COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/148/12

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/148/12
Expediente	—
Fecha	2012-01-10
Sala	Sala el
Magistrado ponente	JUAN CARLOS
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Acto Administrativo
- Accion De Tutela
- Accion De Tutela Contra Acto Administrativo
- Accion De Tutela Frente A Medio De Defensa Judicial
- Accion De Tutela Para Evitar Un Perjuicio Irremediable
- Accion De Tutela Para La Suspension De Acto Administrativo

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Procedibilidad cuando se utiliza como mecanismo transitorio para como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable conformidad con la línea trazada por la Corte en la sentencia T-198 de 2006,

Texto completo

T-148-12 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-148/12 ACTO ADMINISTRATIVO- Eficacia de la suspensión provisional a través de acción de tutela ACCION DE TUTELA- Procedibilidad cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable ACCION DE TUTELA - Requisitos de procedibilidad ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO - Mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable ACCION DE TUTELA- Causales para su procedencia ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL - Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ACCION DE TUTELA - Subsidiariedad ACCION DE TUTELA PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE- Jurisprudencia ACCION DE TUTELA PARA LA SUSPENSION DE ACTO ADMINISTRATIVO - Jurisprudencia PERJUICIO IRREMEDIABLE -Definición ACCION DE TUTELA Y SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Diferencia PERJUICIO IRREMEDIABLE FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION - Concepción dual/ PERJUICIO IRREMEDIABLE FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION - Valoración del juez constitucional ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE DISCAPACITADOS- Reiteración de jurisprudencia DISCAPACIDAD - Alcance del concepto INVALIDO Y DISCAPACITADO - Diferencia De conformidad con la línea trazada por la Corte en la sentencia T-198 de 2006, recogida por la sentencia T-906 de 2011, “ 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 inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa".

De allí se desprende que si una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral, es inválida y pertenece al grupo más amplio de discapacitados; y si pierde menos del 50%, es discapacitada. Sin embargo, este concepto de discapacidad obliga a que la persona haya sido calificada, exigencia que la jurisprudencia constitucional no ha impuesto a las personas que aspiran ser cubiertas por la estabilidad laboral reforzada. Esto implica, entonces, que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho exclusivo de los discapacitados calificados sino también de los no calificados, pues la discapacidad es una condición comprobable empíricamente en la realidad que no puede sujetarse a una formalidad como el dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, en estricto apego al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 de la C.N.).

PERSONA INVALIDA- Concepto DISCAPACIDAD- Instrumentos internacionales de protección PROTECCION DERIVADA DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Condiciones DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD- Garantías DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Criterios para determinar las circunstancias de debilidad manifiesta Cuando un trabajador que razonablemente pueda catalogarse como persona (i) con discapacidad, (ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les 'impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares', y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la 'estabilidad laboral reforzada.

DISCAPACIDAD - Conocimiento del empleador Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad. De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

ESTABILIDAD LABORAL EN GENERAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / PRINCIPIO GENERAL DE ESTABILIDAD LABORAL - Concreción/ ESTABILIDAD LABORAL- Constituye un derecho constitucional/ ESTABILIDAD LABORAL - Características dependiendo de su grado de protección y de las personas que gozan de ella/ ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PARTICULARES Y SERVIDORES PUBLICOS CUANDO SON SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL - Jurisprudencia constitucional SERVIDORES PUBLICOS PERTENECIENTES A LA CARRERA JUDICIAL- Aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 RETIRO DEL SERVICIO DE FUNCIONARIO PUBLICO DISCAPACITADO - Jurisprudencia constitucional RETIRO DEL SERVICIO DE POLICIAS DISMINUIDOS SICOFISICAMENTE- Regulación SISTEMA DE CARRERA JUDICIAL - Finalidad SISTEMA DE CARRERA Y DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Armonización La Sala admite que la importancia del mérito en los cargos de carrera, como materialización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, podría conllevar a un desconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna limitación física, sensorial o síquica, razón por la cual juzga oportuno ponderar y armonizar los principios de eficacia y eficiencia con el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

PRINCIPIO DE INTERPRETACION DE LA CONCORDANCIA PRACTICA- Aplicación /PRINCIPIO DE ARMONIZACION CONCRETA- Aplicación DERECHO A LA CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD - Contenido y alcance DERECHO A LA CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD - Reiteración de jurisprudencia DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Titularidad/ ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable PERSONA QUE SUFRE DE EPILEPSIA - Protección constitucional especial ENFERMEDAD DE EPILEPSIA - Posibilidad de fuente de discriminación en la oferta laboral RETIRO DEL SERVICIO DE PERSONA DISCAPACITADA - Permiso de la Oficina de trabajo EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL - Reintegro no debe ser necesariamente en el despacho judicial accionado para proteger la buena fe de aquella persona que actualmente está nombrada en propiedad Referencia:

expediente T-3.259.189 Acción de tutela instaurada por Carlos Mario Silva Govea contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta. Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Colaboró: Sebastián Lalinde Ordóñez Bogotá D.C., marzo dos (2) de dos mil doce (2012) La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta el primero (01) de agosto de dos mil once (2011) y, en segunda instancia, por la Sala Quinta de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el veinte (20) de septiembre de dos mil once (2011), dentro de la tutela presentada por Carlos Mario Silva Govea contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta.

I. ANTECEDENTES El ciudadano Carlos Mario Silva Govea, obrando a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela el catorce (14) de julio de dos mil once (2011) contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, con el objetivo de obtener la protección, de manera transitoria en tanto se decide una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló, de sus derechos fundamentales “a la estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta por razones de salud, al trabajo, [y] a la seguridad social” [1] , que habrían sido vulnerados como consecuencia de los siguientes:

1.1. Hechos 1.1.1. El demandante aseguró haber trabajado en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta desde el 16 de junio de 1987 hasta el 03 de marzo de 2011 como notificador, “fecha en la cual fue notificado de su desvinculación de la carrera administrativa, por haber obtenido una calificación insatisfactoria” [2] .

1.1.2. Señaló que interpuso recurso de reposición en contra de esta decisión, argumentando que su padecimiento de epilepsia fue determinante al momento de calificarlo de manera insatisfactoria, enfermedad que, a su juicio, ha “incidido en su estado sicológico y social, y de contera afecta su comportamiento laboral” [3] . Finalmente, esta decisión no fue repuesta, ya que la juez del Juzgado demandado afirmó no tener conocimiento de que el recurrente sufriera de epilepsia.

1.1.3. Sin embargo, el accionante manifestó en la demanda de tutela que “nunca le notificó nada a la funcionaria actual, de manera verbal, pero éste era un hecho del cual se tenía conocimiento por parte de todos los funcionarios del Juzgado, y en época anterior, cuando hizo una licencia en ese Despacho, ella tuvo conocimiento de mi (sic) situación particular, debido a una incapacidad que presentó el señor CARLOS MARIO SILVA, y además porque él mismo se lo comentó de manera directa” [4] .

1.1.4. Igualmente, el actor cuestionó en su demanda que la juez del Juzgado accionado no repusiera su decisión valiéndose del supuesto desconocimiento de su situación de salud, “por cuanto se lo (sic) estaba poniendo de presente a través de unas copias de la historia clínica anexadas con el escrito impugnatorio, y en virtud de ello, como Juez de la

República debió darle aplicación a la normatividad que permite proteger de manera especial a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta por asuntos de salud" [5] .

1.1.5. El demandante advirtió que se encuentra tramitando en la actualidad una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que lo retiró del servicio y lo excluyó de la carrera judicial.

1.1.6. Relató, asimismo, que aún no tiene la edad requerida para acceder a la pensión de vejez y que hace parte del régimen de transición, de manera que su desvinculación de la rama judicial lo haría perder su derecho a ser cobijado por dicho régimen.

1.1.7. Por último, el petente explicó que, a partir del hecho de no poder continuar cotizando a una EPS debido a su condición de desempleado, se configura un perjuicio irremediable que hace procedente la acción de tutela, puesto que "no tendría de donde recibir ingreso alguno, por no ser apetecido en el mercado laboral de nuestra ciudad, dada su edad y dada su enfermedad de EPILEPSIA" [6] (mayúsculas tomadas del texto original). Esta situación, a su juicio, afectaría de manera directa su salud, en la medida en que la EPS ya no le prestaría los servicios de salud ni le otorgaría los medicamentos que requiere a causa de la epilepsia que sufre y que "debe tomar toda la vida y de manera constante a fin de mantener controlada la EPILEPSIA y evitar así un deterioro en su calidad de vida" [7] (mayúsculas tomadas del texto original).

1.2. Solicitud de tutela Con fundamento en estos hechos, solicitó al juez de tutela que amparara sus derechos fundamentales como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y que, en consecuencia, ordenara al juzgado demandado reintegrarlo a su cargo.

1.3. Intervención de la parte demandada En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia requirió a la parte demandada para que rindiera un informe sobre los hechos y las pretensiones de la demanda.

Marta Patricia Campo Valero, en su calidad de representante y juez del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, contestó la demanda. 1.3.1. En primer lugar, el despacho accionado recordó que el 03 de marzo de 2011 se produjo la calificación de servicios del actor de la tutela por el período comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año 2010, "la cual dio como puntaje un total de 20 sobre 100, obteniendo como resultado de calificación INSATISFACTORIA, lo que a su vez produjó (sic) el retiro del servicio del mencionado servidor judicial" [8] (mayúsculas tomadas del texto original).

1.3.2. Por otro lado, la juez del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta expuso que "la calificación de servicios insatisfactoria, obtenida por el señor CARLOS MARIO SILVA, no se produjo, porque éste padeciera de enfermedad alguna, ni porque sufriera disminución física o sensorial, ya que no es así, por cuanto no existe nada que así lo indique ni reportado a este despacho, así como tampoco se observa en la historia clínica que aportó juntó (sic) con la acción, ya que en ella si bien se indica que ha padecido de epilepsia, NO SE INDICA QUE ESTO SEA CAUSA DE DISMINUCIÓN FISICA (sic) NI PSIQUICA (sic), es más, en varios de los reportes, lo cual se resalta, afirma sentirse bien" [9] (mayúsculas tomadas del texto original). Agregó que, "desde que asumí la titularidad de este dspacho (sic), nunca se presentó por el señor CARLOS MARIO SILVA, incapacidad alguna, o diagnostico (sic), así como tampoco historia clínica que demuestre que padece enfermedad alguna; y en el periodo calificado, es decir 1° de enero al 12 de diciembre de 2010, no se presentó por el mencionado señor ninguna incapacidad, ni siquiera por un día, expedida por médico o clínica adscrita a su EPS, o por fuera de la misma" [10] .

Así mismo, concluyó que la calificación insatisfactoria del señor Silva "se fundamentó en el incumplimiento del accionante a sus deberes, tal como se dejó plasmado en el acto de calificación y en el que resolvió la reposición interpuesta por él" [11] .

Adicionalmente, arguyó la parte demandada que la calificación insatisfactoria que recibió el actor se debe, también, a las constantes quejas presentadas por diferentes personas que litigan ante ese despacho contra el señor Silva.

1.3.3. De otra parte, informó que, una vez surtida la desvinculación del petente, “se designó en provisionalidad al señor JOSE (sic) ALFREDO QUEVEDO CANTILLO, quien se posesión (sic) el día 5 de abril del presente año. De manera posterior, el Consejo Seccional de la Judicatura remitió, el 25 de mayo de 2011, lista de elegibles para el cargo de notificador, por lo que se designó en propiedad a la señorita EDITH CECILIA OSPINO OVALLE, quien se posesionó el 1° de julio de la anualidad que transcurre, quien solicitó licencia no remunerada para ejercer otro cargo, y concedida se designó nuevamente al señor JOSE (sic) ALFREDO QUEVEDO CANTILLO, quien tomó posesión el 8 de julio y actualmente se encuentra laborando” [12] (mayúsculas tomadas del texto original).

1.3.4. Después de presentar un recorrido jurisprudencial sobre la estabilidad laboral reforzada en personas con discapacidad, el accionado subrayó que, en este caso, el petente no ha sido calificado por una Junta de Calificación de Invalidez que determine su pérdida de capacidad laboral ni que tampoco se encuentra en el supuesto de que “no siendo calificado tiene una discapacidad relevante, que haga nugatoria su declaratoria de insubsistencia y pretenda gozar de fuero para mantenerse en un cargo público, del cual no hizo mérito alguno para mantenerse” [13] .

1.3.5. En fin, el juzgado accionado llamó la atención sobre el hecho de que el accionante “fue notificado del acto que resolvió la reposición interpuesta en contra de la calificación el día 30 de marzo del presente año, retirandose (sic) en esa misma fecha de sus labores, sin esperar la ejecutoria del acto, ni la designación de su reemplazo, así como tampoco hizo entrega de su puesto, ni dio cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo PSAA10-7024 del 21 de julio de 2010, dentro del término allí señalado y solo el 22 de junio del presente año, presentó la referida entrega por requerimiento que le hiciera mediante oficio del día 15 de ese mismo mes y año” [14] .

1.4. Actuación surtida en primera instancia e intervención de las personas vinculadas al trámite de tutela El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, autoridad judicial de primera instancia en este proceso de tutela, ordenó mediante auto vincular en esta acción de tutela a la Dirección Administrativa de Carrera Judicial Seccional de Santa Marta, a la EPS Coomeva, a Saludcoop, a la ARP Colmena y al Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena –Sala Administrativa-, a Edith Cecilia Ospino Ovalle y a José Alfredo Quevedo Cantillo, por considerar que estos sujetos podrían resultar afectados en sus intereses como consecuencia de la sentencia que se profiriera y por considerar que ellos podrían aportar elementos fácticos relevantes al proceso. En este orden, algunos de los vinculados no emitieron pronunciamiento alguno y otros sí lo hicieron, los cuales se sintetizan a continuación.

