en forma oportuna
- 4.- Administrar la información confidencial de las estrategias de desplazamiento en cumplimiento con las normas de seguridad del concejal
- 5.- Aplicar, evaluar y hacer seguimiento a la sostenibilidad del sistema integrado de gestión.
- 6.- Demás funciones asignadas por el jefe inmediato, de acuerdo con las funciones del empleo, el perfil profesional, el nivel y el área de desempeño

En los términos del artículo 3º literal d de la ley 909 de 2004, los funcionarios que ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo se exceptúan de la aplicación de las normas incluidas en dicha ley.

Conforme con la anterior normativa las unidades de apoyo normativo no son planta propia del Concejo de Bogotá D.C. o dependencias dentro de la estructura de esta corporación, son cargos asignados a cada concejal, dentro de los grados salariales previstos en el acuerdo 492 de 20123 sin que su sumatoria exceda 48 SMLMV.

Frente a la declaratoria de insubsistencia el artículo 125 de la C.P. dispuso, que son de carrera, incluyendo como excepción los cargos de libre nombramiento y remoción, pues para ellos la vinculación permanencia y retiro de sus cargos depende de un acto discrecional del empleador.

Teniendo en cuenta que el Concejal que postuló al demandante solicitó la declaración de insubsistencia, se expidió el acto de insubsistencia que hoy se demanda

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer si es procedente anular el acto administrativo que declara insubsistente al demandante a pesar de encontrarse con complicaciones de salud originadas en un accidente laboral con dictamen médico de la ARL de retorno laboral con recomendaciones dentro de los cuales figura no conducir vehículo.

Solución al problema jurídico: le asiste razón al demandante, puesto que las situaciones médico laborales alegadas constituyen un accidente laboral y, con ocasión a dicha situación, es un sujeto de especial protección por su condición física encontrándose en una circunstancia de debilidad manifiesta con derecho a una reubicación laboral.

Naturaleza jurídica de las unidades de apoyo ¹.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia², la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante, hay eventos en los que la ley determina los cargos de libre nombramiento y remoción por tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, de otra parte, por ser cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades.³

En el caso particular la Ley Marco 617 de 2000, "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional", señala en su artículo 78 que Las asambleas y concejos podrán contar con unidades de apoyo normativo. En desarrollo de dicha norma el concejo de Bogotá mediante la expedición del acuerdo 492 del 20 de septiembre señaló en su artículo 5 **las funciones de las Unidades de Apoyo Normativo:**

1. Asesorar al Concejal en la formulación, coordinación, ejecución y control de los proyectos y planes que se generen en su despacho.
2. Absolver consultas, prestar asistencia técnica y emitir conceptos en los asuntos que les sean encomendados.
3. Aportar elementos de juicio para la toma de decisiones relacionadas con la formulación, ejecución y control de los diferentes planes y proyectos.
4. Asistir a foros y debates de interés social, de acuerdo con instrucciones impartidas por el Concejal.
5. Asesorar a las comunidades de las diferentes localidades en materia de planes y proyectos de desarrollo.
6. Preparar los soportes técnicos y jurídicos para los Proyectos de Acuerdo que se presenten por iniciativa del respectivo Concejal.
7. Efectuar los estudios socio-económicos que requiera el Concejal en relación con el ejercicio de la función pública de las entidades distritales.
8. Asesorar lo correspondiente a los Proyectos de Acuerdo o de ponencias que a juicio del Concejal deban realizar de conformidad con sus atribuciones e iniciativas.
9. Programar las visitas del Concejal respectivo a las comunidades, analizar los problemas y plantearle soluciones.
10. Las demás funciones que les sean asignadas por el respectivo Concejal.

En el artículo 14 del citado acuerdo se señala dentro de la planta de cargos de las unidades de apoyo, el de conductor código 48 grado salarial 07

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16), Actor: Ángela María Patiño García. Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, Metro De Medellín LTDA, Sentencia O-218-2018.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 29 de febrero de 2016. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

³ Sentencia C-1177 de 2001. En el mismo sentido, ver las sentencias SU-448 de 2011, T-289 de 2011, C-1177 de 2010, SU-917 de 2010, C-279 de 2007, C-506 de 1999, C-195 de 1994 y C-391 de 1993.

Los empleados públicos pertenecientes a las Unidades de Apoyo Normativo, son funcionarios de manejo y confianza en los términos establecidos en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 443 de 1998 y en consecuencia se consideran de libre nombramiento y remoción.

En cuanto a las características de las Unidades de Apoyo Normativo es importante señalar, que estas no son planta propia del Concejo o dependencias dentro de la estructura de dicha Corporación, son cargos asignados a cada concejal, dentro de los grados salariales que le permite el Acuerdo No. 492 de 2012.

Las funciones de las Unidades de Apoyo Normativo, en su desarrollo normal exigen una confianza plena y total, o implican una decisión política, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Corporación, y el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del concejal.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", dispuso de manera genérica que "la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado".

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional en sentencia C-734 de 2000 indicó que a las autoridades públicas se les permite "apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, **concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo**, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional

Asimismo, Consejo de Estado ha sostenido⁴ que "...tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades."

En conclusión "La estabilidad 'entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo', es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, 'pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder⁵

Los límites constitucionales al ejercicio de las facultades discrecionales ⁶

Si bien la consagración de poderes discrecionales no contraría por sí misma la Constitución, la existencia de poderes absolutos sí resulta contraria a los postulados de un Estado de derecho. Esta limitación quedó

⁴ Sección segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, referencia: 3274-02.

⁵ Sentencia SU-448 de 2011.

⁶ Estudio realizado en sentencia T-372-2012 Ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

expresamente consagrada en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo -CCA-, al establecer que "en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". De esta disposición pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional:

i) Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente. En virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, las autoridades solamente pueden actuar conforme a las competencias que les han sido expresamente asignadas constitucional o legalmente. De esta forma, únicamente podrán obrar de manera discrecional cuando exista una disposición de tal naturaleza que explícitamente lo autorice. Ello tiene por finalidad "delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica"⁷. En un Estado de derecho "la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas, (...) [y por ello] al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido". De esta forma, "la competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo".⁸

ii) Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. Esta Corte ha manifestado que "la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin, el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él"⁹. Es claro, entonces, que "el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del 'abuso del derecho' -en derecho privado-, y la 'desviación de poder' -en el derecho público-¹⁰. Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado".¹¹ No obstante los objetivos particulares de toda ley, la Constitución consagra como fines genéricos del Estado y la función administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2º); y ii) el interés general (art. 209).

iii) La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se comparezca con los supuestos fácticos que la originan. De esta manera, "el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa"¹². Al examinar si una actuación cumple con este requisito, deberán tenerse en cuenta los diferentes supuestos fácticos que rodean el asunto, especialmente las condiciones particulares de la persona.

