

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LOS SERVIDORES
PÚBLICOS

Luis Felipe Herrera Correa

Trabajo de Grado presentado para optar al título de Abogado



Universidad Autónoma Latinoamericana

Asesor: Richard Alberto Serna Maya

Facultad de Derecho

Medellín, Colombia

2017

Tabla de contenido

Tema	3
Pregunta Problematicadora	3
Descripción del Problema	3
Justificación	5
Objetivo General.....	6
Objetivos específicos.....	7
Marco Referencial	7
Diseño Metodológico	14
Capítulo I: Estabilidad Laboral Reforzada en Colombia	16
1.1 Estabilidad laboral y estabilidad laboral reforzada.....	16
1.2 Supuestos de Estabilidad Laboral Reforzada	22
1.2.1 Mujeres gestantes o lactantes.....	23
1.2.2 Inválidos, minusválidos, discapacitados, disminuidos físicos psíquicos o sensoriales y en general todos aquellos que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores.....	57
1.2.3 Trabajadores Con Fuero Sindical.....	80
1.2.4 Prepensionados.....	88
1.2.5 Madres cabeza de familia	95
1.2.6 Menores de edad.	101
1.3 Conclusiones primer capítulo	107
Capítulo II: Estabilidad Laboral Reforzada en las Vinculaciones con el Estado a Título de Servidor Público	109
2.1 Miembros de Corporaciones Públicas.....	110
2.1.1 Estabilidad laboral reforzada de los miembros de Corporaciones Pública.....	111
2.2 Trabajadores Oficiales.....	116
2.2.1 Estabilidad laboral reforzada de los Trabajadores Oficiales.....	117
2.3 Empleados Públicos	118
2.3.1 Carrera Administrativa.	119
2.3.2 Empleados de Libre Nombramiento y Remoción.....	132
2.3.3 Empleados Públicos con Período Fijo Institucional	136
2.4 Supernumerarios.....	137
2.4.1 Estabilidad laboral reforzada de los Supernumerarios.....	138
2.5 El Retén Social	143
2.5.1 Protección en el Retén Social a Prepensionados	145
2.5.2 Protección en el Retén Social a madres cabeza de familia.....	148
2.5.3 Protección en el Retén Social a discapacitados	149
2.5.4 Mujeres gestantes.....	152
2.5.5 Aspectos generales	153
2.6 Conclusiones del Segundo Capítulo.....	154
Referencias.....	157

Planteamiento del problema

Tema

Aplicación del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada en los diferentes tipos de vinculación como Servidor Público con el Estado colombiano.

Pregunta Problematicadora

¿Les asiste protección derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada, a quienes encontrándose en las condiciones definidas para ser objeto de esta, prestan sus servicios personales en favor del Estado, de acuerdo con los diferentes tipos de vinculación laboral como Servidor Público?

Descripción del Problema

En el entorno civilizado en que nos encontramos, el trabajo es el instrumento con el cual las personas alcanzan un fin, el de la supervivencia, ya que, mediante la elección de una profesión u oficio se satisfacen las más básicas necesidades del ser humano en sociedad. Es por esta razón que tiene un carácter imperioso para las personas conseguir y preservar un empleo que garantice medianamente una calidad de vida digna, convirtiéndose esta necesidad impuesta, no solo por el modelo social, sino, por la naturaleza humana misma, en uno de los temas más importantes por regular cuando de configurar un estado se trata.

Históricamente el derecho laboral se ha ido configurando a través de un sin fin de luchas entre los trabajadores y los empleadores y entre estos actores con el mismo Estado. En ese contexto nacen derechos como el de las vacaciones remuneradas, las horas de trabajo máximas

semanales y algunos considerados superiores como el salario mínimo vital y móvil, y el que ocupa hoy nuestra atención, la estabilidad laboral reforzada.

En la actualidad el derecho a la estabilidad laboral reforzada es comúnmente predicado para los trabajadores en situaciones de vulnerabilidad del sector privado, ya que allí impera el ánimo de lucro y los empleadores de este medio con la intención de mejorar sus utilidades tienden a ejercer actos discriminatorios sobre sus trabajadores, en especial cuando estos se convierten en poco productivos o ineficientes por cuestiones externas a su voluntad, como podrían ser una enfermedad o el embarazo, situaciones que por demás ponen al trabajador en seria desventaja ante un mercado laboral tan excluyente como el colombiano, dificultando así garantizar una forma de sustentar gastos vitales de estas personas. Tal situación de discriminación es a todas luces contraria al modelo de Estado Social planteado por la Constitución de 1991, donde se erige como principio la igualdad y, derivado de este la prohibición a cualquier acto discriminatorio.