1.4.1. El apoderado de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta invocó una falta de legitimación por activa, “toda vez que si bien es cierto, el señor Director Seccional es el Representante legal de la Rama Judicial, no es el competente para intervenir en la presente acción, en razón a que no es el nominador de la (sic) aquí accionante” [15] .

Igualmente, adujo que “los argumentos sobre el estado de salud del accionante, no tienen asidero jurídico, toda vez que la hoja de vida que reposa en nuestros archivos, no aparece ninguna anotación al respecto, tal como lo certificó nuestra jefe de recursos humanos” [16] .

Por lo demás, aseveró que en este caso el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, lo cual hace improcedente la tutela, pues no persigue evitar un perjuicio irremediable en la medida en que sus padecimientos no son graves, ya que “no aparecen anotaciones médicas al respecto” [17] .

De allí que la enfermedad del actor puede ser soportada mientras se define el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho. 1.4.2. La ARP Colmena expresó que “de ninguna manera se puede considerar la epilepsia como una

enfermedad de origen profesional, adicionalmente, debemos señalar que el Actor no presenta a su nombre ninguna reclamación de accidente o enfermedad profesional que pueda o deba conocer esta Aseguradora" [18] .

A la par, refirió que este caso versa sobre "una relación laboral surgida entre el Actor y la empresa, en dicha relación COLMENA VIDA Y RIESGOS PROFESIONALES no tiene injerencia ni opinión sobre el particular, motivo por el cual resulta pertinente solicitar la desvinculación de esta Aseguradora de la presente acción" [19] (mayúsculas tomadas del texto original).

1.4.3. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena indicó que el 05 de abril de 2011 recibió Resolución de calificación de empleados del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta en la que se calificó de manera insatisfactoria al señor Carlos Mario Silva, lo que implicaba desvincularlo del cargo y retirarlo del escalafón. De allí que dicha Sala haya organizado la lista de elegibles y se la haya enviado al Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta para que nombrara a alguna persona en el cargo vacante. Por último, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura aseveró que "[l]os actos de vinculación y retiro no son del resorte de esta Sala, la facultad nominadora en el presente caso, corresponde exclusivamente al operador judicial, de conformidad con la ley 270 de 1996" [20] .

II. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE 2.1. Pruebas aportadas por la parte demandante 2.1.1. Historia clínica del señor Carlos Mario Silva Govea en la que consta que sufre de epilepsia y que toma el medicamento Carbamazepina para tratar su enfermedad. Esta historia clínica está compuesta por varios informes médicos expedidos desde el año 2004 hasta el año 2011 por COOMEVA y por SALUDCOOP (cuaderno 1, folios 15-41).

2.1.2. Formulario de calificación integral de servicios prestados por empleados sin funciones de sustanciación, en el que reposa la evaluación del servicio realizada al señor Carlos Mario Silva Govea el 03 de febrero de 2011 por el período que transcurrió entre el 01 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2010. Esta evaluación arrojó como puntaje total de la calificación 20 puntos, situación que conllevó a que el señor Silva fuera calificado de manera insatisfactoria. Como motivación de esta calificación, se observó que el señor Silva había tenido un bajo desempeño en sus labores [21] (folios 42-43).

2.1.3. Resolución expedida el 03 de marzo de 2011, mediante la cual se resuelve calificar insatisfactoriamente los servicios prestados por Carlos Mario Silva Govea, se le retira del servicio del cargo de notificador y se le excluye de la carrera judicial. Esta resolución se motivó en la ineficiencia y en el mal rendimiento en el cargo del señor Silva [22] (folios 44-45).

2.1.4. Formulario de calificación integral de servicios prestados por empleados sin funciones de sustanciación por el período comprendido entre el 01 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, en el que se le otorga al señor Silva un puntaje total de 69 puntos en la calificación integral (folios 46-47).

2.1.5. Formulario de calificación integral de servicios prestados por empleados sin funciones de sustanciación por el período comprendido entre el 01 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006, en el que se le otorga al señor Silva un puntaje total de 85 puntos en la calificación integral (folios 48-49).

2.1.6. Formulario de calificación integral de servicios prestados por empleados sin funciones de sustanciación por el período comprendido entre el 01 de enero de 2007 y el 27 de marzo de 2007, en el que se le otorga al señor Silva un puntaje total de 80 puntos en la calificación integral (folios 51-52).

2.1.7. Formulario de calificación integral de servicios prestados por empleados sin funciones de sustanciación por el período comprendido entre el 01 de mayo de 2008 y el 30 de abril de 2009, en el que se le otorga al señor Silva un puntaje total de 80 puntos en la calificación integral (folios 54-56).

2.2. Pruebas solicitadas por la parte demandante El actor solicitó en su demanda la práctica de los testimonios de Ruby Solano y Martha Urbina Guerra, empleadas del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, despacho acá accionado, los cuales fueron en efecto decretados y practicados por el juez de primera instancia.

2.2.1. Acta de declaración jurada de la señora Ruby Solano ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, quien ocupa el cargo de Oficial Mayor en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, despacho demandado (folios 156-157).

En el acta consta que la señora Solano aclaró que en el Juzgado Segundo Civil Municipal "a CARLOS MARIO le dieron dos ataques […], después como a los cinco meses le volvió a dar ataque en el Puente La Araña ahí llevaba unos expedientes y a nosotras nos avisaron, fue cuando la gente decía que estaba enfermo" [23] .

De igual forma, declaró que el accionante "a veces decía en el Juzgado que se sentía enfermo, el (sic) rodaba una silla y se le acercaba a MARTHA y le decía MARTHA no me acoses hoy porque me siento enfermo" [24] (mayúsculas tomadas del texto original). A renglón seguido, se le pregunta a la declarante si alguna persona o el mismo señor Silva le advirtieron a la juez del despacho de lo que el actor padecía, a lo que respondió que "MARTHA URBINA y mi persona le comentábamos a la doctora que el (sic) era enfermo, lo que pasa es que el (sic) no quería demostrar que estaba enfermo […], además quiero manifestar que el (sic) nunca cogió a la doctora MARTHA CAMPO para decirle que siento esto porque quien tenía que decirle era el (sic)" [25] (mayúsculas tomadas del texto original).

Por último, la declarante señaló que "con los anteriores Jueces el (sic) rendía, pero con la doctora MARTHA no, con la doctora MARTHA CAMPO no trabajo (sic) bien, con la doctora MARTHA CARLOS MARIO no rindió y fue un empleado muy deficiente" [26] (mayúsculas tomadas del texto original).

2.2.2. Acta de declaración jurada de la señora Martha Urbina ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, quien ocupa el cargo de Secretaria en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta (folios 171-172) En esta diligencia, la señora Urbina relató que "escuche (sic), a la señora Ruby, y a la señora MARIA (sic) NINFA que CARLOS sufría de Epilepsia que le daban ataques, y que en una ocasión le dio, el mal por acá por el puente de la araña y ellas que fueron auxiliarlo, durante mi permanencia nunca observe (sic), que a CARLOS le diera ataque alguno" [27] (mayúsculas tomadas del texto original).

Ante la pregunta de si alguien enteró a la juez titular del despacho sobre la enfermedad que sufre Carlos Mario Silva, la declarante contestó que "[a]llá se comentaba mucho, entre nosotros, que estaba enfermo, inclusive mi persona muchas veces le dije, CARLOS ve donde el médico y que te de (sic) una incapacidad, para que se nombre una persona acá y tu (sic) puedas descansar si te sientes muy agobiado con el trabajo" [28] (mayúsculas tomadas del texto original).

2.3. Pruebas aportadas por la parte demandada 2.3.1. Informe secretarial del 11 de octubre de 2010, a través del cual la secretaria del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta remite al despacho de la juez de este Juzgado el escrito presentado por Raquel Marina Angulo de Hernández, en el cual solicita la expedición de copias autenticadas de un expediente. En este informe, la Secretaria informa que "solo hasta la fecha tuve conocimiento de la presentación de este derecho de petición, ya que el mismo fue recibido el día 10 de noviembre de 2009, por el NOTIFICADOR, señor CARLOS MARIO SILVA, quien no me lo pasó, ni me puso en conocimiento su existencia" [29] (mayúsculas tomadas del texto original) (folio 103).

2.3.2. Copia de la acción de tutela instaurada por Raquel Marina Angulo de Hernández en contra del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta por violación al derecho de petición, debido a que nunca se le dio respuesta a la solicitud de copia auténtica de un expediente presentada el 10 de noviembre de 2009 (folios 98-101).

2.3.3. Carta del 15 de septiembre de 2009 dirigida al señor Silva en la que la Secretaría del juzgado demandado le presenta una guía de notificaciones "[e]n atención a los diferentes problemas que se han presentado en le trámite de notificación de las acciones de tutela, y con el fin de corregir algunas actuaciones " [30] (folio 104).

2.3.4. Cartas del 19 de abril, del 23 de abril, del 24 de junio, del 27 de agosto, del 6 de septiembre, del 7 de septiembre y del 10 de septiembre de 2010 dirigidas al señor Silva en las que la juez cabeza del despacho accionado lo requiere para que informe por qué realizó mal algunas notificaciones concretas, por qué las realizó de manera tardía o por qué nunca las realizó (folios 105-111).

2.3.5. Diligencia de declaración jurada que rindió Óscar Darío Vives Rovira el 08 de julio de 2011 ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, con el fin de formular una queja contra el exempleado Carlos Mario Silva Govea. El señor Vives Rovira, parte en un proceso que se tramita en el despacho demandado, aseguró en su declaración que Carlos Mario Silva Govea lo aconsejó acerca de lo que debía hacer en el proceso en el que era parte y que le pidió en distintas oportunidades dinero, siendo aún empleado del Juzgado Segundo Civil Municipal [31] (folios 112-114).

2.3.6. Resolución del 19 de julio de 2011, a través de la cual el Juzgado Segundo Civil Municipal abre cuaderno de indagación preliminar en contra del exempelado Carlos Mario Silva, con el objeto de verificar la veracidad de los hechos que describió Óscar Darío Vives Rovira, y compulsa copias a la Fiscalía para su conocimiento y fines pertinentes (folio 115).

2.3.7. Oficio del 15 de junio de 2011, en virtud del cual la juez del despacho demandado requiere al actor para que presente el Acta de Informe de Gestión establecido en el Acuerdo PSAA10-7024 del 21 de julio de 2010, deber de todo servidor judicial que va a dejar su puesto (folio 116).

2.3.8. Informe del estado del puesto de Citador Grado III del 06 de abril de 2011, elaborado por José Alfredo Quevedo Cantillo, empleado nombrado en provisionalidad en el cargo que ocupaba el acá petente y quien registró que "recibo […] aproximadamente quinientos (500) procesos para hacer listas para archivo y como cincuenta (50) pacas de procesos que no habían sido bajados al archivo […]. Del mismo modo recibo aproximadamente como unos trescientos (300) memoriales para ser anexados a los procesos con recibidos desde el año dos mil nueve (2009)" [32] (folio 129).

2.4. Prueba aportada por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta 2.4.1. Oficio del 21 de julio de 2011 suscrito por la Coordinadora del Área de Gestión y Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, en el que se evidencia que no se encontró en la hoja de vida laboral del accionante ningún documento que certifique su estado de salud al momento de ser admitido en la carrera judicial (folio 76).

2.5. Prueba aportada por la ARP Colmena 2.5.1. Certificado de la ARP Colmena en el que se refiere que "[d]espués de revisar y consultar en nuestro Sistema de Información, no se encontró reporte de Enfermedad o de accidente de trabajo del señor CARLOS MARIO SILVA GOVEA" [33] (mayúsculas tomadas del texto original) (folio 135).

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN 3.1. Mediante sentencia del primero (01) de agosto de dos mil once (2011), el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, actuando como autoridad judicial de primera instancia, resolvió negar la protección de los derechos fundamentales del demandante con sustento en que no se demostró que la epilepsia que padece haya sido la causa de la calificación insatisfactoria que le otorgó la Juez Segunda Civil Municipal.

El a quo , a partir de las pruebas, evidenció en el señor Silva Govea "un comportamiento no conforme con los deberes inculcados para el desempeño laboral, [y] respecto a la relación de este comportamiento con la enfermedad, se percibe más la ineptitud laboral que, el detrimento laboral como secuela de la enfermedad" [34] . Agregó que lo que se le

reprochó al petente en el acto de calificación de sus servicios no fue su enfermedad sino la mora “por periodos superior (sic) a seis meses en envíos de oficios, que solo bastaba si se le dificultaba hacerlo personalmente, hacer uso del fax, o hacer uso del correo postal. La importancia de su omisión desencadena en la titular del Juzgado responsabilidades disciplinarias […], lo que implica en cabeza del Juez, en su función administrativa, buscar la eficiente (sic), la honestidad, y pronta actividad en el personal que conforma su grupo de trabajo. Responsabilidad que la misma ley le otorga a través de la calificación, pues no es ecuánime, que la ineptitud de un empleado recargue la de sus otros compañeros y la de él (sic) mismo funcionario” [35] .

Observó, igualmente, que “[n]o se encuentra que laboralmente haya sido incapacitado por el padecimiento de la enfermedad de la EPILEPSIA, es decir, que su enfermedad le hiciera tardo en su consecutivo laboral en la Rama Judicial” [36] (mayúsculas tomadas del texto original).

3.2. La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, debido a que estimó que como consecuencia de su epilepsia “no es fácil acceder al mercado laboral, amen de los 28 años de servicio que tiene prestado a la Rama judicial” [37] y precisó que, dada la separación del cargo, “queda en grave peligro su salud, su vida en condiciones dignas, etc.” [38] .

Más adelante, la parte actora manifestó que “[e]s posible […] que haya actuado de manera negligente durante el periodo de la calificación, pero eso, no ameritaba a (sic) que fuera calificado de tal manera drástica. Existen correctivos a la mano de un Jefe de Personal para obligar a que cumpla con sus obligaciones, y una vez insistido en ello, no ha sido posible, entonces sí es viable afirmar que se hace necesario prescindir de ese funcionario” [39] .