Estos tres elementos, han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.). (...) Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnimodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. (...) Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. (...) En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de

⁷ Sentencia C-429 de 2001

⁸ *ibidem*

⁹ Sentencia C-525 de 1995

¹⁰ JOSSEERAND, Luis J. El abuso de los derechos y otros ensayos. "Relatividad y abuso de los derechos". Editorial Temis. Bogotá. 1982, pág. 25.

¹¹ Sentencia T-602 de 1992

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp.: 17009.

legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.”¹³

Para la Corte Constitucional la mayor libertad que conlleva el ejercicio de facultades discrecionales y la consecuente estabilidad laboral precaria de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ha sido asimilada por el ordenamiento jurídico con una atenuación del deber de motivación de los actos que los retiran del servicio. En ese sentido, “*si bien la regla es que los actos administrativos deben ser motivados, la Corte ha admitido la existencia de excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal y como sucede en el caso de la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y con relación a algunos cargos que se encuentran inscritos en regímenes especiales de carrera*”.¹⁴ Sin embargo, para este Tribunal ello “*no significa que tal autorización [insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción] sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos*”¹⁵ y, por tanto, “**no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa**.”¹⁶ Es por ello que “*las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo*.”¹⁷ [Subrayas fuera de texto]

Ahora bien, en aras de evitar la arbitrariedad en la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968 “*por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*”, consagró la obligación de dejar constancia en la hoja de vida de los empleados que no pertenecen a la carrera, de las causas que motivan la insubsistencia. Dice la norma:

“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. (...)”

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de esta norma señaló:

“El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance. (...) De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.”¹⁸ [Subrayas fuera de texto].

¹³ Sección segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, referencia: 3274-02.

¹⁴ Sentencia T-064 de 2007.

¹⁵ Sentencia C-734 de 2000.

¹⁶ Sentencia SU-917 de 2010.

¹⁷ Sentencia T-064 de 2007.

¹⁸ Sentencia C-734 de 2000. En el mismo sentido puede verse la sentencia T-064 de 2007 en donde se afirmó: “la Corte Constitucional ha señalado que aun en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de estas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción -los cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza- resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del

Al permitir al empleado conocer los motivos del despido en un cargo de libre nombramiento y remoción, así lo fuere en la hoja de vida, se *"hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder"*¹⁹. Por esta razón, encuentra la Corte que *"lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder."*²⁰[Subrayas fuera de texto].

De otra parte, es claro para la Corte que el cumplimiento de este requisito (motivación de la insubsistencia) no se reduce a la enunciación formal de expresiones genéricas que no expongan la realidad del sustento de la medida. Como lo ha sostenido esta Corporación, si bien *"en los casos de los empleados de libre remoción existe una mayor discrecionalidad, no implica que la administración pueda actuar arbitrariamente, invocando razones abstractas de buen servicio. Una medida de esta índole, debe obedecer a una justificación mínima en cuanto a la necesidad de atender a la oportuna, eficaz y eficiente prestación del servicio."*²¹ Así, la mayor libertad *"no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido."*²² [Subrayas fuera de texto].

Además, el Consejo de Estado al referirse a casos en donde las autoridades acuden a *"razones del servicio"* para justificar decisiones discrecionales, ha manifestado: *"cuando la Administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad."*²³ En este sentido, agregó dicho Tribunal: *"hacer uso de la facultad discrecional cuando no sea evidente la afectación del servicio (...), deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico."*²⁴ Lo anterior conlleva *"para la parte actora la labor probatoria de acreditar la buena prestación del servicio que venía cumpliendo; sus méritos, condiciones personales y profesionales, capacidades, idoneidad y rectitud en el desarrollo de la labor, aspecto que resulta determinante para establecer si con su retiro se cumple la finalidad del poder discrecional, que es la optimización del servicio."*²⁵ [Subrayas fuera de texto].

En consecuencia, según la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, la facultad de declarar insubsistente a los empleados de libre nombramiento y remoción no es absoluta, toda vez que en un Estado constitucional de derecho no existen poderes absolutos al encontrarse limitados por los valores, principios y derechos constitucionales. Los límites establecidos a las facultades discrecionales están dados en que la medida debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. De ello deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad proceda a motivar directamente el acto administrativo, lo cual solo sería solo una muestra del apego a los lineamientos de la Constitución. Para la Corte este razonamiento resulta indefectiblemente extensible al régimen de la Fiscalía General de la Nación, como una garantía mínima de todo trabajador vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones.

¹⁹ Sentencia SU-917 de 2007.

²⁰ Sentencia SU-250 de 1998.

²¹ Sentencia T-532 de 1998.

²² Sentencia T-494 de 2000.

²³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 3 de febrero de 2011, radicación número: 25000-23-25-000-2002-00492-01 (0388-09).

²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 18 de mayo de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-00140-01 (4319-04).

²⁵ *Ibidem*. En el mismo sentido ver las siguientes sentencias de ese alto tribunal: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 31 de enero de 2002, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-0631-01 (1958-98).

Las personas con discapacidad en los cargos de libre nombramiento y remoción.²⁶

La protección especial de quienes por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta proviene directamente de la Constitución y de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (art. 93 superior), por lo que su garantía no depende de un desarrollo legislativo o reglamentario. En efecto, el artículo 13 de la Constitución enuncia:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan." [Subrayas fuera del texto].

En este contexto, también pueden mencionarse el artículo 47, ibidem, que señala: "el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran." Igualmente, el 54 superior contempla: "el Estado debe **propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.**"

En cuanto a los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas con disminuciones físicas o mentales, se encuentran entre otros²⁷:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸
- El Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁰.
- Las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad³¹.
- El Convenio 159 de la OIT Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas³².
- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad³³.

Como lo señaló esta Corporación³⁴ en la sentencia C-824 de 2011, de conformidad con las disposiciones de rango superior que reconocen y consagran los derechos de las personas con limitaciones o con discapacidad, "es evidente que los Estados tienen obligaciones específicas y preferentes en relación con la adopción de medidas para evitar la discriminación y garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad." En este sentido, las autoridades están llamadas no solo a eliminar todas las formas de discriminación, sino que además deben adoptar medidas de inclusión y acciones afirmativas encaminadas a garantizar la igualdad de oportunidades y la equidad. Al respecto, dijo esta Corporación en la mencionada decisión:

"En este sentido, especial atención le ha merecido a la Corte la garantía de la igualdad y de la no discriminación a las personas con limitaciones o con discapacidad, el cual ha sido reconocido y garantizado en innumerables oportunidades³⁵, haciendo énfasis en la necesidad de brindar un trato especial a ese grupo poblacional e insistiendo en que el derecho a la igualdad trasciende la concepción formal y debe tener en cuenta las diferencias reales, y que en relación con las personas con discapacidad, 'la igualdad de

²⁶ Análisis sentencia 372 de 2012 Ponencia Dr. Jorge Iván Palacios

²⁷ Al respecto puede verse la sentencia C-824 de 2011 en donde se hace un recuento completo de los múltiples instrumentos internacionales que propenden por la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad.