Siendo lo expuesto, hoy día, una idea clara que tiene un amplio desarrollo jurisprudencial y normativo en el sector mencionado, el problema nace cuando nos referimos al sector público, donde los servicios que presta el Estado por medio de sus trabajadores no tienen un ánimo de lucro por parte de aquel, sino que, su objeto es cumplir unas finalidades útiles a la sociedad, por lo cual, no es en principio plausible la discriminación antes mencionada frente a los trabajadores de este sector, o, al menos, no frente aquellos que están vinculados por formas diferentes al contrato de trabajo.

Según lo esbozado surgen los problemas sobre ¿qué pasa con los trabajadores del estado (servidores públicos) que encontrándose en situaciones donde es predicable la estabilidad laboral reforzada son desvinculados?, ¿les es o no predicable ese derecho?, ¿cómo podría ser la protección en el sector público de acuerdo con la forma de vinculación laboral? Problemas que deben ser resueltos y que requieren para ello un estudio profundo de la estabilidad laboral reforzada como institución jurídica y de las formas de vinculación con el Estado colombiano, para dar una respuesta acorde al modelo constitucional vigente y en especial a la dignidad del trabajador estatal.

Justificación

El texto estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos, se elabora dada la necesidad de realizar una construcción teórica, en la cual, se determine con una filosofía constitucional humanista y actual, el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los diferentes tipos de Servidores Públicos y así, poder sostener con bases analíticas sólidas, una forma de protección para las poblaciones vulnerables que prestan sus servicios personales en favor del estado bajo la mentada denominación; los cuales requieren de igual forma, una materialización del derecho a la igualdad al trabajo y al mínimo vital, siendo menester, en este trabajo plantear nuevas posturas, o reforzar las ya dichas acerca del tratamiento que se le debe dar a los casos que se presenten en este ámbito del Derecho Laboral-Administrativo, generando un enfoque que pueda servir de sustento tanto para académicos como para funcionarios públicos, a la hora de tomar decisiones.

Es también un móvil para la producción de este texto la apreciación en el medio de una frecuente desinformación, mitificación y malas prácticas, llevadas a cabo tanto en el campo privado como en el público, frente al tema de la estabilidad laboral reforzada, lo cual conlleva a la frecuente violación de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y en algunos casos a la afectación sin necesidad de la actividad económica de los empleadores o del servicio público, por lo tanto, teniendo en cuenta las necesidades y situaciones concretas acaecidas en este tema era meritorio diseñar, a través de una investigación seria, una estructura lógica que permitiera dar respuesta a las frecuentes dudas que existen al respecto.

La necesidad de construcción de este texto también puede ser dilucidada tras estudiar las continuas discrepancias, entre los numerosos fallos de las instancias judiciales frente a como debe ser el manejo adecuado de los eventos relacionados con estabilidad laboral reforzada, lo que conlleva a una permanente incertidumbre y confusión en el tema, la cual solo puede ser despejada a través del estudio consecuente de la realidad jurídica en esta figura legal.

Objetivo General

Plantear si les asiste protección derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada a los trabajadores que presten sus servicios al Estado, a través de los diferentes tipos de vinculación laboral como Servidores Públicos, realizando un análisis histórico-crítico de la jurisprudencia, normatividad interna y normatividad internacional de la estabilidad laboral reforzada, para así poder sentar y defender una postura clara acerca de la aplicabilidad de este derecho en cada una de las formas de vinculación como Servidor Público.

Objetivos específicos

- Analizar a la figura de la estabilidad laboral reforzada en el sector privado en Colombia, a través de la jurisprudencia, las leyes, la Constitución y la normatividad internacional que la rige, para acercarnos a un concepto, espectro de protección y objeto de tal derecho.
- Identificar las formas de vinculación laboral como Servidor Público con el estado, dadas por la Constitución y las leyes, para así entender su funcionamiento y acercarnos al objeto central de estudio de este trabajo.
- Determinar la posible aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada en cada uno de los tipos de vinculación laboral como Servidor Público, mediante la interpretación de la jurisprudencia y la normatividad en el tema, sentando así una posición clara en este aspecto del derecho administrativo, en un marco constitucional moderno.