3.3. La Sala Quinta de Decisión Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, a través de sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil once (2011), confirmó el fallo de primera instancia que negó el amparo constitucional.

El ad quem encontró que “es evidente que la calificación que la encausada le realizó al actor fue por el incumplimiento de sus deberes en el cargo de citador, teniendo en cuenta que en varias ocasiones no desarrolló las responsabilidades emanadas de su obligación” [40] .

Sumado a lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta halló que en este expediente “se echa de menos alguna calificación de la junta regional de invalidez que indique su pérdida parcial o total para desarrollar sus labores, lo que deja claro que no existe alguna discriminación. Igualmente, la accionada no tendría por qué solicitar el permiso para despedirlo al Ministerio de la Protección Social, toda vez que su retiro fue con ocasión del mal desempeño del libelista en su trabajo, amén que no reposan incapacidades en la carpeta de la hoja de vida de aquel, tal como lo informó el Director Seccional de Administración Judicial” [41] .

Por último, el juez de segunda instancia advirtió sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela y señaló el incumplimiento de este elemento en el caso concreto, pues “ante la jurisdicción contencioso administrativa se ventila la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo manifestó el accionante en el escrito genitor, donde incluso pudo pedir en su momento la suspensión provisional de la resolución que le fue desfavorable” [42] .

IV. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección de Tutelas Número Once, mediante auto del quince (15) de noviembre de dos mil once (2011), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

4.1. Competencia Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

4.2. Consideraciones 4.2.1. Problema jurídico y esquema de resolución 4.2.1.1. El problema jurídico que afronta la Sala en esta oportunidad consiste en determinar si al accionante, empleado de carrera judicial en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta y quien sufre de epilepsia, se le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud como consecuencia de su retiro del servicio, tras una calificación no satisfactoria dentro del régimen de evaluación de la carrera judicial, gobernado por el artículo 171 de la Ley 270 de 1996, 4.2.1.2.

Con el propósito de absolver este problema jurídico, (i) la Sala reiterará, en primera instancia, su jurisprudencia atinente a la procedibilidad de la acción de tutela cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y comparará la eficacia del amparo constitucional con la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos. Posteriormente, (ii) la Sala insistirá en su jurisprudencia acerca de los sujetos de especial protección constitucional y su régimen para el reconocimiento del perjuicio irremediable. En lo sucesivo, (iii) examinará los criterios que permiten catalogar a una persona como discapacitada y el deber de esa persona de informar al empleador sobre su discapacidad; para después (iv) hacer un recuento de la jurisprudencia de la Corte acerca de la estabilidad laboral, en general, y de la estabilidad laboral reforzada de este grupo poblacional en especial. En quinto lugar, (v) la Sala definirá, en relación con los empleados de carrera judicial, la aplicabilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que proscribe el despido o la terminación del contrato de personas discapacitadas, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo. Luego, (vi) se encargará la Sala de realizar una exposición sobre la finalidad perseguida con la carrera judicial y sobre los principios que dicha carrera salvaguarda, (vii) con el objetivo de armonizar el sistema de carrera con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados que hacen parte de ella .

Finalmente, (viii) la Sala expondrá su línea jurisprudencial acerca del derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud y (ix) utilizará todos estos elementos como premisas normativas para resolver el caso concreto.

i) Procedibilidad de la acción de tutela en los eventos en que ésta se instaura para precaver la consumación de un perjuicio irremediable y eficacia de la suspensión provisional de los actos administrativos para impedir un perjuicio de tal naturaleza 1.1.

Tratándose de la protección de derechos fundamentales, la Constitución de 1991 dio vida al mecanismo judicial de la acción de tutela. Sin embargo, la tutela no procede automáticamente cuando alguna autoridad pública o algún particular [43] vulnere o amenace un derecho fundamental, sino que también habrá que verificar el cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad consignados en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

1.2. Desde esta perspectiva, el tercer inciso del artículo 86 superior dispone que la acción de tutela “ solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” . En armonía con este precepto, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la tutela no procederá “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” .

Apoyada en estas normas, la Corte Constitucional ha definido que la acción de tutela “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a)

ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable -condiciones que se analizan bajo las circunstancias particulares del caso concreto- la acción de tutela es procedente" [44] .

Así pues, la Corte acuñó el nombre de subsidiariedad a esta característica de la acción de tutela. 1.3. Como ya se advirtió, cuando se busca evitar un perjuicio irremediable la Constitución admite romper con el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y permite que ésta sea utilizada como mecanismo transitorio de protección. Pues bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido el alcance de la noción de perjuicio irremediable [45] .

Así, en la sentencia T-225 de 1993, la Corte expuso: "Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales" [46] .

1.4. Por otro lado, en diversas oportunidades esta Corporación ha declarado, pese a que los actores aducen un perjuicio irremediable que es imperioso impedir, la improcedencia de tutelas, en razón a que existe otro mecanismo judicial de defensa, en esos casos las acciones respectivas ante la jurisdicción contencioso administrativa, en donde es posible solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos (art. 238 de la Constitución y art.

152 del Código Contencioso Administrativo), petición que, según estos pronunciamientos, es de pronta resolución y, por ende, no menos eficaz que la tutela [47] .

En este sentido, la Corte en sentencia SU-544 de 2001 expuso: "La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto".

No es menos cierto que los jueces constitucionales deben evaluar con mucho detenimiento si la eventual solicitud de suspensión provisional que se presente ante el contencioso administrativo logra efectivamente proteger los derechos fundamentales del actor [48] , ello porque no basta con constatar que el mecanismo judicial principal admite la suspensión provisional del acto administrativo para desechar la procedencia de la acción de tutela [49] .

Esto se explica en que la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional está sujeta a que sea evidente, ostensible, manifiesta y palmaria la trasgresión de normas superiores por parte del acto administrativo. Puede ocurrir que, aunque la trasgresión no sea notoria, se estén violando derechos fundamentales y, para encontrar esa vulneración, se deba hacer un estudio profundo y no ligero como el que se realiza en la suspensión provisional [50] . De tal suerte que en un evento similar, la suspensión provisional no triunfaría y, en consecuencia, la acción de tutela debe proceder como mecanismo transitorio para precaver un perjuicio de naturaleza irremediable. Pensar lo contrario implica igualar la suspensión provisional y la acción de tutela, y, al mismo tiempo, cercenar sin ninguna justificación el derecho a presentar acciones de tutela por personas cuyos derechos fundamentales se desconocen con un acto administrativo.

ii) El perjuicio irremediable y los sujetos de especial protección constitucional En este numeral, la Sala deberá estudiar si la discapacidad supone per se un perjuicio irremediable que deba ser impedido a través de la acción de tutela o si, por el contrario, el juez constitucional debe, de todos modos, valorar si el perjuicio es o no irremediable.

2.1. Los Estados sociales de derecho reconocen que los individuos se encuentran en una desigualdad en los puntos de partida que se debe corregir. Siguiendo esta concepción, la Constitución de 1991 consagró la igualdad formal o igualdad ante la ley en su artículo 13, primer inciso, y la igualad material, en el inciso segundo y tercero del mismo artículo,

disposiciones estas últimas que sirvieron para que la Corte iniciara una doctrina constitucional sobre los sujetos de especial protección constitucional [51] .

2.2. En efecto, cuando la acción de tutela es interpuesta por una persona con protección constitucional especial que ruega que la acción constitucional sea un mecanismo para evadir un perjuicio irremediable, es mucho más simple para el juez constitucional detectar la irremediabilidad del perjuicio, debido a que " algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un 'tratamiento diferencial positivo'" [52] .

Desde luego que la pertenencia a un grupo de trato preferencial no hace que su daño constituya necesariamente un perjuicio irremediable ni exime al juez constitucio nal del estudio relativo a la definición de si el perjuicio es o no irremediable. En la sentencia T-1316 de 2001 se precisó que, " tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto.

Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos" .

2.3. En síntesis, la calidad de sujeto de especial protección constitucional hace que los perjuicios que se aproximen en el tiempo sean mucho más susceptibles de ser calificados como irremediables en comparación con los daños que puede sufrir el resto de la población, pero ello no obsta para que el juez omita su deber de evaluar si el perjuicio es o no es de naturaleza irremediable.

iii. El concepto de discapacidad y el conocimiento que el empleador debe tener de esta condición La Sala tendrá que precisar el alcance del concepto de discapacidad -en los términos utilizados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia- o de limitación -en los términos empleados por la Ley 361 de 1997-, con el fin de acotar el universo de sujetos activos del derecho a la estabilidad laboral reforzada [53] .

3.1. La primera pista para solucionar este problema la proporciona el artículo 13, inciso tercero, de la Constitución que dispone que " [e]l 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" .

De modo que el término discapacidad atañe a personas con alguna condición física o mental y que dicha condición, además, las ubique en un estado de debilidad manifiesta.

3.2. En segundo lugar, las normas atinentes a la pensión de invalidez acuerdan que inválido es aquella persona que ha sido calificada con una pérdida igual o superior al 50% de su capacidad laboral [54] .

Si esa persona cumple con los demás requisitos impuestos por las normas pertinentes, tiene derecho a obtener una pensión de invalidez. Frente a este esclarecimiento legal de inválido, la Sala deberá delinear la diferencia, si es que hay alguna, entre inválido y discapacitado.

De conformidad con la línea trazada por la Corte en la sentencia T-198 de 2006, recogida por la sentencia T-906 de 2011, " 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 inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa” .

De allí se desprende que si una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral, es inválida y pertenece al grupo más amplio de discapacitados; y si pierde menos del 50%, es discapacitada.

Sin embargo, este concepto de discapacidad obliga a que la persona haya sido calificada , exigencia que la jurisprudencia constitucional no ha impuesto a las personas que aspiran ser cubiertas por la estabilidad laboral reforzada [55] . Esto implica, entonces, que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho exclusivo de los discapacitados calificados sino también de los no calificados, pues la discapacidad es una condición comprobable empíricamente en la realidad que no puede sujetarse a una formalidad como el dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, en estricto apego al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 de la C.N.).

3.3. Por otra parte, el Convenio 159, aprobado en la sexagésima novena reunión de la Organización Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en junio de 1983 y aprobado por la Ley 82 de 1988, entiende por persona inválida “toda persona 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” .

La definición de inválido dispuesta en el Convenio se corresponde más con el concepto de discapacitado que acá se está construyendo y resulta útil para aclarar el significado de este último concepto. Esta discordancia es patente en la medida en que las normas de derecho interno referidas en el acápite 3.2 de esta providencia reservan la designación de inválido para las personas cuya pérdida de capacidad laboral es tan pronunciada (50%) que se presume que tendrán profundas dificultades para trabajar y que, por consiguiente, su eficiencia en el trabajo se reducirá desproporcionadamente, a tal punto que se hacen acreedoras de la pensión de invalidez. Por el contrario, la noción de inválido contenida en el Convenio 159 no riñe con la posibilidad de trabajar, por cuanto el objetivo del instrumento internacional es “la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas” .

3.4. El literal e) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y aprobado por la Ley 1346 de 2009, prescribió que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” .

3.5. Con arreglo a las anteriores glosas, la Sala acoge la noción de discapacidad formulada en la sentencia T-198 de 2006: “ 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 [el] 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 [de] discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral” . En otras palabras, la discapacidad supone el padecimiento de una deficiencia física o mental que limita las normales facultades de un individuo.

Sin embargo, para que opere la protección derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada, no basta con ser discapacitado en los anteriores términos, sino que también “esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” [56] (resaltados añadidos por la Sala), de manera que la diferencia entre una discapacidad y una enfermedad que no confiere estabilidad laboral reforzada es una cuestión de grado.

Agrega la Sala que discapacitado es además la persona que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, sin que sea necesario que su disminución física, sensorial o síquica esté calificada por la Junta de Calificación de Invalidez,

aunque sí diagnosticada médicamente para poder ser probada al empleador o al juez, salvo que la condición que hace a la persona discapacitada se le presente de manifiesto al empleador –primacía de la realidad sobre las formas- o al juez constitucional [57] , como sucede, por ejemplo, con las personas que les falta una extremidad visible para toda la sociedad.

Es medular, se insiste, que la categoría de discapacitado esté acompañada de una circunstancia de debilidad manifiesta para que así tenga alguna finalidad la estabilidad laboral reforzada, toda vez que esta protección se expresa como un remedio frente a la dificultad de estos individuos de acceder al mercado laboral y frente al riesgo considerable que pende de que sean sujetos de discriminación en los procesos de selección de personal [58] o que, dado el caso de que puedan acceder a un trabajo porque su discapacidad no es notoria, sean después despedidos o retirados del servicio cuando el empleador descubra su discapacidad [59] . Así las cosas, "la debilidad del trabajador es manifiesta, como ocurre cuando la enfermedad que padece el trabajador es en sí misma fuente de discriminación, como ocurre en los casos de las personas con VIH/SIDA" [60] .

En definitiva, " cuando un trabajador que razonablemente pueda catalogarse como persona (i) con discapacidad, (ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante , y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ' impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares', y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la 'estabilidad laboral reforzada'" [61] (resaltados tomados del texto original).

3.6. En esta misma línea argumentativa, es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad.

Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional [62] si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad.

De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

iv) La estabilidad laboral en general y la estabilidad laboral reforzada de las personas discapacitadas 4.1. E l artículo 53 de la Constitución ordenó al Congreso expedir un estatuto del trabajo que tuviese en cuenta el principio fundamental de la estabilidad en el empleo, entre otros principios. A pesar de este claro mandato constitucional, el Congreso no ha proferido un nuevo código que regule las relaciones laborales, de tal suerte que, ante esta omisión legislativa, el estatuto vigente es el Código Sustantivo del Trabajo preconstitucional adoptado por la Ley 141 de 1961.