²⁸ Aprobado por la Ley 74 de 1968

²⁹ Aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C-251 de 1997.

³⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 y revisada mediante la Sentencia C-293 de 2010⁽⁴⁶⁾, en donde la Corte adelantó el análisis material sobre el contenido y estipulaciones de este instrumento internacional.

³¹ Adoptada mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

³² Aprobado por el Estado colombiano mediante Ley 82 de 1988. En virtud de este se expidió la recomendación número 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

³³ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999 e incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002. En virtud de dicho tratado, Colombia, como Estado parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y a propiciar su plena integración en la sociedad. Tanto la Ley aprobatoria como la Convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003.

³⁴ Corte Constitucional

³⁵ Ver sentencia T-288 de 1995 y C-983 de 2002, entre otras.

oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se 'equipara' a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.' Así mismo, ha insistido en que los derechos específicos para las personas con discapacidad implican necesariamente, acciones afirmativas a favor de éstas, de manera que 'autorizan una "diferenciación positiva justificada" en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)'³⁶.

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva de esta población, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. En este sentido, ha resaltado que existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: (i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas; y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual apareja como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación.³⁷"

En esta materia el Congreso ha expedido diferentes leyes. Entre las más significativas se encuentran la 361 de 1997, "por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones"; la 1145 de 2007, "por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones"; y la 1346 de 2009, "por medio de la cual se aprueba la 'Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad'³⁸. Normatividad que es una clara muestra del principio de progresividad en materia de derechos sociales, económicos y culturales, en tanto persiguen avanzar significativamente en la garantía de los derechos de las personas que padecen algún tipo de limitaciones.³⁹ También es desarrollo de la forma organizativa acogida por la Constitución de 1991, como Estado social de derecho (art. 1º superior). Así mismo, responde a los fines esenciales (efectividad de los derechos, art. 2º superior) y sociales (derechos sociales, económicos y culturales, arts. 42 ss), que lleva al reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables del ser humano (art. 5º superior).

Siendo claro el deber de todas las autoridades de adoptar medidas que garanticen la igualdad real y efectiva de quienes por su condición económica, física y mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, es necesario resaltar que el concepto de sujeto de especial protección y la forma en la cual se adquiere esa condición, por ejemplo, las personas con discapacidad, no han sido un aspecto que haya tenido un desarrollo pacífico y unívoco.

Esta Corporación ha venido desarrollando una serie de subreglas que avanzan en la garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En el caso de las personas con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, también se ha utilizado el término "discapacitado", queriendo significar las personas que padecen alguna deficiencia física o mental que les impide actuar en la sociedad en igualdad de condiciones respecto de quienes no sufren dolencia alguna. Como lo ha afirmado este Tribunal en la sentencia T-198 de 2006:

"La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión."

³⁶ Sentencia T-288 del 5 de julio de 1995.

³⁷ Ver las Sentencias C-401 de 2003, C-174 de 2004, C-804 de 2009, y C-640 de 2010. Ver también las Sentencias T- 826 de 2004, T-288 de 1995 y T-378 de 1997. Ver igualmente el Auto 06 de 2009.

³⁸ Adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

³⁹ El contenido de este principio fue ampliamente desarrollado en la sentencia C-727 de 2009 en la cual se dijo: "De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar y poner en marcha medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población (cláusula de erradicación de las injusticias presentes). Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos."

En el ámbito laboral, la principal determinación que debe ser tenida en cuenta para elaborar un concepto de discapacidad y el consecuente cuidado especial de quienes la padecen, es el hecho de que “la sujeción de la ley a la libertad, la dignidad y los derechos del trabajador a la que se refiere el artículo 53 de la Constitución, en concordancia con el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho consagrado en el mismo artículo,⁴⁰⁾ implican que las facultades que la ley le otorgue al empleador deben interpretarse de conformidad con la libertad, la dignidad, y los derechos de los trabajadores⁴¹⁾. En este sentido, cualquier atribución que le sea conferido al ente nominador, deberá ser respetuoso de esos intereses superiores, que en el caso de las personas con discapacidad exigen un mayor acatamiento.

La sentencia T-198 de 2006 distinguió entre deficiencia, discapacidad e invalidez, para señalar que implican una disminución de las capacidades físicas, mentales o sensoriales de la persona. Al respecto, señaló:

“Así mismo, se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa. (...)

Por el contrario, podría afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la **deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en su contexto social**. En este sentido, **discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral**. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral, y en consecuencia, la equiparación hecha por la entidad demandada carece de fundamento constitucional, legal y científico.

De la misma manera puede afirmarse que la protección otorgada por la Constitución y desarrollada por la Ley 361 de 1997 se encuentra dirigida a la discapacidad, y no solamente a la invalidez.

En efecto, la invalidez implica incapacidad para desarrollarse en el campo laboral por haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral, y en consecuencia resultaría inaplicable la protección laboral reforzada establecida, puesto que la persona no estaría en las condiciones aptas para realizar ninguna clase de actividad.

Por el contrario, dicha protección cobra plena aplicación en los casos de los trabajadores discapacitados, toda vez que lo que se busca es permitir y fomentar la integración de este grupo a la vida cotidiana, incluyendo el aspecto laboral.”

En materia laboral y del derecho a la seguridad social, la Corte ha venido desarrollando una línea jurisprudencial que abandona una visión restringida y formal del concepto “limitación” y ha aceptado la condición de sujeto de especial protección constitucional en casos en donde no necesariamente existe un dictamen médico que lo certifique. Así sostuvo:

“Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’⁴²⁾”

En múltiples pronunciamientos se ha reconocido por este Tribunal (entre otras las sentencias T-263 de 2009 y T-513 de 2006), que quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición física o mental, no son solo aquellos que han sido calificados médicamente como “limitados físicos, síquicos, inválidos o discapacitados⁴³⁾, sino que se hace extensivo a todos los trabajadores que se encuentren en una

⁴⁰⁾ El artículo 53 dispone: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

⁴¹⁾ Sentencia T-1040 de 2001.