Marco Referencial

El concepto de estabilidad laboral reforzada no es dado por norma legal, constitucional o Instrumento internacional alguno, sino, que ha sido producto de un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, quien en uso de sus atribuciones como máximo intérprete de la Constitución Nacional y Guardián de los principios y derechos contenidos en la misma, instauró, a través de sentencias de constitucionalidad y sentencias de tutela proferidas en sede de revisión, una garantía para los trabajadores de grupos poblacionales vulnerables, basándose en la legislación laboral interna y los convenios internacionales.

Como primer fallo, posterior a la constitución de 1991, que desarrolla lo que hoy llamamos el derecho de la estabilidad laboral reforzada encontramos la sentencia de la Corte Constitucional T 427 de 1992, en la cual un trabajador del entonces Caprecom sostiene que fue separado de su cargo encontrándose supuestamente afectado en su salud por una cirugía, que se le había practicado para corregir una osteonecrosis. En dicha ocasión el actor alegaba violación a su derecho fundamental al trabajo, por lo que solicitó ser reintegrado a su empleo. aunque, si bien el trabajador no fue amparado en la sentencia por encontrarse que su afectación estaba casi superada, se comenzó desde allí a sentar las bases jurisprudenciales para predicar la estabilidad laboral reforzada.

En los primeros intentos jurisprudenciales por definir y delimitar el contenido de este derecho, encontramos que no era llamado estabilidad laboral reforzada, sino, que la Corte Constitucional, como se observa en la sentencia T 441 de 1993, estudiaba el "alcance constitucional del derecho a la igualdad". En aquella sentencia a través del caso de un "minusválido" (denominado así en ese entonces) separado de su empleo en el sector público, dicha judicatura argumentó su sentencia protectora expresando que:

el objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idénticos tratos dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la

igualdad ante la Ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes. (Sentencia T441 de 1993. Corte Constitucional, M.P José Gregorio Hernández Galindo, 1993)

Ya en 1997 con la sentencia C 470 de ese mismo año, se introduce como tal, entre los magistrados de la Corte Constitucional, el concepto de estabilidad laboral reforzada, al estudiar la constitucionalidad del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual habla acerca de la necesidad de pedir permiso al Inspector del Trabajo para despedir a una mujer embarazada. en aquel entonces tal derecho fue entendido de la siguiente manera:

Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. (sentencia C 470 de 1997 Corte Constitucional M.P Alejandro Martínez Caballero, 1997)

Se utilizó para declarar la exequibilidad del artículo mencionado, argumentos recogidos con las experiencias de fallos de tutelas, entre ellos las sentencias T 441 de 1993, T 427 de 1992 y anteriores sentencias de constitucionalidad como la C 710 de 1996 que hablan de protección superior a ciertos grupos de la población.

Actualmente el concepto de estabilidad laboral reforzada utilizado por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela, entre la más reciente la T 320 de 2016, es un concepto estructural, descriptivo de la protección que brinda y es el siguiente:

El derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz. (sentencia T 320 de 2016 Corte Constitucional M.P Alberto Rojas Ríos, 2016)

Como se puede ver el concepto del derecho que se aborda en esta investigación ha tenido

fundamento en los principios de igualdad material y en la prohibición de discriminación de cualquier tipo, igualmente ha demarcado en este sentido el espectro de protección, limitándolo a trabajadores discriminados, pero, a modo de ver de quien escribe el concepto actual se queda corto de acuerdo con lo que se expondrá a lo largo de las temáticas que abordaremos, y requiere adaptaciones sustanciales, en especial cuando nos adentramos en el mundo de los Servidores Públicos que se encuentren en hipótesis de estabilidad laboral reforzada.

Puede decirse que, la Corte Constitucional ha emitido sentencias donde trata el tema de la estabilidad laboral reforzada de personas adscritas al sector público mediante distintos tipos de vinculación, sin embargo, no existe un criterio unificado, máxime cuando actualmente se han fomentado en el sector privado nuevas posturas para darle tratamiento a este derecho, que puedenser análogamente aplicados al campo público. Ejemplo de estas sentencias emitidas para el sector público puede ser la T 277 de 2012 al expresar que:

esta Corporación ha sostenido que el derecho a la estabilidad reforzada en el sector público no se inaplica a aquellos trabajadores despedidos en circunstancias de debilidad manifiesta que ocupen cargos en provisionalidad; así como tampoco a los trabajadores que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, aunque la estabilidad laboral en este caso sea “precaria”. (sentencia T 277 de 2012 Corte Constitucional M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2012).