De todos modos, esto no significa que el actual Código Sustantivo del Trabajo, debido a ser un texto expedido con anterioridad a la promulgación de la Carta de 1991, viole los principios recogidos en el artículo 53 de la misma o que los trabajadores no cuenten con los derechos y garantías consagrados en dicho artículo, puesto que estos principios han sido posteriormente desarrollados por las ramas legislativa, ejecutiva y judicial [63] .

4.2. Así pues, el principio general de la estabilidad laboral se concreta en disposiciones de la Constitución, junto con algunas normas de inferior jerarquía, como el Código Sustantivo del Trabajo y otras normas presentes en el ordenamiento jurídico, que otorgan a los trabajadores cierto tipo de confianza en la permanencia y continuidad de su vínculo laboral. Estas normas, por consiguiente, "determinan la solución constitucionalmente adecuada a la tensión que

se presenta entre la libertad de empresa y la autonomía privada –fundamento legítimo del actuar del empresario-, y la efectividad del derecho fundamental al trabajo (artículo 25 CP) en condiciones dignas y justas, así como en la construcción de un orden social justo" [64] .

4.3. En tal orden de ideas, esta Corte ha reconocido la estabilidad laboral como un derecho constitucional, cuya "correcta interpretación no implica que el trabajador tenga un derecho subjetivo a permanecer indefinidamente en un determinado puesto de trabajo. Una inmutabilidad absoluta de las relaciones laborales, aparte de ser fácticamente imposible, limitaría el derecho a la igualdad, en el sentido de truncar la expectativa de otras personas de acceder a un puesto de trabajo, e impondría una carga desproporcionada al empleador en la gestión de sus negocios" [65] .

4.4. La mencionada estabilidad ha sido caracterizada por esta Corporación dependiendo de su grado de protección y de las personas que gozan de ella. Por una parte, cuando de empleados particulares se trata, la jurisprudencia ha identificado personas con estabilidad laboral relativa [66] . Tratándose de servidores públicos, por otra parte, la jurisprudencia ha confirmado que los empleados que ocupan cargos de carrera gozan de una mayor estabilidad que aquellos que se desempeñan en cargos de libre nombramiento y remoción [67] , cuya estabilidad, ha dicho la Corte, es precaria. Esta Corporación también ha diferenciado el tratamiento que en materia de estabilidad laboral deben recibir los servidores nombrados en provisionalidad [68] .

Finalmente, la Corte Constitucional ha cobijado con el manto de la estabilidad laboral reforzada [69] tanto a trabajadores particulares como a servidores públicos cuando son sujetos de especial protección constitucional, sin mencionar que los trabajadores aforados igualmente gozan de estabilidad laboral reforzada.

4.5. De esta manera, "cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto para quien el constituyente consagró un deber especial de protección; ó (sic), cuando se trata de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta" [70] , la estabilidad laboral adquiere el carácter de reforzada.

Desde esta óptica, la jurisprudencia y la legislación incluyeron como merecedores de estabilidad laboral reforzada a quienes, por su estado de salud física o mental, están en un estado de debilidad manifiesta, en desarrollo de los artículos 13, 47, 53 y 54 de la Constitución Política y con el fin de facilitar su integración social, su productividad económica y su desarrollo personal [71] , propósitos propios de una democracia constitucional que simpatiza con una sociedad más incluyente, en la cual todas las personas se pueden desarrollar con independencia de sus gustos, deseos, planes de vida, ideologías, creencias y condiciones físicas o mentales, así estos factores no coincidan con los de las mayorías [72] .

Resulta claro que en una democracia constitucional el principio mayoritario no lo resuelve todo. Así, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 impide que una persona discapacitada sea despedida o su contrato terminado, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo que verifique que el despido o la terminación del contrato no responde a la limitación [73] . Dado el escenario de que se lleve a cabo el despido sin la autorización de rigor, el empleador debe cancelarle al trabajador una indemnización equivalente a 180 días de salario. Sin embargo, la Corte, al revisar la constitucionalidad de esta norma en la sentencia C-531 de 2000, decidió integrarla con los principios constitucionales de "respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54)" , y, en efecto, declaró su exequibilidad bajo el supuesto de que "carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato" .

Es claro, sin embargo, que el artículo 137 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prevé que "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" , aunque sí exige la

aludida autorización en los demás casos en que no se configure una justa causa de despido. Es de advertir que este Decreto empezó a regir el 10 de enero de 2012, fecha en la cual fue publicado [74] , y que en ninguna norma del mismo se dispone que éste tendría efectos retroactivos.

v. Aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a los servidores públicos pertenecientes a la carrera judicial 5.1. Sea lo primero revelar que la Ley 361 de 1997 no modificó, derogó, subrogó o adicionó el Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual no cobra ninguna utilidad el artículo 3° del mismo estatuto que prescribe su ámbito de aplicación personal [75] para efectos de solucionar el problema que acá se propone.

5.2. De otro lado, la finalidad declarada de la Ley 361 de 1997 es la integración social de las personas con limitación, de lo cual se infiere que a los servidores públicos de la carrera judicial también les corresponde integrarse en el mundo social. Bien, todas las referencias hechas en la Ley 361 tienen que ver con las personas con limitaciones de manera general, sin excluir de ese universo a aquellas que son servidoras públicas.

No es entonces plausible que el intérprete exceptúe de los derechos aportados por la Ley que se comenta a las personas de la carrera judicial, puesto que ello contravendría el principio de igualdad (art. 13 de la C.N.) y el artículo 53 constitucional que ordena que se prefiera la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho [76] .

Más aun, el artículo 2° de la Ley 361 establece que "[e]l Estado garantizará y velará por que (sic) en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales" , de tal suerte que una interpretación que excluya a los empleados judiciales de los efectos de la norma constituye una discriminación infundada de aquellas que la misma Ley reprocha en su artículo 2°, interpretación que, por lo demás, se antoja incoherente con los principios generales que informan la Ley 361 [77] .

5.3. Asimismo, es preciso mostrar que los servidores públicos que padecen algún tipo de discapacidad, al igual que lo que sucede con las demás personas nombradas en cargos de carrera, sólo pueden ser retirados del servicio con sustento en alguna de las causales recopiladas en el artículo 125 de la Constitución. Sin embargo, y debido a su especial protección constitucional, su retiro, a diferencia de lo que ocurre con el resto de servidores no discapacitados, debe contar con la anuencia de la Oficina de Trabajo, en los casos en que está se requiera habida cuenta de la modificación introducida por el Decreto 019 de 2012. De no ser esto así, se tornaría anodina la especial protección constitucional que los ampara (arts. 13 y 54 de la Carta), pues en la práctica gozarían de la misma estabilidad que el resto de empleados de carrera no discapacitados que sólo pueden ser retirados por una de las causales del artículo 125 superior sin requerirse autorización alguna de la Oficina de Trabajo.

5.4. Adicionalmente, en la sentencia T-687 de 2009, que examinaba el caso de una funcionaria pública discapacitada que había sido retirada del servicio, se asumió que " todos los empleadores deben cumplir el procedimiento estipulado en la ley 361 de 1997 para despedir a un trabajador discapacitado, y en consecuencia, debe mediar autorización de la oficina de trabajo, pues de lo contrario el despido será ineficaz, incluso si el trabajador recibió la indemnización que menciona el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997. En efecto, la Sala de Revisión considera que la protección legal acordada a las personas discapacitadas debe ser entendida a la luz del principio de igualdad, lo cual conduce a afirmar que no es constitucionalmente admisible establecer diferencias entre trabajadores vinculados por contrato laboral y funcionarios públicos. Unos y otros se encuentran protegidos por la Carta Política, y en consecuencia, no pueden ser terminados sus contratos laborales o sus respectivas relaciones legales y reglamentarias por el simple hecho de padecer una enfermedad que afecte su capacidad laboral. En efecto, la debida prestación del servicio público debe armonizarse con el derecho al trabajo de las personas discapacitadas, y en consecuencia, padecer una enfermedad, sea de origen

común o profesional, no basta para desvincular a un servidor público […], sobretodo, sin que medie la previa autorización del respectivo Inspector del Trabajo" (resaltados tomados del texto original) [78] .

Ello sin mencionar que el artículo 27, literal a, de la Ley 1346 de 2009 [79] prohíbe " la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo " (resaltados añadidos por la Sala).

5.5. No olvida la Sala, empero, que la Corte no ha extendido la aplicación de la Ley 361 de 1997 a los policías disminuidos sicofísicamente, quienes, según este razonamiento presentado, deberían también estar validos por las garantías del artículo 26 de la Ley 361.

Este posible contrargumento que demostraría una incoherencia en la jurisprudencia de este Tribunal es apenas aparente en la proporción en que el artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, estudiado en la sentencia C-381 de 2005 con ocasión de una demanda que resaltaba su fragilidad en la protección de las personas discapacitadas, protege el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los policías con alguna disminución sicofísica, puesto que su retiro sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no es favorable y las capacidades del policía no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción .

A pesar de existir otra norma vigente que, en principio, ampararía la situación de los policías disminuidos sicofísicos -la Ley 361 de 1997-, les es más favorable el Decreto 1791 de 2000 porque ordena que los policías sean reubicados en una labor que puedan desempeñar. Por lo tanto, esta última norma es la que debe aplicarse en virtud del principio de favorabilidad o principio protector del derecho laboral (art. 53 de la C.N.) [80] .

Asimismo, el Decreto 1791 es una norma especial para los policías y no general [81] , además posterior a la Ley 361, hecho que hace inferir su prevalencia, de acuerdo con los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887.

Contrario sensu , en el caso de los empleados y funcionarios de la rama judicial, no existe ninguna otra protección a la estabilidad laboral reforzada, diferente a la contenida en la Ley 361 de 1997, por ende esta es la norma que debe ser aplicada.

5.6. En suma, la obligación de solicitar autorización a la Oficina de Trabajo para que se constate que el despido de un empleado no se debe a sus limitaciones es perfectamente compatible tratándose de personas incluidas en la carrera judicial.

vi. Finalidad del sistema de carrera judicial 6.1. La regla general puntualizada por la Constitución es que los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera (art. 125 de la C.N.).

Ahora bien, la carrera judicial [82] es uno de esos sistemas de carrera que la Corte, apoyada en el artículo 130 de la Constitución, le ha concedido el carácter de especial [83] .

6.2. Así, la carrera judicial se encuentra consagrada en los artículos 156 a 175 de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia [84] , donde se instituye que el mérito es la única consideración para ingresar y permanecer en el servicio de administración de justicia [85] .

En concordancia con el artículo 125 superior [86] , la carrera judicial, al igual que la carrera administrativa, se edifica sobre los criterios del mérito, de la idoneidad y de las capacidades para ingresar, permanecer y ascender en los cargos de carrera [87] .

Desde esta óptica, la Corte ha reconocido que el mérito garantiza la debida eficacia [88] y eficiencia [89] , principios que inspiran e irradian la función pública [90] .

6.3. Si a esto se agrega que la administración de justicia es un servicio público esencial, de conformidad con el artículo 125 de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y que en los servicios públicos esenciales el Constituyente prohibió el derecho de huelga, al tenor del artículo 56 constitucional, es apenas natural concluir que en la rama judicial la eficiencia y la eficacia cobran un valor cualificado .

Ante los jueces se discuten y reclaman derechos de suma trascendencia para la población, además que la función jurisdiccional contribuye a la pacificación social y es símbolo de un nivel alto de civilización, toda vez que las personas acuden al Estado para que solucione sus conflictos cuando las partes en disputa no logran llegar a un acuerdo de forma directa; en congruencia, esto evita que la población resuelva por sí misma sus problemas, lo cual suele originar violencia [91] . A raíz de ello, el Constituyente y el Legislador negaron el derecho a la huelga de las personas que trabajan en la rama judicial, con el fin de que su actividad no se detenga ni se menoscabe, razón por la cual la eficacia y la eficiencia del servicio público de administración de justicia se protegen de esta manera.

vii. Armonización entre el sistema de carrera y el derecho a la estabilidad laboral reforzada. El caso paradigmático de las personas que son retiradas del servicio como consecuencia de un bajo rendimiento que incita una calificación no satisfactoria La Sala admite que la importancia del mérito en los cargos de carrera, como materialización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, podría conllevar a un desconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna limitación física, sensorial o síquica, razón por la cual juzga oportuno ponderar y armonizar los principios de eficacia y eficiencia con el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

7.1. Como ya se advirtió más arriba (ver supra 4.4) , los cargos de carrera conceden estabilidad laboral a quienes los desempeñan, sean o no discapacitados, ya que el artículo 125 de la Constitución anuncia que los empleados que ocupan cargos de carrera sólo pueden ser retirados del servicio “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley” . Esto indica que si el mérito es el único criterio valorado para efectos de ingresar a la carrera judicial y él garantiza la eficiencia y la eficacia de la administración de justicia, la estabilidad laboral de los empleados que ingresan hace presumir que estos dos principios continuarán vigentes. A propósito, esta Corporación destacó que “los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere” [92] (resaltados tomados del texto original).

7.2. No obstante lo anterior, es posible que una consecuencia de la discapacidad sea un bajo rendimiento en el empleo, lo cual provocaría una calificación no satisfactoria y el consiguiente retiro del servicio aprobado por la Oficina de Trabajo [93] . En tal caso, el retiro del servicio no sería causado directamente por la discapacidad sino indirectamente, hecho que no puede ser censurado desde un punto de vista constitucional, en consideración a que la administración de justicia reclama con especial vigor la eficiencia, la eficacia, la idoneidad y la celeridad, dada su calidad de servicio público esencial, situación que no puede alcanzarse sin una planta de personal que garantice resultados óptimos. En todo caso, esto no es óbice para que la Oficina de Trabajo sea menos rigurosa en el examen del bajo rendimiento del discapacitado -cuando ya haya concluido que este desempeño no satisfactorio es un efecto de la discapacidad y no de otra causa-, obligación que también se extiende a la persona que realiza la evaluación del servidor que está dentro de la carrera judicial, ya que ese es un efecto normal y natural de sufrir una disminución física, sensorial o síquica [94] .