⁴²⁾ Sentencia T-094 de 2010. En el mismo sentido ver las sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-819 de 2008, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-603 de 2009, T-643 de 2009, T-784 de 2009, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-094 de 2010, T-663 de 2011 y T-292 de 2011

⁴³⁾ Este criterio encuentra respaldo en lo previsto en el numeral 1° del artículo 1° del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, incorporado en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 82 de 1988: “A los efectos del presente convenio, se entiende por “persona inválida” toda personas cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la afectación de su estado de salud^{44[59]}." Es necesario erradicar la idea de que la especial protección solo se presenta cuando existe una pérdida de capacidad laboral de más del 50%. En este último evento la persona no tendría capacidad de trabajar y sería merecedora de una pensión de invalidez.

Siendo claro para la Sala el mandato superior de proteger a las personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y la concepción amplia del concepto de discapacidad, pasa la Corte a hacer alusión a la forma en la cual estos dos elementos influyen en la limitación del ejercicio de las facultades discrecionales en materia laboral.

Lo primero que habrá de indicarse es que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagró expresamente un freno al ejercicio de cualquier facultad otorgada a los nominadores, al prohibir que en ningún caso una limitación física puede ser motivo para obstaculizar un vínculo laboral o ser una razón para el despido, sin importar el tipo de vínculo laboral. En efecto, reza dicha norma:

"No discriminación a persona en situación de discapacidad. 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 del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."

Con este mandato expreso, el legislador reconoció lo que la Corte ha denominado una "estabilidad laboral reforzada" de las personas con discapacidad, la cual aplica inclusive para aquellos casos en donde la naturaleza del vínculo implica una estabilidad precaria, como son los cargos de libre nombramiento y remoción. De ahí que la Corte hubiera sostenido en la sentencia T-292 de 2011 que: "En atención a la tesis anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador que se encuentre en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta". Empero, también debe señalarse que esta subregla no es absoluta por cuanto pueden existir razones objetivas que justifiquen constitucionalmente el despido, cuya carga corresponderá al empleador.

Esta Corporación al declarar la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 361 en la sentencia C-531 de 2000, resaltó la importancia de garantizar unos principios o contenidos mínimos en toda relación laboral respecto a las personas con discapacidad atendiendo su condición de vulnerabilidad:

"Solo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13). (...)

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

⁴⁴ En la sentencia T-263 2009 y T-513 de 2006

Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una 'estabilidad laboral reforzada' que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados".

De los pronunciamientos citados puede extraerse por la Corte que en aquellos casos en donde resulte evidente que el estado de salud físico o mental de un empleado le impide desarrollar sus funciones de manera normal o regular (sujeto de especial protección constitucional), existe a favor del servidor público el amparo a la estabilidad laboral predicable de cualquier tipo de vinculación laboral. Este derecho a permanecer en principio en el cargo se traduce en dos aspectos: i) la adopción de acciones afirmativas que permitan que pueda continuar desempeñándose laboralmente y ii) en el caso en el que existan razones objetivas a la luz de la Constitución que justifiquen el despido, la necesidad de descartar por el empleador que el retiro se dé en razón al estado de salud del empleado.

La adopción de acciones afirmativas encuentra sustento en el deber de solidaridad contenido en los artículos 145 y 95⁴⁵ de la Carta, como principio fundador del Estado social de derecho y patrón de conducta de las personas que integran la sociedad, debiendo responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Al respecto, se dijo:

"La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano -impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducían en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso sub-judice, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético."⁴⁷

De este modo, la Corte en la sentencia T-663 de 2011 manifestó: "el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede ser entendido simplemente como la imposibilidad de retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino que **además implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud en el que pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente**, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas."⁴⁸

En cuanto a la necesidad de descartar que el despido no obedeció al estado de salud del empleado, no debe desconocerse lo indicado por esta Corporación en la sentencia C-531 de 2000: "la legislación que favorezca a los discapacitados 'no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros'⁴⁹[64]". Por tanto, cuando existan razones objetivas que justifiquen el despido de un trabajador discapacitado, mal haría el juez constitucional en obligar la continuidad de la relación laboral. Si bien es claro que existen casos

⁴⁵ 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.

⁴⁶ La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

⁴⁷ Sentencia SU-258 de 1996. En el mismo sentido ver las Sentencias Sentencia T-1040 de 2001.

⁴⁸ Sentencia T-663 de 2011.

⁴⁹ Sentencia T-427 de 1992.

en donde procede el retiro del empleado con discapacidad, la limitación en el ejercicio de la facultad discrecional implica también que llegada esta situación el nominador deberá en todo caso y sin excepción alguna justificar de manera i) suficiente, ii) concreta, iii) cierta y iv) concurrente los motivos que originan el despido, lo cual también se encuentra acorde con el principio de buena fe (art. 83 Superior). Así lo anotó esta Corporación desde la sentencia T-427 de 1992:

"El anterior marco normativo impone la necesidad de examinar cuidadosamente -estricto escrutinio- las circunstancias concretas en que se da la declaratoria de insubsistencia, ya que sus efectos pueden vulnerar el derecho fundamental al trabajo y, en particular, la especial protección de la estabilidad laboral del funcionario sobre el cual recae la medida. (...)

La Constitución otorga protección jurídica a diversos sectores, grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (CP art. 13). Sectores de la población como los niños (CP art. 44), los ancianos (CP art. 46), los minusválidos (CP. art. 47), las minorías étnicas (CP art. 7) etc., deben recibir una especial protección del Estado por voluntad del Constituyente. De esta forma, se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad. La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (...)

13. Con respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales."

En similar sentido, este Tribunal en la sentencia T-734 de 2007, al pronunciarse sobre la declaratoria de insubsistencia de una funcionaria de libre nombramiento y remoción cuya protección especial deviene de su estado de embarazo, afirmó:

"De esta forma, le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, explicando de manera suficiente y razonable que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causa del embarazo, sino que se presentó una razón objetiva que lo habilitó para efectuar la desvinculación, cuestión que desde la perspectiva constitucional resulta plausible y no vulnera derechos fundamentales. Ahora bien, esa protección reforzada también se predica de las trabajadoras que se encuentran vinculadas con la administración en cargos de libre nombramiento y remoción, no obstante, su estabilidad precaria. Sobre este aspecto, esta Corporación ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo se aplica tanto a la mujer que se encuentra vinculada mediante contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada, así se trate de cargos de libre nombramiento y remoción, a menos que el nominador justifique adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable por una razón ajena al embarazo, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. Con base en lo anterior, se concluye que la especial protección constitucional de la trabajadora durante el periodo de gestación ó dentro de los tres meses siguientes al parto, cualquiera que sea el tipo de vinculación (contrato de trabajo, carrera administrativa ó libre

nombramiento y remoción), impone una carga argumentativa específica del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, de tal forma que la finalización de la relación laboral obedezca a razones ajenas al embarazo.”