Por su parte, la sentencia T 834 de 2012 al hablar de los Servidores Públicos con periodo fijo institucional expresa que el "principio de estabilidad laboral reforzada no opera a

favor deservidores públicos de periodo fijo" (Sentencia T 834 de 2012. Corte Constitucional Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 2012); argumentando de una forma que bien pareciera ser lógica, la contrariedad a lo dicho por esta corporación en el sector privado, donde, ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada se predica de cualquier tipo de contrato donde se preste personalmente un servicio incluso los de naturaleza no laboral.

Adicional a las sentencias de Corte Constitucional es difícil encontrar un autor que trate a profundidad el tema de la estabilidad laboral reforzada en el sector público, aunque, sí pueden encontrarse algunas aproximaciones en temas específicos como lo es por ejemplo el trabajo de grado para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo de la abogada Evelyn Fabiana Vargas Quitian, que habla sobre la estabilidad laboral de los Funcionarios Públicos nombrados en provisionalidad, donde su pregunta problematizadora fue: "¿Qué desarrollo ha tenido la estabilidad laboral reforzada en Colombia, para servidores públicos nombrados en provisionalidad, en el evento de ser sujetos de especial protección constitucional y legal?" (Vargas Quitian, 2015, pág. 5). sus conclusiones fueron:

Los empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral intermedia que garantiza su desvinculación solo si existe justa causa para ello. Los empleados públicos que ocupan cargos de carrera, cuando por sus condiciones especialísimas son sujetos de especial protección constitucional gozan de estabilidad laboral reforzada sin importar el método de vinculación al servicio público. La madre gestante que ocupa un cargo en provisionalidad goza de una estabilidad laboral reforzada durante el periodo de embarazo y lactancia, estabilidad

que una vez culmina dicho periodo se transforma nuevamente en estabilidad laboral intermedia". (Vargas Quitian, 2015, págs. 27-28)

Igualmente abordando el mismo tema existe un trabajo de los autores Jaime Rogelio Torres Rocha y Karol Alexandra Ruiz Ortiz quienes titulan a su investigación, publicada en la revista *verba iuris* estudiantil volumen 1, de la Universidad Libre de Colombia "la estabilidad laboral reforzada de los empleados provisionales" (Rocha & Ortiz, 2012, pág. 1). la cual trae como preguntas problematizadoras las siguientes: "¿Los empleados provisionales han adquirido una estabilidad reforzada?... ¿Los empleados provisionales ostentan en la actualidad una estabilidad laboral?" (Rocha & Ortiz, 2012, pág. 3) y llegan a las siguientes conclusiones:

La comparación de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la provisionalidad con la normatividad aplicable, ha llevado a la justicia a otorgarles mayores beneficios de los que ostentaban inicialmente. - La forma transitoria de proveer los cargos públicos, denominado empleo provisional, ha adquirido a través del tiempo una gran importancia y por lo tanto el legislador no puede desconocer el impacto social que surgiría al no buscar los medios que permitan otorgar la estabilidad de los empleos provisionales. - La figura de empleado provisional fue creada con el fin de suplir la necesidad de proveer personal en las entidades pertenecientes al régimen estatal, pero su finalidad desbordo el régimen constitucional y el marco legal con el que se rigen, obteniendo de esta manera una estabilidad reforzada. (Rocha & Ortiz, 2012, págs. 15-16)

Diseño Metodológico

La presente investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo y un alcance descriptivo; ya que esta busca identificar factores, variables, categorías y criterios al analizar concretamente el objeto, que para este caso es la estabilidad laboral reforzada de los Servidores Públicos. Busca de igual manera esta investigación tratar de comprender en su complejidad el problema que se plantea, sin que en algún momento se llegue a desarrollar estadísticas, por el contrario, se pretende llegar a proponer o sustentar hipótesis o teorías acerca del tema.

Podríamos además de lo anterior enmarcar el diseño de esta investigación como uno de tipo no experimental, por lo que, además, esta no requerirá de determinar una población o muestra para su desarrollo.

La información que obtendremos será en su totalidad de fuentes primarias y secundarias, y Las técnicas de recolección de datos que usaremos son las siguientes:

- **Análisis de documentos:** mediante esta técnica se busca acceder a la mayor cantidad de documentos relacionados con la materia objeto de investigación para aprovechar su influencia y aporte en la construcción teórica que se pretende plantear.

- **Análisis de contenido:** a través de esta técnica se busca relacionar el contenido de los diferentes instrumentos que utilizamos durante nuestra investigación para buscar similitudes y

diferencias entre estos.