Situación diferente es que la disminución del rendimiento sea de tal magnitud que se amenace seriamente la eficiencia y eficacia y se le cause un perjuicio desproporcionado al servicio público, amenaza y perjuicio que deberán ser medidos con mayor severidad si el servicio público es esencial [95] .

Esta regla se encuentra soportada en la aplicación analógica del artículo 27 de la Ley 361 de 1997 que regula el ingreso de personas discapacitadas al servicio público:

“ [e]n los concursos que se organicen para el ingreso al servicio público, serán admitidas en igualdad de condiciones la (sic) personas con limitación, y si se llegare a presentar un empate, se preferirá entre los elegibles a la persona con limitación, siempre y cuando el tipo o clase de limitación no resulten extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación” . De allí se sigue que si una persona con discapacidad pudo ingresar al servicio público por cuanto no se constató que su limitación resultase en extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, su retiro del mismo no podrá configurarse aduciendo esa misma discapacidad, puesto que ello se revelaría contradictorio. Distinto es que la discapacidad haya agravado de tal manera el rendimiento del servidor público durante la ejecución de la relación de trabajo que en un momento dado la limitación sí se perciba en extremo incompatible e insuperable con el servicio público [96] .

7.3. De esta manera pues, se armonizan el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados y los principios de eficacia y eficiencia que permean la función pública sin anularse entre ellos [97] , comoquiera que “la modernización del Estado en busca de la prevalencia del interés general, no significa el desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, particularmente los que les atañen en su calidad de trabajadores y, en el caso que nos ocupa la de trabajadores al servicio del Estado” [98] .

Con lo anterior se quiere significar que si una persona discapacitada recibe una calificación no satisfactoria en el desempeño de su empleo, viola el régimen disciplinario o incurre en alguna de las demás causales previstas en la Constitución o la ley [99] , puede ser retirado del servicio con la aquiescencia de la Oficina de Trabajo [100] .

7.4. Entendidas así las cosas, la Sala recurre al principio de interpretación de la concordancia práctica o de la armonización concreta [101] , según el cual, frente a la colisión de contenidos constitucionales, éstos deben ser compatibilizados, en lugar de darle prevalencia a uno de dichos contenidos, prevalencia de la cual se sigue que una disposición constitucional anula por completo a la otra o, en otras palabras, la prevalencia genera lo que, en teoría de juegos, se conoce como un juego de suma cero, es decir que la ganancia que beneficia a un individuo (o a un contenido constitucional) se refleja como una pérdida para el otro individuo (o para el otro contenido constitucional); contrario a lo que sucede en la situaciones gana-gana, en las cuales ambos contenidos constitucionales son aplicados. De tal suerte, la Sala admite que la función pública se desarrolle de manera eficiente y que el mérito de los empleados predomine en ella, sin desconocer por ello el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados.

viii. Derecho a la continuidad en la prestación del servicio público de salud 8.1. El servicio público es uno de esos ejes fundamentales sobre el cual se ha elaborado la doctrina del derecho administrativo, eje que se centraliza en la satisfacción de necesidades sociales y colectivas. Así, los más grandes doctrinantes del servicio público, como Gaston Jèze y Gaspar Ariño, han enseñado que esta actividad debe ser continua e ininterrumpida. De allí que la Corte haya resaltado que “[e]l servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones” [102] .

8.2. Pues bien, esta noción clásica de servicio público ha sido retomada por el legislador colombiano. Por ejemplo, el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo considera como servicio público “ toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua , de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas” (negrillas añadidas por la Sala). Por su parte, el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 concibe que los servicios públicos son aquellos “destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua , bajo la dirección, regulación y control del Estado, así

como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines" (negrillas añadidas por la Sala).

8.3. En concordancia con los artículos 2° y 4° de la Ley 100 de 1993, la salud es un servicio público, expresión que, desde luego, incluye el principio de continuidad.

Además, el servicio público de salud debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad por mandato directo de los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución. En esta línea, la Corte concluyó que "[d] entro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción" [103] .

8.4. Por su parte, en la sentencia T-557 de 2010 se reseñó el principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud " como la imposibilidad de que las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud, lo interrumpan de manera súbita, intempestiva o abrupta, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible, siempre y cuando se vean afectadas garantías individuales como la vida digna, salud o integridad personal" .

Lo anterior demuestra que cuando se suspende la prestación de un servicio de salud que se venía proveyendo, se pone al paciente en una situación que compromete gravemente sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

8.5. Como resultado de esto, las entidades que se vienen haciendo cargo de un tratamiento en especial no deben suspender dicho tratamiento como consecuencia de que la persona se desafilie del sistema de salud por alguna causa ajena a su voluntad [104] .

En la sentencia T-170 de 2002 se indicó que no es admisible suspender la prestación del servicio de salud "(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario;

(iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando" .

8.6. De cualquier manera, el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud no es absoluto, como todos los principios, y admite, por ende, limitaciones reconocidas en la sentencia T-406 de 1993 y reiteradas en la sentencia T-170 de 2002. Estas restricciones aluden al criterio de necesidad para determinar cuándo es inadmisible la suspensión del servicio de salud.

" Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio" [105] .

ix. Caso concreto Corresponde ahora a la Sala examinar el caso concreto para determinar si el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta vulneró o no los derechos a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso y a la salud del accionante, como consecuencia de su retiro del servicio.

Antes de proceder a este estudio, recuerda la Sala que el caso que la convoca en esta oportunidad es el de un empleado de carrera judicial que fue retirado del servicio, comoquiera que obtuvo una calificación no satisfactoria en el desempeño

de su cargo, consecuencia que está prevista en los artículos 171 y 173 de la Ley 270 de 1996 y avalada su constitucionalidad en la sentencia C- 037 de 1996 .

Sin embargo, el retiro del servicio se llevó a cabo a pesar de que el accionante padece de epilepsia desde su infancia, según se observa en la historia clínica aportada al proceso.

9.1. Sea lo primero analizar la procedibilidad de la acción de tutela impetrada por el señor Carlos Mario Silva Govea como mecanismo transitorio para enervar la configuración de un perjuicio irremediable. Al respecto, observa la Sala que la Resolución del 03 de marzo de 2011 es un acto administrativo susceptible de ser demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, acción que, en efecto, ya se promovió y se encuentra en trámite, de acuerdo con lo expresado por el petente en su demanda de tutela.

Por ende, la acción constitucional sólo será procedente si se comprueba la existencia de un perjuicio irremediable. En razón a que el accionante sufre de epilepsia y goza de protección constitucional especial, su perjuicio irremediable es mucho más evidente (ver supra 2.2 de las consideraciones) . De hecho, el perjuicio que la tutela evita radica en que la salud del señor Silva no se vea amenazada, toda vez que su continuación en el empleo garantiza que la atención médica que le presta la EPS a la cual cotiza no se suspenda.

Precisamente esta atención médica es fundamental, como sea que la enfermad del actor lo pone en una situación muy proclive a requerir con frecuencia asistencia médica. Igualmente, en su historia clínica se percibe que debe tomar diariamente el medicamento Carbamazepina, así que, de ser retirado del servicio en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta y retirado del sistema de salud, no podría seguir recibiendo esta medicina, en caso de que la EPS se la provea, o no podría comprarla como corolario de no estar percibiendo ingresos a título de remuneración por su trabajo. Asimismo, constituye un hecho notorio que las personas que padecen alguna discapacidad no son muy apetecidas en el mercado laboral, debido a que, en muchas ocasiones, su rendimiento en el trabajo no es el mejor; suelen ausentarse de su labor a causa de períodos de incapacidad y a causa de visitas médicas; y, debe reconocerlo la Sala, le es muy difícil al empleador despedirlo o retirarlo del servicio por la protección especial que les reconoce el ordenamiento jurídico .

Con todo, el juez de segunda instancia consideró que en el proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa se podía solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que retiraba del servicio al señor Silva, lo que haría improcedente la tutela por no concretarse el elemento de la subsidiariedad. La Sala no comparte esta apreciación en la medida en que el juez contencioso administrativo, para efectos de decretar la suspensión provisional del acto, debe realizar una evaluación detenida de las pruebas para verificar que el retiro del servicio no se debió a la enfermedad del demandante, debe estudiar de manera rigurosa la aplicabilidad d el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en el caso concreto, al igual que debe preguntarse si la epilepsia es una enfermedad que confiere estabilidad laboral reforzada y, finalmente, debe ponderar los principios de eficacia y eficiencia que demanda la administración de justicia con el principio de la estabilidad laboral reforzada. La solución a todas estas reflexiones no es apreciable de manera notoria y palmaria como lo ordenan las normas que regulan la suspensión provisional, de suerte que este instrumento no resulta eficaz para efectos de evitar la consumación de un perjuicio irremediable y mucho menos para proteger los derechos fundamentales del petente (ver supra 1.4 de las consideraciones).

De esta forma, la Sala constata la existencia de un perjuicio irremediable que hace procedente el amparo constitucional de manera transitoria. Empero, desecha el argumento del accionante esgrimido en la demanda de tutela en el sentido de que el retiro del servicio configuraría un perjuicio irremediable que lo conduciría a perder el beneficio a ser cobijado por el régimen de transición en pensiones (ver supra 1.1.7 del acápite de antecedentes). Esta tesis expuesta por el actor no es cierta, ya que las personas pertenecen al régimen de transición por el hecho de que “ al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son

hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados” [106] , y no por el hecho de permanecer en un empleo hasta tanto les sea reconocida su pensión de vejez.

9.2. En segundo lugar, debe la Sala concretar si el accionante se puede catalogar como discapacitado con el fin de definir si es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada (ver supra 3 de las consideraciones).

Está probado que la epilepsia le implicó al demandante una restricción y una dificultad sustancial en la realización de sus labores cotidianas. Esto lo demuestra la declaración de Ruby Solano, Oficial Mayor del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, quien manifestó que el accionante afirmaba algunas veces en el trabajo sentirse enfermo y pedía que esos días no lo presionaran con resultados (ver supra 2.2.1 del acápite de pruebas). Igualmente, suele ocurrir que, luego de las convulsiones epilépticas, estos pacientes quedan descompensados por unos días, tiempo durante el cual están impedidos de manera importante y sustancial para alcanzar su desempeño laboral ordinario.

Justamente esta fue una causa que forzó al señor Silva a acudir a urgencias en una oportunidad [107] . Luego, Carlos Mario Silva debe estimarse como una persona discapacitada.

Asimismo, es posible que la epilepsia sea fuente de discriminación en la oferta laboral porque se tema que ella dificulte de manera relevante el desempeño de la persona que la padece o que sea fuente de discriminación dentro del desarrollo mismo de un trabajo. Esta última posibilidad puede darse en los casos en que los individuos con epilepsia son contratados sin que el empleador conozca su discapacidad pero que, con el paso del tiempo, se torna notoria la discapacidad y son despedidos por el temor a que se conviertan en una “carga”. Sentada esta eventualidad razonable de que los pacientes de epilepsia sean discriminados, es conducente ubicar al petente en una situación de debilidad manifiesta que justifica su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

9.3. Como ya se adujo más arriba (ver supra 5 de las consideraciones) , el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es aplicable a las personas discapacitadas que hacen parte de la carrera judicial y en el expediente no reposa ninguna prueba que certifique que el ente demandado pidió autorización a la Oficina de Trabajo para retirar del servicio al señor Silva Govea. En este orden de ideas, la Sala tiene certeza de que el derecho fundamental al debido proceso del petente fue violentado, razón por la cual lo amparará.

Aunque el artículo 137 del Decreto 019 de 2012 modificó el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en el sentido de que suprimió la obligación de solicitar la autorización de la Oficina de Trabajo en el evento en que el trabajador incurra en una de las justas causas para el despido, esta norma no es aplicable al caso concreto como consecuencia de su efecto temporal.

En efecto, el artículo 238 del Decreto 019 de 2012 prevé que la norma empezaría a regir desde la fecha de su publicación, la cual se perfeccionó el 10 de enero de 2012 en el Diario Oficial. Además, en ninguna norma del Decreto se dispone que éste tendría efectos retroactivos. Lo anterior trae aparejado que para la fecha en la cual ocurrieron los hechos que impulsaron la acción de tutela que acá se examina (año 2011) no había entrado aún en vigor el Decreto 019, por ende, no es aplicable al caso concreto y debió, en consecuencia, solicitarse la autorización a la Oficina de Trabajo.

9.4. En este mismo sentido, la Sala observa en diversas pruebas que obran en el expediente que el actor no tuvo el mejor rendimiento en el desarrollo de su trabajo. De ello dan cuenta la baja calificación obtenida por Carlos Mario Silva en su última evaluación y la motivación de ella (ver supra 2.1.2 del acápite de pruebas); la motivación de la resolución que lo calificó de manera no satisfactoria (ver supra 2.1.3 del acápite de pruebas); el informe secretarial a través del cual la secretaria del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta informa a la juez del despacho que el señor Silva no la había puesto en conocimiento de un escrito de petición que había sido recibido once meses atrás (ver supra 2.3.1 del acápite de pruebas); la carta que le dirigió la secretaria del juzgado demandado al accionante en la que le presenta una guía de notificaciones (ver supra 2.3.3 del acápite de pruebas); en las múltiples cartas en las que la juez del despacho

accionado requiere al señor Silva para que informe por qué realizó mal algunas notificaciones concretas, por qué las realizó de manera tardía o por qué nunca las realizó (ver supra 2.3.4 del acápite de pruebas); y la declaración de la señora Ruby Solano que ratificó que el petente no rendía en el trabajo y que era deficiente (ver supra 2.2.1 del acápite de pruebas).