Teniendo en cuenta el deber constitucional de protección de los discapacitados, es claro para la Corte que las consideraciones expuestas son plenamente aplicables a vínculos laborales de los cuales se predica una estabilidad precaria, toda vez que por “la naturaleza de la vinculación, como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional”^{50[65]}. Adicionalmente, este lineamiento puede verse reforzado por dos situaciones particulares: i) que el empleador sea al mismo tiempo una entidad pública, en la medida en la que las autoridades son las primeras llamadas a velar por el cumplimiento estricto de los fines esenciales y sociales del Estado (arts. 1º y 2º superiores^{51[66]}); y ii) que las afectaciones de las condiciones de salud del trabajador hubieran obedecido al ejercicio de sus funciones, caso en el cual se incrementa significativamente la responsabilidad y el deber de solidaridad en su protección.

Debe, entonces, la Sala concluir que en los casos donde el empleado sea un sujeto de especial protección en los términos expuestos en esta providencia, sin importar el tipo de vínculo que regule la relación laboral, el ente nominador deberá proceder a reubicar laboralmente al empleado en un cargo que se acomode a sus condiciones de salud o ajustar la forma en las que ejerce sus funciones actuales. Sin embargo, pueden existir motivos constitucionalmente válidos para optar por el retiro del trabajador, caso en el cual el empleador tiene la carga de descartar adecuadamente que el despido se de en razón de la condición de discapacidad, por lo cual habrá de exponer de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente, las razones que sustentan el despido. Ello deberá realizarse con la anotación en la hoja de vida del empleado o, si así lo considera, mediante la motivación directa del acto administrativo de despido.

El derecho fundamental a la salud física y mental. La vida digna y la integridad personal.⁵²

La protección del derecho a la salud en Colombia se deriva de los artículos 48⁵³ y 49⁵⁴ de la Constitución y de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. Entre ellos se aprecia el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su párrafo 1º afirma que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.

En similar sentido, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁵⁵ en su párrafo 1º establece que los Estados parte reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁵⁶ señaló que *“la salud es un derecho humano fundamental e*

⁵⁰ Sentencia T-862 de 2009.

⁵¹ Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁵² *ibidem*

⁵³ La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

⁵⁴ Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

⁵⁵ Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

⁵⁶ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. En el desarrollo de esa labor el comité interpreta las diferentes disposiciones del Pacto a través de Observaciones Generales. Dentro de estas se encuentra la Observación General 14 del año 2000 que hace relación al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos

indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente." En el mismo documento se enfatizó que *"la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"*.

Adicionalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció en el artículo 10° el derecho a la salud, en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
[...]
- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

A nivel legislativo, el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 contempló como objeto del Régimen de Seguridad Social en Salud el de *"garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten."* A partir de ello el legislador y las demás autoridades que participan en la protección de este derecho han desarrollado una extensa regulación que pretende garantizar *"condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud."*⁵⁷

Así las cosas, en la sentencia T-760 de 2008, bajo el supuesto de que *"son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho"*⁵⁸.

La categorización del derecho a la salud como fundamental se desprende entonces de que este *"no supone la institucionalización del derecho a la mera subsistencia, sino el derecho de todas las personas, y el deber del Estado, de propiciar los medios razonables para el logro de una vida digna, lo cual incluye la lucha por unas mínimas condiciones sociales y económicas."*⁵⁹ En estos términos, el concepto de salud⁶⁰[24] se encuentra estrechamente ligado con otros intereses de rango constitucional -salud mental-, por

Económicos, Sociales y Culturales). (Tomado de la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos (OACDH) consultada en: <http://www.ohchr.org>)

⁵⁷ Artículo 2° de la Ley 1438 de 2011

⁵⁸ En la sentencia T-859 de 2003 se dijo: "Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental." Esta decisión ha sido reiterada en las sentencias T-060 de 2007 y T-148 de 2007.

⁵⁹ Sentencia T-645 de 1996.

⁶⁰ En la sentencia T-760 de 2008 fue definido el concepto de salud así: "La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud '(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo."⁷⁴ La 'salud', por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la 'ausencia de afecciones y enfermedades' en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es 'un estado completo de bienestar físico, mental y social' dentro del nivel posible de salud para una persona.⁷⁴ En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia."

lo que "no hace referencia únicamente a la [integridad] física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona"⁶¹[75].

La Corte en la sentencia T-248 de 1998 refirió que la salud protegida constitucionalmente comprende también el bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona:

"La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación (arts. 1, 2 y 11 C.P.), no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo. Por otra parte, el artículo 12 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad. (...) Esto indica que la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física, sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona".

Esta consideración fue expresamente contemplada en la Ley 1438 de 2011 "por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 66 contempló la atención integral de la salud mental al establecer: "las acciones de salud deben incluir la garantía del ejercicio pleno del derecho a la salud mental de los colombianos y colombianas, mediante atención integral en salud mental para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud y su atención como parte del Plan de Beneficios y la implementación, seguimiento y evaluación de la política nacional de salud mental."

Ahora bien, la Sala debe también indicar que la protección efectiva del derecho a la salud no puede limitarse a un ámbito meramente curativo, porque su faceta principalmente es preventiva. En la sentencia T-548 de 2011 manifestó que "la garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad". En un Estado social de derecho que busca la maximización de la dignidad humana, es claro que el aspecto al cual deben destinarse los mayores esfuerzos debe ser el de la anticipación a la enfermedad, en la medida que "tiene como finalidad la de evitar que las personas se enfrenten a riesgos que atenten en contra de su buen estado de salud, que en algunos casos tales circunstancias de riesgo podrían comprometer su propia existencia. Así, esta etapa preventiva no se circunscribe exclusivamente a orientar a la persona para que respete su cuerpo y su salud, sino que también se encamina a protegerla de aquellos factores externos que pueden incidir negativamente en su salud"⁶².

De esta manera, las entidades encargadas de garantizar el derecho a la salud, incluyendo las autoridades administrativas y judiciales, no pueden limitar la protección a aquellos casos en donde el paciente ya se encuentra enfermo. Aceptar ello implicaría que una persona que tiene el riesgo de padecer un mal deba esperar a que su situación no tenga remedio para que el Estado considere procedente su protección, sin considerar la atención oportuna del servicio de salud e incluso el mayor coste para el sistema. Así lo ha sostenido este Tribunal al sostener que no tiene que esperarse a la fase crítica de una enfermedad mental:

"A la inversa de lo que entendió el Tribunal en el fallo de segunda instancia, debe afirmarse que no es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las

⁶¹ Sentencia T- 544 de 2002

⁶² Sentencia T-321 de 2008.

enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta o inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa."^{63[77]}