Los instrumentos de los cuales nos valdremos para la recolección de datos son:

- Jurisprudencia colombiana.
- Leyes colombianas.
- Constitución Política de Colombia.
- Instrumentos de Derecho Internacional.
- Libros impresos.
- Publicaciones en internet.

El procedimiento que se va a seguir en la investigación está guiado por los objetivos específicos de esta; El primer paso por dar es la documentación acerca de la estabilidad laboral reforzada en Colombia como figura general. El siguiente será, una documentación acerca de las formas de vinculación laboral con el Estado Colombiano. Una vez concluida esta etapa de recolección de información, se utilizará un método inductivo-deductivo para abordar el siguiente paso que es el de determinar la aplicabilidad del derecho a una estabilidad laboral reforzada en cada una de las formas de vinculación con el estado colombiano y de igual forma poder dar las proposiciones en la materia.

Capítulo I

Estabilidad laboral reforzada en Colombia

En este primer capítulo trataré de dejar claridad acerca de qué es la estabilidad laboral Reforzada en Colombia, cuál es su objeto de protección, el marco normativo que la rige y además plantear algunos debates que se han suscitado frente a este derecho, los cuales podrían ayudarnos a formar una idea clara, acerca de qué posición asumir al momento de enfrentar el aspecto central que pretende desarrollar este documento; el cual es, la posibilidad que tienen los Servidores Públicos de acceder a la protección que profesa la estabilidad laboral reforzada, de acuerdo con su forma de vinculación. Es necesario, anotar antes de entrar en materia que, este tema puede tener tanto de ancho como de largo, por lo que trataré de ser lo más concreto posible, profundizando sólo en aspectos que podrían ser relevantes.

1.1 Estabilidad laboral y estabilidad laboral reforzada

En Colombia existe un derecho predicado desde la Constitución de 1991, dirigido a todos los trabajadores dentro del Territorio patrio, a que las relaciones laborales mantengan una continuidad; siendo clara muestra de que fue entendido por el constituyente, así como lo confirma el artículo 25 de la Carta Política, que el trabajo es una obligación y, a la vez, un derecho de toda persona; obligación porque, el trabajo de las masas productivas influye directamente en la economía del país y el desarrollo de este, así como indirectamente en la calidad de vida de todos los habitantes de la nación y derecho porque, el trabajo en nuestro

medio civilizado asegura las más básicas necesidades del ser humano.

Este derecho al que nos referimos de estabilidad laboral se encuentra expresado al tenor del artículo 53 de la Constitución Política, el cual, hablando sobre los principios de las relaciones laborales reza "igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales" (Constitución Política de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Ahora bien, una vez dicho esto, y de acuerdo con la experiencia de cualquier ciudadano colombiano trabajador, la pregunta que no puede dejar de hacerse es ¿Por qué en Colombia los trabajadores no gozan de una verdadera seguridad de la permanencia en el empleo? ante lo cual expresaré que, dar una respuesta completa a este asunto sería meritorio, inclusive, de realizar otro escrito investigativo, por lo que brevemente haré unas cuantas afirmaciones.

Lo plasmado en el artículo 53 de la Constitución se ha entendido por la Corte Constitucional como una estabilidad laboral que es impropia o precaria, es decir, no asegura al trabajador una permanencia en el empleo mientras no se presente una justa causa de despido, sino que la protección brindada por este derecho es el pago de una prerrogativa económica cuando el trabajador es desvinculado por mero capricho del empleador. Convirtiéndose, esta carga económica que se le impone a quien quiere despedir sin justa causa, en una forma de prevención general, para que se evite llevar a cabo tales despidos injustos. Dichas aseveraciones se deducen de lo expresado en numerosas ocasiones por la Corte Constitucional, entre las más

recientes cuando dice en sentencia T 445 de 2014 que:

la estabilidad laboral impropia suele acompañar a todo contrato laboral. A través suyo se busca proteger al trabajador de un despido injusto, pues el empleador sólo está autorizado para terminar la relación laboral cuando existe una justa causa para tal efecto, o cuando ante la ausencia de una, indemniza adecuadamente al trabajador. (Sentencia T 445 DE 2014, Corte Constitucional M.P María Victoria Calle Correa, 2014)

Ahora, el hecho de que la Corte Constitucional haya definido el alcance del artículo 53 de la Constitución de esta manera, no significa que sea la interpretación más ajustada a la dignidad del trabajador y al principio protector que lo cobija, a mi juicio, el entender de esta manera el artículo en mención significa que en realidad no existe derecho a estabilidad laboral en Colombia. Tal afirmación se realiza esbozando que el contrato de trabajo es ciertamente, como su nombre lo indica, un contrato, un acuerdo de voluntades, que aparte de las disposiciones especiales que lo rigen se guía básicamente por la misma lógica general de cualquier otro. Lo dicho, para hacer énfasis en que, como en cualquier contrato, cuando se genera el incumplimiento de lo pactado, la parte que incumple se hace acreedor a pagar una indemnización de perjuicios.