Pese a ello, la Sala no puede confirmar que el retiro del demandante se originó en dicho rendimiento y no en su discapacidad, como sea que el órgano competente para definirlo es la Oficina de Trabajo. Con el agravante de que la falta de autorización de la Oficina de Trabajo para el retiro hace presumir que éste se debió a la discapacidad del empleado [108] .

Si se pretermite, entonces, este procedimiento ante la Oficina de Trabajo, la Sala estaría violentando el derecho al debido proceso del actor, irrespetando la separación de las ramas del poder público y arrogándose competencias que legal y constitucionalmente no le corresponden. Por innegable e indiscutible que pueda resultar que el actor no fue retirado del servicio en razón a su discapacidad sino en razón a su deficiente rendimiento, el juez constitucional no puede soslayar las competencias de la Oficina de Trabajo y negar el debido proceso del petente, puesto que esto sería tan absurdo como sostener que los delincuentes, por ser delincuentes, no tienen derecho al debido proceso. La Sala debe hacer hincapié en que la Constitución cobija a todas las personas, sean delincuentes, deficientes trabajadores, etc.

Presentadas estas consideraciones, la Sala ordenará que el retiro del servicio de Carlos Mario Silva se ajuste al debido proceso, lo que hace imperativo que la Oficina de Trabajo se pronuncie a favor o en contra del retiro, una vez valore si las razones que condujeron a éste son fundadas o si, por el contrario, dichas razones esconden una discriminación con ocasión de la epilepsia que soporta.

Desde este ángulo, la Sala intuye que el rendimiento del actor no fue el esperado de alguien que ocupa su cargo. Sin embargo, decidir con autoridad si este desempeño da lugar a una calificación no satisfactoria y al consecuente retiro del servicio, es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, donde en la actualidad está en curso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que retiró del servicio a Carlos Mario Silva.

Aun así, esta simple intuición que no tiene, por supuesto, la virtualidad de influir el proceso que se sigue en el contencioso administrativo, basta para que la Sala inste a la Oficina de Trabajo que conozca de la solicitud de autorización de retiro del servicio del petente a juzgar si dicho rendimiento obedece a la epilepsia o a otra causa ajena a esta enfermedad; y para que, igualmente, inste a la Oficina de Trabajo para que califique el bajo rendimiento que motivó la decisión de retirarlo del servicio de forma más flexible y tolerante, sin que ese bajo rendimiento suponga una amenaza seria y desproporcionada a la eficiencia y eficacia del servicio público de administración de justicia, y sin que la epilepsia sea una excusa permanente al deficiente desempeño de las funciones del cargo (ver supra 7.2 de las consideraciones).

9.5. Ahora bien, hasta tanto no se surta y finalice este trámite ante la Oficina de Trabajo, el demandante debe ser reintegrado a su cargo en atención a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la salud y a la estabilidad laboral reforzada.

A la par, esta orden se dirigirá no sólo al Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, autoridad nominadora para los cargos en este despacho (numeral 8° del artículo 131 de la Ley 270 de 1996), sino también a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y al Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena –Sala Administrativa-, autoridades que fueron vinculados a este proceso por el juez de primera instancia mediante auto del diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011) [109] y debidamente notificados [110] .

Su competencia para cumplir estas órdenes reside en que ellas administran la rama judicial y la carrera judicial, con arreglo al artículo 75, a los numerales 9° y 17 del artículo 85, al artículo 98, al numeral 1° del artículo 101 y al artículo

103 de la Ley 270 de 1996.

La Sala aclara que el reintegro debe realizarse en el mismo cargo que desempeñaba el actor y para el cual concursó o en otro de la misma categoría y para el cual se exijan los mismos requisitos, pero esto no obliga a que el reintegro se realice en el mismo Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, sino que puede ser en otro despacho judicial de esa misma ciudad en el cual el cargo en cuestión esté vacante o, de no ser el caso, que esté siendo ocupado por una persona nombrada en provisionalidad [111] como consecuencia de que no haya nadie nombrado en propiedad, circunstancia que se muestra menos lesiva de derechos de terceros. Este escenario justifica aun más que se incluya como destinatario de la orden a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y al Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena –Sala Administrativa-.

La figura del reintegro comprende una relación laboral sin solución de continuidad, así que una orden de reintegro trae consigo, como regla general, el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y el efectivo reintegro. No obstante, en este caso particular la Sala no ordenará el pago de las mencionadas obligaciones laborales, comoquiera que se está adelantando concomitantemente con esta acción de tutela una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que es plausible solicitar su pago [112] , al igual que el pago de la indemnización de 180 días de salario (art. 26 de la Ley 361 de 1997) por el hecho del retiro del servicio sin que mediara la aquiescencia de la Oficina de Trabajo.

9.6. Por lo demás, es pertinente que la Sala se refiera a los derechos de la persona que actualmente ocupa el cargo en propiedad que otrora desempeñaba el accionante, puesto que, en el evento en que el señor Silva sea reintegrado al mismo cargo en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, se atropellarían los derechos de esa persona que ingresó con todos los méritos requeridos a la carrera judicial, razón suficiente que motivó su nombramiento. Sobre el particular, debe puntualizarse que los derechos adquiridos en un Estado de derecho presumen un justo título y, en este caso concreto, la vacancia en el cargo obedeció a un retiro del servicio ilegal e inconstitucional que no respetó el debido proceso del empleado retirado, de manera que no se configura el requisito del justo título. De todos modos, se reitera que el reintegro no debe ser necesariamente en el despacho judicial accionado sino preferiblemente en otro de la misma ciudad en el cual haya una vacante o donde haya alguien nombrado en provisionalidad a causa de que no se haya realizado ningún nombramiento en propiedad, para así proteger la buena fe de aquella persona que actualmente está nombrada en propiedad en el Juzgado demandado.

9.7. Por otra parte, la Sala es consciente de que la juez del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta expuso en la contestación de la demanda de tutela que la calificación de servicios insatisfactoria no obedeció a la enfermedad del actor, por cuanto dicho padecimiento no había sido reportado a su despacho a través de alguna incapacidad o a través de la historia clínica (ver supra 1.3 del acápite de antecedentes). En esta misma línea, el oficio suscrito por la Coordinadora del Área de Gestión y Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta evidencia que no se encontró en la hoja de vida laboral del accionante ningún documento que certificara su estado de salud al momento de ser admitido en la carrera judicial (ver supra 2.4 del acápite de pruebas).

Si bien el actor nunca fue incapacitado por su enfermedad ni aparece en la hoja de vida del petente que reposa en la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta ninguna huella de su epilepsia, la Sala no le da ninguna credibilidad al supuesto desconocimiento de la enfermedad del accionante por parte del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, ya que Ruby Solano y Martha Urbina aseveraron en sus respectivas declaraciones que en el Juzgado Segundo Civil Municipal a Carlos Mario Silva le dieron dos ataques de epilepsia y uno más en el Puente La Araña que fue informado a las personas del despacho. Por lo demás, las testigos reseñaron haberle comentado a la juez del despacho sobre la enfermedad del demandante y relataron que en el despacho se comentaba mucho de su enfermedad (ver supra 2.2.1 y 2.2.2 del acápite de pruebas).

Resulta entonces claro para la Sala que el Juzgado demandado no contaba con ningún documento que le indicara que Carlos Mario Silva soportaba una discapacidad, pero la realidad del día a día sí se lo enseñaba, como lo reconocieron las testigos Ruby Solano y Martha Urbina, razón por la cual no puede someterse el efectivo conocimiento de la enfermedad a una formalidad como lo es una incapacidad o la historia clínica, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 de la C.N.).

Si a esto se suma que el demandante puso de presente su enfermedad en el recurso de reposición que le presentó al accionado en contra de la resolución que lo retiraba del servicio, mediante una copia de su historia clínica (ver supra 1.1.5 de los antecedentes), como lo dio a conocer en su demanda de tutela y sin que el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta lo refutara en su contestación, es apenas natural colegir que la entidad demandada sí sabía de la epilepsia que padecía el señor Silva, así apenas hasta ese momento se enterara, y que su omisión de acudir a la Oficina de Trabajo a solicitar la autorización para retirarlo del servicio es constitucionalmente tachable (ver supra 3.6 de las consideraciones).

9.8. Ahora bien, dado el caso de que la Oficina de Trabajo avale el retiro del servicio después de ser consultada, la EPS Saludcoop deberá continuar prestando el servicio de salud hasta tanto el actor no empiece a cotizar nuevamente a alguna EPS en calidad de trabajador dependiente o independiente o hasta tanto no sea afiliado a alguna EPS en condición de beneficiario o hasta tanto no sea admitido en el régimen subsidiado de salud. Esta decisión responde a la necesidad que tiene el señor Silva Govea de que no le sea suspendida la atención en salud, por cuanto su padecimiento de epilepsia le exige acudir con mayor regularidad y urgencia a los médicos y lo obliga a tomar medicamentos para combatir la enfermedad. De no ser así, las convulsiones que ocasiona la epilepsia podrían llevarlo hasta la muerte como consecuencia de algún golpe mortal y afectarían su calidad de vida al no poder tenerlas controladas (ver supra 8 de las consideraciones).

Esta orden está dirigida a Saludcoop, por ser ella la última EPS a la que estuvo afiliado el demandante cuando trabajaba en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, y cuyo derecho de defensa estuvo plenamente garantizado en este proceso de tutela, debido a que fue vinculado al proceso por el juez de primera instancia mediante auto del diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011) [113] y debidamente notificado [114] .

El hecho de que Saludcoop haya guardado silencio durante el trámite de tutela no violenta su derecho al debido proceso, pues la contumacia también es una táctica de defensa y, por lo demás, Saludcoop tuvo la oportunidad de actuar.

9.9. Por todo lo anterior, la Sala Tercera de Revisión revocará los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta el primero (01) de agosto de dos mil once (2011) y, en segunda instancia, por la Sala Quinta de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el veinte (20) de septiembre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela promovido por Carlos Mario Silva Govea contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta.

V. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el veinte (20) de septiembre de dos mil once (2011) por la Sala Quinta de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y la sentencia proferida el primero (01) de agosto de dos mil once (2011) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso de tutela instaurado por Carlos Mario Silva Govea contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso, a la salud y a la estabilidad laboral reforzada del accionante.

Segundo.- ORDENAR al Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y al Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena –Sala Administrativa- el reintegro del señor Carlos Mario Silva Govea al cargo que venía ocupando o a otro de la misma categoría y para el cual se exijan los mismos requisitos , bien sea en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta o en cualquier otro despacho judicial de esta misma ciudad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia . Este reintegro se mantendrá vigente hasta tanto la Oficina de Trabajo, después de que se le solicite la autorización para retirar del servicio a Carlos Mario Silva Govea, decida si éste es o no procedente.

Tercero.- EXHORTAR a la Oficina de Trabajo a la que eventualmente se le solicite el retiro del servicio de Carlos Mario Silva Govea con ocasión de una calificación no satisfactoria para que aprecie el bajo rendimiento que motivó la decisión de retirarlo del servicio de forma más flexible y tolerante, sin que ello suponga una amenaza seria y desproporcionada a la eficiencia y eficacia del servicio público de administración de justicia, pero tampoco una excusa permanente al deficiente desempeño de las funciones del cargo; y EXHORTAR a la misma Oficina de Trabajo para que juzgue si dicho rendimiento obedece a la epilepsia o a otra causa ajena a esta enfermedad, de acuerdo con el numeral 7.2 de las consideraciones de esta providencia.

Cuarto.- ORDENAR a la EPS Saludcoop que continúe prestándole el servicio de salud a Carlos Mario Silva Govea hasta tanto el actor no empieza a cotizar nuevamente a alguna EPS en calidad de trabajador dependiente o independiente o hasta tanto no sea afiliado a alguna EPS en condición de beneficiario o hasta tanto no sea admitido en el régimen subsidiado de salud, en la hipótesis de que efectivamente se retire del servicio al señor Silva con la anuencia de la Oficina de Trabajo.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Con salvamento parcial de voto JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-148/12 Referencia:

Expediente T-3.259.189 Acción de tutela instaurada por Carlos Mario Silva Govea contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta. Vinculados:

Dirección Administrativa de Carrera Judicial Seccional Santa Marta, EPS Coomeva, Saludcoop, ARP Colmena, Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena – Sala Administrativa, Edith Cecilia Ospino y José Alfredo Quevedo Carrillo.

Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Aun cuando comparto la orden impartida a la EPS Saludcoop para que continúe prestándole al accionante el servicio de salud hasta tanto no se configuren los eventos o circunstancias descritas en ella, me permito salvar parcialmente mi voto por las siguientes razones:

1. En los casos como el presente en los que se encuentran involucrados derechos de terceros de buena fe, el requisito de la inmediatez debe estudiarse y aplicarse en forma más cuidadosa.

En efecto, con ocasión del retiro del accionante de la carrera judicial, como consecuencia de una calificación insatisfactoria, se nombró en su remplazo a otra persona que hoy se encuentra inscrita en propiedad en el cargo de citador, en quien se consolidan los derechos derivados de tal situación. Este hecho requiere que el término para la interposición de la acción de tutela reivindique la inmediatez que demanda la protección efectiva del eventual afectado, por lo cual debe ser el más abreviado posible, precisamente, para no desatender la particular situación del tercero. En este caso ello no ocurre, pues el recurso de reposición interpuesto contra la calificación insatisfactoria asignada al

accionante se notificó el 30 de marzo de 2011 y la acción de tutela se promovió el 14 de julio de ese mismo año, es decir luego de tres meses y medio, aproximadamente.

2. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 238 de la Constitución Política y 152 del Código Contencioso Administrativo, ante dicha jurisdicción se pueden intentar las acciones respectivas y solicitar la suspensión provisional de un acto administrativo, petición que es de pronta resolución en el auto admisorio de la demanda, por ende, no menos eficaz que la acción de tutela. En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la suspensión provisional únicamente está sujeta (i) a que se solicite y sustente de modo expreso, (ii) a la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con ella, (ii) y a la demostración siquiera sumaria del perjuicio que causa o podría causar la ejecución del acto demandado, requisitos que, por los mismos argumentos plasmados en el fallo que condujeron a la imperativa protección ordenada, no permitirían soslayar la efectividad de esta medida cautelar, ni exigir los estudios profundos necesarios para demostrar la afectación que se exigen en el fallo.

3. No se está adoptando respecto del demandante una decisión que suponga el ejercicio de una liberalidad o discrecionalidad por parte del nominador que pueda calificarse como despido, terminación unilateral del contrato o insubsistencia. El retiro del servicio de la carrera judicial no es consecuencia de lo que el juez discrecionalmente pueda decidir, sino que opera por ministerio de los artículos 125 de la Constitución Política y 173 de la Ley 270 de 1996, al disponerlo así como consecuencia de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, entre otras causales. Es más, los artículos 8 y 55 del Acuerdo 1392 de 2002 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reiteran que la calificación insatisfactoria conlleva la exclusión de la carrera y el retiro del servicio para los funcionarios y los empleados judiciales.

4. Los criterios de valoración adoptados por el juez para fundamentar su decisión son objetivos en la medida que guardan relación directa con la adecuada prestación del servicio de la administración de justicia 5. No hay prueba médica en el expediente de la limitación que aduce el demandante como supuesto para invocar la aplicación de la norma que sustenta el amparo que se le reconoce.

6. La orden de 48 horas para el reintegro de una planta de personal tan limitada es desconocedora de la realidad de la estructura de los despachos judiciales, pues en ellos hay un solo notificador, y las atribuciones de nominación que tienen los jueces en general no tienen vínculo ni relación directa con el asunto que aquí se dilucida.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] Cuaderno 1, folio 2. [2] Cuaderno 1, folio 3. [3] Cuaderno 1, folio 3. [4] Cuaderno 1, folio 4.

[5] Cuaderno 1, folio 4. [6] Cuaderno 1, folio 5. [7] Cuaderno 1, folio 3. [8] Cuaderno 1, folio 88. [9] Cuaderno 1, folio 91. [10] Cuaderno 1, folio 93.

[11] Cuaderno 1, folio 91. [12] Cuaderno 1, folio 80. [13] Cuaderno 1, folio 95. [14] Cuaderno 1, folio 96. [15] Cuaderno 1, folio 81. [16] Cuaderno 1, folio 81.

[17] Cuaderno 1, folio 81. [18] Cuaderno 1, folio 130. [19] Cuaderno 1, folio 131. [20] Cuaderno 1, folio 147. [21] En los motivos que dieron lugar a la calificación no satisfactoria se consignó que Carlos Mario Silva “no cumple con las funciones del cargo, no elabora las planillas ni remite el correo dentro de las oportunidades, al punto que a la fecha se encontraron oficios elaborados de los meses de mayo a noviembre sin remitirse; no suministra la informacion (sic) solicitada por los usuarios; a pesar de que en varias oportunidades se le ha requerido sobre la forma de notificar las tutelas, ha efectuado en varias ocasiones de manera incorrecta esta (sic), o no lo ha hecho, generando que se declare la nulidad por el superior. En la elaboracion (sic) del estado, no pone el cuidado y la atención (sic) que tal funcion (sic) amerita, notificando providencias o procesos equivocados o dejando de notificar autos. Es desordenado en el manejo de

los procesos y el archivo, ocasionando en (sic) muchas veces el traspapeleo y perdida (sic) de los procesos y a pesar de las veces que se ha organizado el archivo y los estantes y las advertencias hechas, no ha corregido el desorden con que realiza este manejo, ocasionando el atraso y congestion (sic) de este despacho" . Cuaderno 1, folio 43.

[22] Concretamente, la resolución se motiva en que el señor Silva no ha cumplido con sus deberes establecidos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en el Código Disciplinario Único; en que se le requirió en varias oportunidades para que cumpliera con sus deberes y obligaciones "sin haber obtenido respuesta alguna, ni mostrar intención de que así lo hiciera" ; en que se le encontraron en la gaveta de su escritorio "140 oficios de requerimiento para tramites (sic) de desistimiento tácito […] sin que los hubiera remitido a pesar del tiempo transcurrido, así como oficios de comunicación de aceptación de renuncia de poder desde enero de 2010" ;

en que el incumplimiento de sus deberes ha originado múltiples quejas de los usuarios; y en que "[l]a calificación insatisfactoria de servicios de los empleados conlleva la exclusión de la carrera judicial y el retiro del servicio (artículos 171 y 173 de la Ley 270 de 1996)" . Cuaderno 1, folio 44.

[23] Cuaderno 1, folio 156. [24] Cuaderno 1, folio 156. [25] Cuaderno 1, folio 157. [26] Cuaderno 1, folio 157. [27] Cuaderno 1, folio 171. [28] Cuaderno 1, folio 172.

[29] Cuaderno 1, folio 103. [30] Cuaderno 1, folio 104. [31] El señor Vives narró en la diligencia que se enteró que en el Juzgado Segundo Civil Municipal se tramitaba un proceso en su contra, motivo por el cual acudió al mencionado despacho y fue atendido por Carlos Mario Silva, quien le mostró el expediente pero no lo notificó, "aconsejándome que lo dejara quieto porque la otra parte no lo había movido" . Meses después, "[e]stando en la esquina del Edificio de los Juzgados me encontré a (sic) funcionario en mención, quien me dijo que le regalara algo de dinero porque el (sic) me estaba colaborando con el negocio que se tramitaba en su despacho, ese día le regalé $50.000.oo; otro día volví al Juzgado a ver el proceso que estaba en este Despacho y me atendió el referido funcionario […] y me dijo que le colaborara con dinero, y que recordara que el (sic) me estaba ayudando con el proceso, ese día le volví y le regale (sic) la suma de $50.000.oo" . En otra oportunidad, el señor Vives fue al Juzgado Segundo Civil a notificarse, porque así se lo había indicado Carlos Mario Silva, al igual que le había dicho que "dejará (sic) el proceso quieto que él se encargaba, que no pusiera abogado, recurso, excepciones ni nada, porque mi etapa ya estaba vencida […], y yo como no sabia (sic) nada le creí" . También refirió el declarante que Carlos Mario Silva lo llamó al celular a pedirle más dinero. Cuaderno 1, folios 112-114.

[32] Cuaderno 1, folio 129. [33] Cuaderno 1, folio 135. [34] Cuaderno 1, folio 182. [35] Cuaderno 1, folio 183. [36] Cuaderno 1, folio 182. [37] Cuaderno 1, folio 198.

[38] Cuaderno 1, folio 199. [39] Cuaderno 1, folio 199. [40] Cuaderno 2, folio 12. [41] Cuaderno 2, folio 13. [42] Cuaderno 2, folio 14. [43] Nótese que la acción de tutela contra particulares no siempre es procedente sino únicamente en los casos señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Conviene también resaltar que la posibilidad de formular acción de tutela en contra de un particular responde a una concepción que reconoce que no sólo el Estado puede ejercer poder, autoridad y prerrogativas –actos de imperio los llamarán los teóricos del derecho administrativo-, sino que también algunos particulares pueden ejercer este poder frente a otros particulares, lo cual cuestiona la vetusta idea de que las relaciones entre privados siempre se desarrollan en un plano de horizontalidad e igualdad. En virtud de esta misma concepción, existen, por ejemplo, en el derecho laboral el principio protector y en el derecho civil, ámbito en el que tradicionalmente ha prevalecido con mayor fuerza la creencia de que los vínculos están permeados por el principio de la igualdad, normas que protegen al arrendatario, parte que se considera la más débil en el contrato de arrendamiento.

[44] T-723 de 2010. [45] Anteriormente, el Decreto 2591 de 1991, en el primer numeral de su artículo 6°, definía el perjuicio irremediable como aquel perjuicio que sólo podía ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Sin embargo, este fragmento del artículo 6° fue declarado inexequible en sentencia C-531 de 1993 por considerar que esta definición violentaba el principio de efectividad de los derechos fundamentales (art. 2° de la C.N.), en tanto obligaba al juez de tutela a " acudir forzosamente a la ley que consagra el medio judicial ordinario y determinar si el hipotético perjuicio 'sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización'" , pues la norma declarada inexequible subordinaba la tutela al régimen legal de responsabilidad aplicable y agregaba a la acción de tutela "una voluminosa prótesis legal - constituida por los diferentes regímenes legales de responsabilidad -, que hace difícil y hasta imposible que el ciudadano común y en general las personas no expertas en esa materia puedan reconocer el horizonte cierto de sus derechos de protección" .

[46] La Corte ha reiterado esta definición de perjuicio irremediable en innumerables providencias, entre ellas en las sentencias T-485 de 1994, T-576 de 1998, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-1316 de 2001 y T-227 de 2010.

[47] Pueden consultarse, a modo de ejemplo, las sentencias T-640 de 1996, T-533 de 1998, T-127 de 2001 y SU-544 de 2001. [48] En este mismo sentido, la sentencia SU-039 de 1997 señaló que " [a] diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si (sic) se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos" .

[49] Siguiendo esta misma lógica, la Corte aseveró en sentencia C-162 de 1998 que "la efectividad del medio alternativo de defensa frente a la acción de tutela debe ser examinada en concreto. En otras palabras, no basta que el otro medio de defensa se encuentre plasmado, en forma abstracta, en el ordenamiento jurídico, sino que debe, además, ofrecer la posibilidad de que, por su conducto, sea posible el restablecimiento cierto y actual de los derechos fundamentales que el demandante considera han sido amenazados o vulnerados" .

[50] Para una distinción entre la suspensión provisional de los actos administrativos y la acción de tutela, véase la sentencia SU-039 de 1997 . Allí se argumentó que "[l]a confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho".

[51] Nuestra forma de Estado corresponde a un Estado social de derecho, fórmula que apareja diversas consecuencias, entre ellas, y quizás la más importante, una nueva concepción del principio de igualdad.

La bandera principal de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII fue la proclamación de la igualdad, entendida en su acepción formal o como igualdad ante la ley. Si bien es verdad que la declaración de la igualdad en todas las cartas modernas de derechos es un gran logro de la humanidad y un paso hacia la superación de las sociedades nobiliarias, aristocráticas y plutocráticas, sociedades donde no se concedían derechos sino privilegios, como dirá el abate Emmanuel Sieyès en su Ensayo sobre los privilegios, no es menos cierto que la constatación empírica de desigualdades materiales frustra, en parte, la tan anhelada por los revolucionarios liberales igualdad formal. El escritor francés Anatole France previó esta dificultad de la igualdad formal en su célebre e irónica frase:

“ La Ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan” . Es decir, si una norma prohíbe dormir debajo de un puente, materialmente su blanco no es toda la población sino sólo las personas que, dada su pobreza y miseria, se verían obligadas a dormir debajo de los puentes, aunque la proscripción esté formalmente dirigida a toda la comunidad de manera general y abstracta.

[52] T-1316 de 2001. [53] En la sentencia T-198 de 2006 se comparan los vocablos inválido, discapacitado y minusválido. [54] Artículos 38 y 249 de la Ley 100 de 1993.

[55] “ La protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores” (T-125 de 2009). Con esta misma lógica, la sentencia T-198 de 2006 afirmó 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 inválido” . También puede consultarse, en este mismo sentido, la sentencia T-1040 de 2001.

[56] T-1040 de 2001. [57] El artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 prescribe que “[e] l juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas” .

[58] “Si una persona discapacitada puede laborar, se encuentra en igualdad de condiciones con el resto de la población para acceder a un trabajo, y de imposibilitársele el ejercicio de tal derecho, pese a que su discapacidad no le impida desarrollar el mismo trabajo que otro que no la posee, es discriminarla por razón de la discapacidad” . C-381 de 2005.

[59] “Las personas con discapacidad están expuestas a situaciones de discriminación y exclusión social que les impiden ejercitar sus derechos y libertades al igual que el resto, haciéndoles difícil participar plenamente en las actividades ordinarias de las sociedades en que viven” . Cfr. Defensoría del Pueblo.

Reflexiones sobre la política pública para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos (2010).

[60] T-417 de 2010. [61] T-417 de 2010. [62] “ ARTÍCULO 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio” .

[63] A propósito, la Corte aseguró en sentencia C-330 de 2000 que “ [t]odos estos principios, si bien no han sido compilados en un estatuto laboral de la manera como lo previó el constituyente -en el artículo 53 Superior-, sí han gozado de plena protección judicial a través de la jurisdicción constitucional, pues no cabe duda de que parte de la eficacia sobre la que se apoya la vigencia del ordenamiento jurídico -expresado en la Constitución y las leyes-, depende de la protección del trabajo en general, como actividad que dignifica la existencia humana, y del trabajador en particular,

como figura central del proceso de producción. Para la Corte ha sido evidente la relevancia que, a partir de la Constitución del 91, ha ganado el derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad” .

[64] T-434 de 2008. [65] T-434 de 2008. [66] La regla general es la estabilidad laboral relativa, la cual se evidencia en los regímenes de indemnización aplicables en caso de despido sin justa causa. Con esto se quiere significar que los empleadores pueden despedir en cualquier momento a un trabajador sin justa causa, pero de hacerlo se ven obligados a pagarle al empleado una indemnización, medida que pretende desincentivar los despidos cuando no se configura una causal objetiva para ello y, por contera, garantizar cierta estabilidad laboral, la cual resulta ser relativa en cuanto el patrono, que se insiste, puede en todo caso despedir al trabajador, para lo cual le bastará con sufragar la respectiva indemnización.