Otro aspecto que también debe tenerse en cuenta en la protección del derecho a la salud es el principio de continuidad en la prestación del servicio. En virtud del mismo "se busca garantizar a los titulares del derecho a la atención en salud que han ingresado al Sistema General de Seguridad Social, la prestación ininterrumpida, constante y permanente de los servicios como una garantía de protección de sus derechos a la vida y a la salud. El principio de continuidad se materializa en el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los servicios de salud y, en particular, de los tratamientos o procedimientos médicos que reciben o requieran según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario."⁶⁴ De esta manera, la Corte ha dejado en claro que "tanto las entidades públicas como las privadas que intervienen en la prestación de los servicios de salud, por acción o por omisión en el cumplimiento de sus funciones, no pueden comprometer la continuidad del servicio y, por tanto, la eficiencia y eficacia del mismo, mucho menos si con su proceder irregular se pueden poner en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios."⁶⁵

Ello además responde al principio de solidaridad social. El deber de protección de la salud física y mental en todas sus facetas incumbe no solo a las autoridades sino a todos los miembros de la sociedad por el solo hecho de pertenecer a ella: "y no podría ser de otra forma, puesto que en la base de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad -ciertamente, también la salud-"⁶⁶. Situación que adquiere mayor relevancia constitucional tratándose de sujetos de especial protección. Así, "en casos de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, habida cuenta de los problemas sociales, económicos o de salud que las afectan -v.g. enfermos mentales-, estos valores fundados en la mutua colaboración entre los miembros de la colectividad, gozan de una dimensión bien concreta, pues se trata de un postulado fundacional de la estructura del Estado Social de Derecho"⁶⁷.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la salud física y mental como un derecho fundamental autónomo encaminado a lograr los más altos niveles de bienestar, que se constituye en una garantía de respeto a la dignidad humana y a la integridad. La oportunidad y efectividad de su prestación implica un especial énfasis en la faceta preventiva, toda vez que no se ajusta a los postulados de un Estado social de derecho el que deba esperarse a una fase crítica de la enfermedad para que proceda la intervención médica. Aspectos que deben examinarse a la luz de los principios de continuidad y de solidaridad en el sistema de seguridad social en salud. Estas consideraciones tienen una especial relevancia respecto de los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente al Estado.

El derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. El sistema de riesgos profesionales⁶⁸.

El artículo 25 de la Constitución dispone que "el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas." Por su parte, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁹ dispone que: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social".

De la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁰ consagra la obligación de los Estados partes de garantizar: el derecho a trabajar libremente en condiciones que aseguren

⁶³ Sentencia T-248 de 1998.

⁶⁴ Sentencia T-1165 de 2005.

⁶⁵ Sentencia T-1165 de 2005.

⁶⁶ Sentencia T-209 de 1999.

⁶⁷ *ibidem*

⁶⁸ Sentencia T 372 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁶⁹ Esta declaración fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Por su naturaleza no requiere de aprobación ni ratificación por parte de los Estados miembros de la ONU. Tomado de <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

⁷⁰ Aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968

las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana; el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración que proporcione un salario equitativo y unas condiciones de existencias dignas para el trabajador y su familia; la igualdad de oportunidades para ser promovidos sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las obras de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas; y el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.⁷¹

En virtud de lo anterior, la Corte ha señalado que el derecho al trabajo *"no se limita al acceso al mismo, sino que éste debe ser desempeñado en condiciones dignas y justas"*⁷², por ser este *"una manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término tiene su fundamento en la dignidad de la persona humana"*⁷³

De igual modo, desde temprana jurisprudencia esta Corporación ha destacado los principios mínimos fundamentales de la relación laboral (art. 53 superior):

"Ello lleva a la Sala a preguntarse cuáles son esas condiciones dignas y justas sin las cuales la realización de una labor resultaría violatoria de los principios que fundamentan toda relación interhumana, sobre todo aquella donde el elemento de subordinación es el imperante. Para la Sala esas condiciones que deben estar presentes siempre, en toda relación laboral son las enunciadas como principios mínimos fundamentales en el artículo 53 de la Constitución Nacional, a saber:

'la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y la calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social; la capacitación; el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad'.

Sólo la aplicación de estos principios permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente. En consecuencia no se puede afirmar que se garantiza con el acceso a determinada labor. Estos principios hacen parte de la relevancia que dentro del Estado social de derecho se le ha dado al trabajo"⁷⁴

Esta Corporación al pronunciarse sobre el despido de un empleado que presentaba altos niveles de estrés laboral, destacó en la sentencia T-484 de 2009:

"Es preciso señalar que el despido del que fue víctima el trabajador a consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, le causa un perjuicio irremediable, ya que en la actualidad presenta quebrantos de salud, padece de glaucoma y estrés laboral agudo, el primero en ocasión del accidente de trabajo que lo mantiene con visión borrosa y el segundo debido a la alta tensión mental a la que estuvo sometido durante la relación laboral, como consecuencia también del accidente de trabajo y agudizado por el despido injusto del que fue víctima sin que se le proveyera de las prestaciones económicas derivadas de la seguridad social. Adicionalmente, el accionante se encuentra con baja autoestima y menoscabado en su dignidad como ser humano, sin un sustento diario para él y para su familia que le permita satisfacer las necesidades elementales para subsistir en forma digna, creyéndose inútil y sin posibilidades de laborar en empresas diferente a las demandadas y mucho menos como soldador por ser la vista un sentido vital para desempeñar esta labor."

Este tipo de afectaciones tienen una estrecha relación con la manera en la cual ha sido definido el concepto de acoso laboral en la legislación colombiana. Esta figura *"constituye una práctica, presente en los sectores público y privado, mediante la cual de manera recurrente o sistemática se ejercen contra un trabajador actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, agresiones que pueden generar enfermedades profesionales, en especial, "estrés laboral", y que en muchos casos, inducen al trabajador a renunciar."*^{[9]] 75}

⁷¹ Artículos 6º, 7º y 9º del Pacto Internacional.
⁷² Sentencia T-886 de 2006.
⁷³ Sentencia T-014 de 1992.
⁷⁴ Sentencia T-457 de 1992.
⁷⁵ Sentencia C-780 de 2007

En la misma línea, diferentes países han venido incluyendo dentro de sus ordenamientos mecanismos encaminados a combatir los efectos nefastos del acoso laboral, dadas las implicaciones que tiene sobre el trabajo en condiciones dignas y justas⁷⁶. En Colombia fue expedida la Ley 1010 de 2006, "por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo", en la cual fueron contemplados como bienes jurídicos protegibles el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados y contratistas; la armonía entre quienes comparten el mismo ambiente laboral; y el buen ambiente de la empresa⁷⁷. En la sentencia C-780 de 2007, la Corte refirió:

"A su vez, esta disposición contiene una clasificación de los tipos de acoso laboral con definiciones particulares para cada uno de ellos. Así, la ley contempla seis modalidades que se enmarcan dentro de los hostigamientos en el lugar de trabajo, a saber: (i) maltrato laboral, entendido como cualquier acto de violencia contra la integridad física o moral, o la libertad sexual, que lesione los derechos a la intimidad y al buen nombre⁷⁸; (ii) persecución laboral, la cual se configura con la ocurrencia reiterada de conductas arbitrarias, que permita inferir el propósito de inducir la renuncia del trabajador⁷⁹; (iii) discriminación laboral, definida como aquel trato diferenciado en razón de los criterios prohibidos expresamente en el artículo 13 de la Constitución Política⁸⁰, esto es, por razones de raza, género, origen familiar o nacional, religión, opinión política y filosófica; (iv) entorpecimiento laboral, que se presenta al obstaculizar el cumplimiento de las labores asignadas, retardarlas o hacerlas más gravosas⁸¹; (v) inequidad laboral, definida como la "asignación de funciones a menosprecio del trabajador"⁸²; (vi) desprotección laboral, que tiene lugar mediante aquellas conductas tendentes a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador al llevarlo a cumplir órdenes, sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad⁸³."

Según se ha explicado, la forma en la que la Corte ha definido el acoso laboral encuentra correspondencia con el tipo de situaciones que son generadoras de estrés laboral, por lo que nada obsta para que ambos fenómenos confluyan en una misma situación.

Como mecanismo adoptado para la protección del trabajo en condiciones dignas y justas se prevé en el ordenamiento jurídico colombiano el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales (art. 8 de la Ley 100 de 1993). Al hacer alusión a su campo de acción la Corte expuso:

"El Sistema General de Riesgos Profesionales, como parte integrante del Sistema General de Seguridad Social, tiene por objeto lograr la cobertura de las contingencias que ocurran en razón de las actividades del trabajo y que comprometen la capacidad laboral de las personas; dichas contingencias se encuentran definidas en los artículos 9 y 11 del Decreto 1295 de 1994 y son específicamente:

(i) Los accidentes de trabajo, los cuales se definen como "todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que sobrevenga en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional,

⁷⁶ Puede observarse la sentencia C-780 de 2007, en la cual se hizo un recuento de las medidas normativas que han adoptado diferentes países del mundo para combatir el acoso laboral. Se hizo alusión al término en inglés "mobbing" utilizado por la doctrina respecto al cual se afirmó en esa oportunidad lo siguiente: "Esta conducta, también conocida con el anglicismo "mobbing", ha sido definida por el psicólogo alemán Heinz Leymann como la "situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo". Según los estudios de Leymann, los comportamientos que pueden constituir acoso laboral son, entre otros, los siguientes: ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social, falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. Las víctimas, a su vez, suelen sufrir, entre otros síntomas, los siguientes: trastornos de sueño, dolores, síntomas psicopatológicos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares. Así las cosas, en el acoso laboral suelen encontrarse presentes los siguientes elementos: a. Asimetría de las partes. b. Intención de dañar. c. Causación de un daño. d. Carácter deliberado, complejo, continuo y sistemático de la agresión." Subrayas fuera de texto.

⁷⁷ Art. 1º, inc. 2º.

⁷⁸ El texto literal de la definición de esta modalidad, contenida en la ley es el siguiente: "1. Maltrato laboral. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral".

⁷⁹ La persecución laboral se encuentra definida por la ley, así: "toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral".

⁸⁰ En los términos de la Ley, este tipo de acoso se define de la siguiente manera: "3. Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral".

⁸¹ La Ley define el entorpecimiento laboral como "toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos".

⁸² Cfr. Ley 1010 de 2006, art. 2º, punto 5.

⁸³ La desprotección laboral es definida por la Ley 1010 de 2006 como "[t]oda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador".

una invalidez o la muerte”, o aquel que ocurra “durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo” o, finalmente, el que se produzca “durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador”, y

(ii) Las enfermedades de origen profesional, entendidas como “todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional”, o aquellas que respecto de las cuales se haya demostrado la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales a pesar de no figurar en la tabla de enfermedades profesionales.”⁸⁴

En razón de lo anterior, la Corte ha reconocido que en virtud del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los trabajadores tienen, entre otras, unas prestaciones de carácter asistencial como “i) asistencia médica, ii) quirúrgica, iii) terapéutica, iv) farmacéutica, v) hospitalización, vi) odontología, vii) medicamentos, viii) prótesis, ix) órtesis, y x) reparación y reposición en casos de deterioro o desadaptación profesional⁸⁵ (no sólo mediante medidas tendientes a la rehabilitación sino también con medidas de carácter preventivo)^{86, 87}

Este Tribunal también ha considerado que: “en caso de conflicto entre el empleador y la entidad prestadora de los servicios, o [...] entre la E.P.S. y la A.R.P. no es, de ninguna manera, el paciente quien tiene el deber de soportar las consecuencias negativas para su salud y su dignidad humana.”⁸⁸

Por tanto las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales juegan un papel determinante en su prevención, asistencia y reparación, lo cual debe garantizarse a la luz del principio de continuidad en el servicio, por estar estrechamente relacionado el derecho a la salud física y mental.

Falsa Motivación - caso concreto:

En el caso particular se encuentra que el demandante fue nombrado mediante resolución 281 del 18 de marzo de 2015 de conductor código 480 grado salarial 07 en la unidad de apoyo normativo del H. Concejal Rubén Darío Torrado Pacheco tomando posesión en el cargo el 20 de marzo de 2015 para lo cual el nombrado presentó entre otros un certificado médico de aptitud laboral folio 10-11

Conforme con la hoja de vida allegada por la demandada, el 5 de julio de 2016 a las 8:29 am el concejal Rubén Darío Torrado Pacheco solicita a la mesa directiva del Concejo de Bogotá la declaratoria de insubsistencia del demandante folio 87

El 6 de julio de 2016 demandante tiene un accidente laboral.

El 7 de julio de 2016 a las 9:21 am el demandante informa al Director Administrativo del Concejo la incapacidad otorgada por la ARL COLPATRIA con ocasión a un accidente de tránsito por cuatro días, esto es, del 6 al 9 de julio de 2016 folio 13-14

El mismo día, esto es 7 de julio de 2016 a las 3:04 pm el demandante comunica al Director Administrativo del Concejo de Bogotá, su calidad de prepensionado anexando el reporte de semanas cotizadas en pensiones y una copia de la solicitud de certificación de ese mismo día radicada ante el Ministerio de Defensa por el tiempo de servicio militar prestado entre el 1 de junio de 1980 y el 31 de julio de 1982 folio 80-84

El 8 de julio se le realiza una radiografía en el hombro derecho evidenciando el médico radiólogo una tendinopatía del subescapular con una ruptura parcial articular distal de 8 mm en el hombro derecho.