Dicho lo anterior se debe ver que, por ejemplo, en los contratos a término fijo y por obra o labor, la indemnización por despido sin justa causa, que a modo de ver de la corte protege la estabilidad laboral, es el pago de los salarios que se dejaron de percibir por la terminación anticipada del contrato, es decir, desde que se dio el despido hasta que hubiera terminado

efectivamente el contrato, la obra o labor, así, a manera de ejemplo, cuando un trabajador cuyo contrato fue pactado a un año, es despedido sin justa causa a los seis meses, tiene derecho a una indemnización de los restantes seis meses de salario que dejó de percibir. Cosa que no asegura en ninguna forma estabilidad en el empleo, ya que de la manera que se viene analizando, esta sería la indemnización de perjuicios apenas lógica que podría darse en cualquier tipo de contrato, ya sea de naturaleza civil o comercial, como sería el caso del contrato de prestación de servicios que se quiere terminar anticipadamente.

Es por tanto que me atrevo a decir que, la indemnización de ley por despido sin justa causa no es una protección a la estabilidad laboral, sino, como su nombre lo indica una indemnización de perjuicios, donde la ley determina o hace determinable el monto por indemnizar, al no dar cumplimiento a lo pactado en el aspecto temporal del contrato. similar situación sucede en los contratos a término indefinido donde el trabajador tiene una expectativa contractual de permanecer en el empleo por un tiempo indeterminado; el ámbito temporal pactado es indefinido, por lo que poner término al contrato sin justificación obliga, como sería de lógica en cualquier contrato, a indemnizar por el perjuicio que con esto se produce. Ahora bien, no se debe decir que la normativa no contiene disposición especialmente diseñada para proteger al trabajador, ya que se rescatan dos aspectos importantes; el primero es que, el trabajador puede saber de entrada cuanto se le debe pagar de indemnización por el despido injusto, sin tener que demostrar un perjuicio y; el segundo es que, en los contratos a término indefinido el monto de la indemnización aumenta a medida que se va alargando la relación laboral.

Manifestado el hecho de que, en Colombia al contrario de lo expresado en el artículo 53 de la Constitución, el trabajador realmente no tiene derecho a una estabilidad laboral, podemos referir como principales causas de esto, el modelo económico-político neoliberal imperante, ya que un derecho de la naturaleza de la estabilidad laboral, aplicado en propiedad a todo trabajador, es totalmente incompatible con tales lineamientos y políticas; en donde prima el capitalismo, la autonomía de la voluntad privada y el poco intervencionismo del estado; políticas que no se deben desconocer en un país en proceso de desarrollo, globalización y con necesidad de la inversión extranjera como el nuestro, incapaz de asegurar empleo a todos los habitantes en etapa productiva por su poco desarrollo industrial interno, dependiente de la industria que puedan aportar los capitales extranjeros para generar fuentes de empleo e incentivar la economía; por lo cual se vería afectado si se convierte en un país poco atractivo a la inversión al alejarse de las políticas neoliberales y convertirse en un estado en demasía intervencionista en los ámbitos laboral y comercial.

Se afianza lo anterior si se tiene en cuenta que a los empleos en un estado neoliberal se les da el tratamiento de un mercado, “el mercado laboral” y en este sentido deben regirse por la ley de la oferta y la demanda y el principio de mayor beneficio o en palabras de Marx

la economía política solo conoce al obrero en cuanto animal de trabajo como una bestia reducida a las más estrictas necesidades vitales... no los conocen como hombre, sino como instrumentos de la producción que deben aportar lo más posible y costar lo menos posible. (Marx, 2001, págs. 61-67)

Sin embargo, mal haría un Estado que se hace llamar social de derecho; al dar tratamiento igual en estos temas laborales a personas que, dadas sus condiciones de vulnerabilidad tienen necesidad de protección especial; por esto se crea la figura de la estabilidad laboral “reforzada”, que a mi módico entender se refiere a una estabilidad laboral propia. En atención a que, se hace casi imposible para el Estado brindar la estabilidad laboral propia a todo colombiano, limitó este derecho a ciertos grupos de la población que lo requieren en mayor medida para asegurar sus condiciones dignas de vida; grupos de los cuales se hará mención más adelante.