[67] “La diferenciación entre cargos de carrera y de libre nombramiento y remoción tiene consecuencias directas en cuanto a la estabilidad laboral de unos y otros empleados estatales. Mientras que los primeros sólo pueden ser desvinculados del servicio con base en razones objetivas, como sanciones disciplinarias, calificaciones insatisfactorias u otras causales previstas en la ley, los segundos dependen de la facultad discrecional del nominador, quien puede retirarlos del cargo sin expresar los motivos de esa decisión. En consecuencia, los servidores que ejercen cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral mayor respecto a quienes se desempeñan en empleos de libre nombramiento y remoción” (T-410 de 2007). En este mismo orden, el artículo 125 de la Constitución establece que los empleados que ocupan cargos de carrera sólo pueden ser retirados del servicio “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley” .

[68] “La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera en cargo de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse” (T-410 de 2007). Siguiendo esta misma línea argumentativa, el retiro del servicio de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera procede “como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar” (T-222 de 2005). También procede cuando “cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal” (T-1206 de 2004). En síntesis, la Corte ha asumido que la estabilidad laboral de las personas nombradas en provisionalidad es intermedia (T-963 de 2010).

[69] En algunas providencias de la Corte Constitucional, la estabilidad laboral reforzada se ha llamado estabilidad absoluta, como sucede en la sentencia T-576 de 1998. Con todo, la Sala valora pertinente aclarar que el derecho a la estabilidad laboral, al igual que ocurre con todos los derechos, no es una facultad absoluta. De allí que las personas titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada pueden, dado el caso, ser despedidas por una justa causa. Por ende, y para evitar equívocos, este derecho debe designarse como estabilidad laboral reforzada y no como estabilidad laboral absoluta.

[70] T-434 de 2008. [71] “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” . C-531 de 2000.

[72] “ En tal sentido, esta Corte ha reconocido la especial protección de que son sujetos las personas con discapacidad, dando aplicación a las cláusulas constitucionales que garantizan a esta población la realización de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones al resto de la sociedad y su plena integración a la misma. De igual manera, ha reconocido la situación de marginación social en que ha permanecido la población con discapacidad a lo largo de la historia y ha señalado que tal reconocimiento impone la toma de decisiones con el fin de remover los obstáculos que impiden su adecuada integración social en igualdad de condiciones reales y efectivas” (T-281 de 2010).

Siguiendo esta misma lógica, la Corte consideró que “en el caso de las personas con limitaciones, la importancia del acceso a un trabajo no se reduce al mero aspecto económico, en el sentido de que el salario que perciba la persona limitada sea el requerido para satisfacer sus necesidades de subsistencia y las de su familia, sino que desarrollar una actividad laboral lucrativa adquiere connotaciones de índole constitucional pues, se ubica en el terreno de la dignidad de la persona como sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991, que permite romper esquemas injustamente arraigados en nuestro medio, como aquel de que un limitado físico, sensorial o psíquico es ‘una carga’ para la sociedad” (T-198 de 2006).

[73] Ciertamente, la solicitud de esta autorización gira en torno al derecho fundamental al debido proceso de las personas discapacitadas. [74] El artículo 238 del Decreto 019 de 2012 prevé que la norma empieza a regir desde la fecha de su publicación.

[75] “Artículo 3°. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares” .

[76] La doctrina y la jurisprudencia del derecho laboral han designado con el nombre de in dubio pro operario al principio que prescribe que ante diversas interpretaciones posibles de una misma norma, se debe preferir aquella que más favorable resulte a los intereses del trabajador.

[77] “ La expedición de la Ley 361 de 1997, según se lee en la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley que le dio origen, fue resultado del propósito de los legisladores colombianos de establecer mecanismos obligatorios que garantizaran la incorporación social de las personas con limitaciones, en el ámbito educativo, del trabajo, de las comunicaciones, del transporte y de los distintos lugares en donde actúan como parte del conglomerado social” . C-531 de 2000.

[78] Más adelante, en la misma providencia, se subrayó que una aplicación exegética del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 propondría que esta disposición se aplicara a cualquier persona discapacitada, puesto que “el legislador no estableció diferencia alguna entre trabajadores particulares y funcionarios públicos, motivo por el cual no le es dable al intérprete realizar diferencias allí donde la ley no las hace” .

De esta misma forma, “[u]na interpretación sistemática y teleológica, por su parte, indica asimismo que la norma comprende a los funcionarios públicos. A decir verdad, la Ley 361 de 1997 no se dirige exclusivamente a imponerles cargas a los empleadores particulares, con el propósito de contrarrestar la discriminación laboral que padecen los trabajadores discapacitados, sino que igualmente, ciertas disposiciones consagran deberes a las autoridades estatales” , como sucede, por ejemplo, con los artículos 27 y 30.

[79] Mediante esta ley se aprobó la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

[80] Es claro para la Sala que este principio es aplicable sólo en los casos en que las dos normas que colisionan son de la misma jerarquía, pero en el asunto particular el Decreto 1791 de 2000 fue expedido en desarrollo de una ley de

facultades, la Ley 578 de 2000, luego el citado Decreto 1791 es un decreto ley que es susceptible de ser preferido por favorabilidad cuando se compara con la Ley 361 de 1997.

[81] En la sentencia C-381 de 2005 se puso de relieve que “para el caso de la Policía Nacional es el legislador el facultado para determinar su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 218) […]. La Corte ha manifestado que el legislador, dentro de su amplio margen de libertad configurativa, ‘puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de trabajadores, siempre que los mismos no resulten discriminatorios. En dichos regímenes especiales, pueden estar incluidos beneficios no contemplados en el régimen general, bajo la condición de que la consagración de tales beneficios persiga la defensa de bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como los derechos adquiridos, y de que con ella no se perpetúe un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores’.

“ Respecto al régimen prestacional de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que es diferente al aplicable a la generalidad de las personas en razón justamente a la naturaleza de los servicios prestados y a la finalidad establecida por la Constitución para la fuerza pública” .

[82] “La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales” .

SU-086 de 1999. [83] “Los sistemas de carrera de origen constitucional -denominados sistemas especiales-, que como excepción a la carrera general se anuncian en el artículo 130 de la Constitución Política, han sido reconocidos en sucesivas jurisprudencias constitucionales así:

(i) l as Fuerzas Militares, prevista en el artículo 217 C.P.; (ii) la Policía Nacional, consagrada en el inciso 3º del artículo 218 C.P.; (iii) la Fiscalía General de la Nación, dispuesta por el artículo 253 C.P.; (iv) la Rama Judicial, prevista en el numeral primero del artículo 256 C.P.; (v) la Contraloría General de la República, consagrada en el artículo 268-10 C.P.;

(vi) la Procuraduría General de la Nación, contemplada en el artículo 279 C.P.; y (vii) las universidades públicas, dispuesto en el artículo 69 C.P.” .

C-901 de 2008. [84] La sentencia SU-133 de 1998 fijó las premisas de la carrera judicial, expuso su funcionamiento e hizo un recuento de los artículos 156 a 175 de la Ley 270 de 1996.

[85] En el artículo 156 de la Ley 270 de 1996 se anota que “ [l]a carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio” . A renglón seguido, en el artículo 157 se apunta que “[l]a administración de la carrera judicial se orientará a atraer y retener los servidores más idóneos, a procurarles una justa remuneración, programas adecuados de bienestar y salud ocupacional, capacitación continua que incluya la preparación de funcionarios y empleados en técnicas de gestión y control necesarias para asegurar la calidad del servicio, exigiéndoles, al mismo tiempo, en forma permanente conducta intachable y un nivel satisfactorio de rendimiento” .

[86] “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. “El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes” .

[87] “El constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley-.

Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para: (i) fijar requisitos y condiciones determinantes del méritos y calidades de los aspirantes; (ii) definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción” . C-901 de 2008.

[88] “ La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados […].

“La Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado ” (resaltados tomados del texto original).

C-479 de 1992. [89] “Pero la Constitución no menciona únicamente la eficacia, sino que incorpora en varias de sus disposiciones el concepto de eficiencia , que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.

“A la eficiencia, como principio rector de la gestión pública, aluden preceptos constitucionales como las contenidas en los artículos 48, 49 y 268, numerales 2 y 6, de la Constitución Política” (resaltados tomados del texto original) .

C-479 de 1992. [90] “ E l sistema de carrera […] tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general” . C-195 de 1994.

[91] Por supuesto que esto no implica que sólo los particulares y no el Estado ejerzan violencia. La Sala entiende que el Estado también practica violencia, sólo que se pretende que la violencia en la sociedad sea organizada y centralizada por el Estado. Luego, si se parte de la premisa de que el derecho y el Estado son violentos, no es posible concluir que el

derecho significa el logro de la paz social, puesto que, como cree Kelsen, “[l]a paz es una situación en la que no se usa la fuerza. En el sentido del término, el Derecho sólo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza pero reserva este derecho a la comunidad” .

De allí que, más adelante en el mismo texto, Kelsen observe con gran lucidez que “[e]l derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir como consecuencia” . Cfr. KELSEN, Hans. “El Derecho como técnica social específica” (1941).

En : KELSEN, Hans. ¿Qué es justicia? Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel S.A., 1991, p. 160. [92] C-479 de 1992.

[93] Desde luego que esto es incomparable con el caso de quien se sirve o se vale de su discapacidad para no rendir en el empleo, bajo el convencimiento errado de que no podrá ser despedido o su contrato terminado. Por supuesto que la estabilidad laboral reforzada acarrea ciertas cargas mínimas al sujeto activo del derecho.

[94] La Corte Constitucional ha explicado este corolario de la discapacidad así: “[la] limitación afecta de manera continua la actividad normal de la persona, de tal forma que la ubica en una situación de minusvalía respecto del entorno social, al dificultársele el cumplimiento de las labores o las actividades cotidianas propias del desarrollo de una sociedad colectiva” .

T-434 de 2008. [95] La Sala no desconoce que la Corte Constitucional ha advertido que, tratándose de empleados particulares, el bajo rendimiento no descarta el derecho a la estabilidad laboral reforzada:

“ 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 embargo, esta subregla debe ser matizada cuando se está frente a un servicio público.

[96] Esta Corte ha ordenado en múltiples oportunidades a empleadores que reubiquen al trabajador que ha sufrido una disminución en su capacidad laboral durante el transcurso del contrato de trabajo en un cargo acorde con su condición, atendiendo a unas subreglas establecidas en la sentencia T-1040 de 2001. Empero, este precedente no guarda ningún vínculo con la hipótesis de los empleados de carrera, como sea que una persona no puede ser reubicada en otro cargo para el cual no se ha presentado al concurso público que mida sus méritos, sin dar al traste con la esencia de los cargos de carrera.

[97] “En el terreno de las relaciones que los entes públicos establecen con sus servidores, se refleja necesariamente esta tendencia a la operación eficiente de la actividad estatal, que -se repite- es hoy principio constitucional de ineludible acatamiento, pero, no tratándose ya de ‘un recurso más’, sino de la incorporación de la persona humana al desarrollo de las tareas que le corresponden, también la Constitución obliga al Estado a actuar dentro de criterios que respeten su dignidad (artículo 6º) y sus derechos (Preámbulo y artículos 1º, 2º y Título II de la Carta)” (resaltados tomados del texto original).

C-479 de 1992. [98] C-880 de 2003. [99] Artículo 125, inciso 4°, de la Constitución. [100] “La Constitución […] busca preservar la eficiencia y la eficacia de la función pública, de tal manera que quienes prestan sus servicios al Estado lo hagan sobre el doble supuesto de la garantía de sus derechos mínimos -entre ellos la estabilidad y las posibilidades de promoción- y la rigurosa exigencia del cumplimiento de sus deberes, merced al permanente control y evaluación de su rendimiento” (C-514 de 1994).

“Esa estabilidad, claro está, no significa que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o

paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. En nada riñen con el principio de estabilidad laboral la previsión de sanciones estrictas, incluída (sic) la separación o destitución del empleado, para aquellos eventos en los cuales se compruebe su inoperancia, su venalidad o su bajo rendimiento. Pero esto no se puede confundir con el otorgamiento de atribuciones omnímodas al nominador para prescindir del trabajador sin relación alguna de causalidad entre esa consecuencia y el mérito por él demostrado en la actividad que desempeña" (C-479 de 1992). Estas providencias reseñadas aluden a la estabilidad laboral de cualquier empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa y no a la estabilidad laboral reforzada de las personas discapacitadas. Con todo, esta Sala considera que esa misma argumentación es válida para la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados nombrados en un cargo de carrera judicial.

[101] " Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

" El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra" (resaltados tomados del texto original). T-425 de 1995.

[102] T-406 de 1993. [103] SU-562 de 1999. [104] "La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, estando en curso un tratamiento médico, sino también cuando aún estando vinculado a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en razones de naturaleza contractual, legal o administrativa, evento en el que el juez constitucional debe intervenir, con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados" .

T-557 de 2010. [105] T-170 de 2002. [106] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993. [107] Cuaderno 1, folio 21. [108] Sobre esta presunción, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-351 de 2000, T-307 de 2008, T-1040 de 2001 y T-614 de 2011.

[109] Cuaderno 1, folio 65. [110] Cuaderno 1, folios 72 y 73. [111] Según el numeral 2° del artículo 132 de la Ley 270 de 1996, " [e]l nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto" , es decir que los empleados nombrados en provisionalidad están sometidos desde su nombramiento a la contingencia de que alguien sea nombrado en propiedad, después de haber superado el concurso correspondiente. Por este motivo, la Corte ha señalado que estas personas tienen un cierto grado de protección, " que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera" (T-007 de 2008).

[112] A manera de ilustración de la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener el pago de las obligaciones que se derivan de un reintegro, puede consultarse la sentencia con radicado 20001-23-31-000-1998-4479-01 (0402-01) del 25 de octubre de 2001 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (C.P. Ana Margarita Olaya Forero).

[113] Cuaderno 1, folio 65. [114] Cuaderno 1, folio 79.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.