El 11 de julio de 2016 la ARL COLPATRIA emite un concepto de aptitud laboral de retorno visible a folio 12 con las siguientes recomendaciones con vigencia hasta el 22 de agosto de 2016:

⁸⁴ Sentencia T-029 de 2008.

⁸⁵ Decreto 1295/94, artículos 2, 5 y 7. En el mismo sentido, artículo 1 de la Ley 776 de 2002.

⁸⁶ Los artículos 1 y 2 del Decreto 1295/94 definen el Sistema General de Riesgos Profesionales y señalan sus objetivos esenciales

⁸⁷ Sentencia T-555 de 2006.

⁸⁸ Sentencia T-721 de 2005

- Durante sus labores se debe procurar mantener el hombro derecho dentro de los ángulos de confort, esto es elevación entre 0 y 45 grados.
- Evitar realizar labores con exposición a vibración en mano derecha
- manipulación de carga sin adecuadas ayudas mecánicas con mano derecha hasta 5Kg
- realizar labores con mano derecha con requerimientos leves de fuerza a tolerancia
- No se recomienda conducir, ya que por dolor se altera su funcionalidad aumentando riesgo de accidente. No trabajo en alturas. No deportes de impacto.
- realizar pausas activas mínimo 3 veces durante la jornada
- realizar terapia física ordenada, control a fisioterapia control con medicina laboral en 6 semanas, cita en la que debe aportar la historia clínica de la EPS desde el 2011
- recibir inducción o reinducción al puesto de trabajo de acuerdo a los planes establecidos por la empresa, con énfasis en salud ocupacional
- utilizar todos los elementos de protección personal requeridos para el cargo de acuerdo con el panorama de factores de riesgo y, extender el cumplimiento de estas recomendaciones a las actividades realizadas fuera de casa.

El anterior concepto de aptitud laboral fue comunicado al Director Administrativo del Concejo de Bogotá el mismo día en que fue emitido, esto es, el 11 de julio de 2016 a las 11:50 am folio 16

A través de Resolución No.0644 del 11 de julio de 2016 la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Bogotá declara al demandante insubsistente (fl.18).

Mediante oficio del 12 de julio, el director administrativo del Concejo de Bogotá contesta la solicitud del demandante sobre su condición de prepensionado, aclarando que con la información suministrada a la entidad no acredita tal calidad y, sobre el reten social, aclara que esta situación solo aplica para casos de entidades públicas en proceso de reestructuración (fl.88)

El 14 de julio de 2016, el demandante es notificado de su acto de insubsistencia folio 93

Al día siguiente de su retiro es realizado un examen médico el cual se encuentra visible a folio 19 del expediente, en donde se registra hallazgos relacionados con un accidente laboral recomendando continuar manejo con médico integral y control por ortopedia por ruptura tendinosa en el hombro derecho.

El exceso en el ejercicio de las facultades discrecionales se dio en 3 puntos: i) desconoció la obligación constitucional de propender, como medida inicial, por la reubicación en un cargo igual o similar al desempeñado tal como lo ordenara la ARL. De no ser posible, permitir la continuación en el mismo cargo siempre y cuando se ajustara sus funciones a la condición de salud del empleado. ii) se incumplió el deber constitucional de hacer la anotación en la hoja de vida del accionante sobre los motivos del retiro del servicio, además de que no logró desvirtuar que el retiro del servicio no obedeció a factores como la salud física del accionante. iii) se inobservaron los fines del Estado y la función administrativa al desprotegerse los derechos y libertades del accionante, además que la medida de desvinculación no resultó proporcional a la protección especial que merecía el actor en razón a su situación de vulnerabilidad.

Si bien el accionante se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, la entidad al retirarlo del servicio, sin mayores explicaciones, terminó excediendo los límites que la ley y la Constitución le imponían sobre un sujeto de especial protección constitucional, atendiendo las particulares condiciones de salud que permitían identificarlo como una persona con discapacidad.

El goce efectivo del derecho a la salud física y mental implica que las personas puedan disponer de los niveles más altos de bienestar como garantía del respeto a la vida, la integridad y la dignidad humana. A su vez, su garantía incluye un especial énfasis en la faceta preventiva como en el respeto a los principios de solidaridad social y continuidad del servicio de salud.

Si bien el empleado no había sido calificado como minusválido ni se contaba con certificación alguna sobre el grado de discapacidad, el actor debía ser considerado como discapacitado y, por tanto, sujeto de especial protección constitucional, al imposibilitarse el adecuado ejercicio de sus funciones de manera regular. Sumado a ello, la ARP dispuso la continuación del control médico, así como la incorporación al empleo con restricciones acorde a su estado de salud.

Pago de salarios dejados de devengar. Teniendo en cuenta que el accionante nunca debió haber sido desvinculado, se ordenará el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de su insubsistencia hasta el vencimiento del periodo del concejal RUBEN DARIO TORRADO PACHECO. Sin embargo, la cancelación de la suma deberá atender lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta⁸⁹, en tanto ningún empleado puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Sobre este aspecto dijo la Corte:

“La Corte Constitucional acoge igualmente una línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado, según la cual cuando en la parte resolutive de las sentencias se ordena el descuento de lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante el intervalo de tiempo que estuvo desvinculado, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario no sólo se estaría generando un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior.

En efecto, entiende esta Corporación que la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento de un derecho por nulidad del acto acusado debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material. De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público.

Lo anterior conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2002, cuando afirmó que “la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tiene origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraria la Constitución”.

Así las cosas, se ordenará, al Concejo Distrital que descuenten las sumas que hubiere devengado el demandante, provenientes del Tesoro Público entre el momento de la desvinculación hasta la terminación del periodo I del concejal RUBEN DARIO TORRADO PACHECO

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “*Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁹⁰, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

⁸⁹ Sentencia SU-691 de 2011.

⁹⁰ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción - por falta de demostración de los perjuicios - no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁹¹ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹²

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho, además de no evidenciar temeridad o mala fe en la actuación

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del acto demandado según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- a título de restablecimiento, considerando que el accionante nunca debió haber sido desvinculado, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su insubsistencia hasta el vencimiento del periodo del concejal RUBEN DARIO TORRADO PACHECO, para el año 2019 (31 de diciembre). Sin embargo, la cancelación de la suma deberá atender lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta⁹³, en tanto ningún empleado puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

TERCERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

CUARTO.- NO CONDENAR EN COSTAS, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia

QUINTO.- En firme esta sentencia, se ordena realizar los oficios necesarias para el cumplimiento de la sentencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, **archivar** el proceso previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI y autorizar la expedición de copias que soliciten las partes de esta providencia con su constancia de ejecutoria en los términos del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

⁹¹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramirez Ramirez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹² Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

⁹³ Sentencia SU-691 de 2011.