Esta llamada estabilidad laboral reforzada o en mi criterio propia, protege al trabajador perteneciente a ciertos grupos de la población, en principio, de no ser despedido por motivos discriminatorios, sin permiso de autoridad competente, y digo en principio por que como veremos más adelante, la protección no se limita únicamente a no ser despedido por discriminación, Además, la necesidad de pedir permiso para desvincular al trabajador en condiciones de vulnerabilidad, debería tener un origen normativo y actualmente no a todos los grupos de la población que gozan de una estabilidad laboral reforzada les asiste norma que obligue al empleador a pedir dicho permiso.

Para terminar este aparte quisiera decir que la Corte Constitucional ha agregado diferentes adjetivos a la estabilidad laboral para referirse a diferentes supuestos, por ejemplo, ha denominado estabilidad laboral “impropia” a la de los trabajadores comunes y corrientes (sentencia Corte Constitucional T 445 de 2014); estabilidad laboral “precaria” a los servidores

públicos de libre nombramiento y remoción (sentencia Corte Constitucional T 277 de 2012) (estos no reciben ni siquiera indemnización al ser despedidos sin justa causa), estabilidad laboral “reforzada o superior” la que abarca a personas vulnerables tal como se verá a continuación (sentencia Corte Constitucional C 531 de 2000) y, la estabilidad laboral “propia”, la cual ostentan los servidores públicos de carrera administrativa cuya estabilidad laboral es asimilable a la reforzada de personas vulnerables, aunque con algunas sutiles diferencias.

1.2 Supuestos de estabilidad laboral reforzada

Lo primordial que pretendo entienda el lector en este aparte es que si bien se tiene un desarrollo jurisprudencial y en algunos casos un marco legal que dice cuáles son los grupos de la población que tienen una estabilidad laboral reforzada, ésta lista de grupos no es cerrada y su configuración atiende primordialmente a criterios histórico-sociales, por lo que no es descabellado pensar en nuevos supuestos de estabilidad laboral reforzada que amplíen los que mencionaré a lo largo de este aparte. Los grupos de personas que se ha definido tienen estabilidad laboral reforzada son actualmente:

- Mujeres gestantes o lactantes.
- Inválidos, minusválidos, discapacitados, disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales y, en general todos aquellos que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores.
- Trabajadores con fuero sindical.
- Pre pensionados.
- madres cabeza de familia.

- Menores de edad.

Mencionados cuales son los supuestos actuales, entraré a explicar aspectos relevantes de cada uno de estos para dejar claridad acerca del porqué se profesa, les asiste tal derecho y que tratamiento legal y jurisprudencial tiene cada supuesto.

1.2.1. Mujeres gestantes o lactantes. La protección a la mujer gestante tiene un amplio desarrollo normativo que sustenta su estabilidad laboral reforzada, cosa que es apenas lógica, dado que la gestación es el hecho creador de vida que asegura la supervivencia de la especie humana y negligente sería que como especie no se cuidara a la mujer que está a punto de traer a la vida un nuevo ser, por tanto, el ámbito laboral no puede ser ajeno a la protección que debe tener una mujer gestante, por ello, existen normas que cuidan su salud en el trabajo, así como su continuidad en la relación laboral durante este periodo, asegurando en pro de la dignidad humana, a) unos ingresos básicos durante el embarazo y la lactancia y, b) la afiliación al sistema general de seguridad social en salud como cotizante, ya que, de esto depende su integridad y supervivencia, y la del que está por nacer.

La protección de la permanencia en el empleo a la mujer gestante tiene origen en una necesidad histórica de reivindicar a las mujeres trabajadoras, ya que, de vieja data se conoce la fuerte lucha que estas han tenido que dar, para afirmar sus derechos laborales, políticos, y poder derrotar la discriminación frente al hombre, la cual laboralmente se ve agravada cuando entran en estado de embarazo, por el hecho de que este merma su capacidad productiva y hace que requieran cuidados especiales, llegándose a considerar la mujer en estas condiciones, una carga

para el empleador, quien en este contexto decide prescindir de sus servicios.

En cuanto a la normatividad que actualmente rige las relaciones de trabajo con mujeres embarazadas podríamos hablar de normas internacionales y normas internas

1.2.1.1 Normas internacionales

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas (O.N.U, 1979)

- Recomendación número 95 de 1952 de la O.I.T. (O.I.T, 1952)

- Convenio 183 de la OIT. (O.I.T, 2000)

- Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de 1967. (O.N.U, 1967)

- Declaración universal de los derechos humanos. (O.N.U, 1948)

1.2.1.2 Normatividad interna.

- Constitución Política de Colombia artículo 43

- Ley 1822 de 2017 de la República de Colombia en su artículo 2 que expresa:

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al

parto. 3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta días (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo. (Colombia, Congreso de la República, 2017)

- Decreto ley 2663 de 1950 de la república de Colombia (Código Sustantivo del Trabajo, en adelante C.S.T) artículo 240 que dice.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. (Colombia, rama ejecutiva del poder público, 1950)

- Decreto 13 de 1967 de la República de Colombia por el cual se incorporan al Código Sustantivo del Trabajo las disposiciones de la ley 73 de 1966, especialmente su artículo 8, que modificó el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo el cual menciona:

1. El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de

los descansos remunerados de que trata este capítulo, o delicencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados. (Colombia, rama ejecutiva del poder público, 1967)

1.2.1.3. Controversias y tratamiento. La estabilidad laboral reforzada para mujeres gestantes o en estado de lactancia, si bien no era llamada de esta forma antes de las decisiones de constitucionalidad y tutela de la Corte Constitucional, era un derecho ya adquirido por las mujeres y profesado por una altruista normatividad interna, producto de cambios en el derecho internacional, donde cabe resaltar como pionera la recomendación número 95 de 1952 de la O.I.T. Hoy día no se puede negar que la entrada en vigor de la constitución de 1991 y la puesta en marcha de la Corte Constitucional ha dado como resultado grandes logros en la protección para este sector de la población trabajadora, a la cual actualmente no solo se le protege su vínculo laboral sino sus condiciones laborales y de seguridad social.

Podemos decir que el camino hacia la protección que hoy brinda este derecho inicia en la sentencia de Corte Constitucional C 710 de 1996 con ponencia de Jorge Arango Mejía, donde se debatía entre otras cuestiones, si se respetaba el derecho a la igualdad, al debido proceso y la protección especial a la maternidad, en las disposiciones normativas que regulaban el despido de las trabajadoras en estado de gestación mediante autorización del Ministerio del Trabajo, en relación con los trabajadores que tienen fuero sindical, los cuales deben ser despedidos bajo autorización de juez.

En aquella ocasión se decidió que era totalmente constitucional que el Inspector del Trabajo resolviera sobre los permisos para despedir a mujeres en estado de embarazo, dado que, de esta manera se podía brindar una efectiva protección a los derechos de las trabajadoras, y en nada contradecía este actuar administrativo al debido proceso, además, no se podría hablar de desigualdad en este caso ya que se trata de supuestos diferentes, los del trabajador aforado y de la trabajadora en estado de gestación; permitiéndose en el umbral de la potestad legislativa, nombrara un funcionario para cierto supuesto y a otro funcionario para otro supuesto; ofreciendo, en todo caso, para ambos una protección real, aclarando que para las mujeres en estado de embarazo impediría la decisión del Ministerio del Trabajo acudir a la vía judicial.

Una vez resuelta la constitucionalidad del permiso para despedir otorgado por el Ministerio del Trabajo, se comenzó a debatir otro asunto que fue trascendental para que pudiera surgir la protección mediante tutela de la estabilidad laboral reforzada de mujer gestante, el cual, se trató en la sentencia de Corte Constitucional C 470 de 1997 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, en donde se debatía la constitucionalidad del numeral tercero del artículo 239 del C.S.T, que hablaba sobre la indemnización de 60 días de salario que se debía pagar a la mujer que era despedida en estado de embarazo o lactancia.

Para ese entonces, mediante interpretación era viable decir que se podía despedir a la mujer gestante, pagando simplemente la indemnización adicional de ley, como pasaría en cualquier contrato laboral regido bajo la estabilidad laboral impropia, aunque, si bien la Corte Constitucional declaró constitucionalmente exequible el artículo, limitó su interpretación

bajo el entendido que, la mujer no podía ser despedida en estado de embarazo sin permiso del Ministerio del Trabajo, y si dicho despido se diera, este debe considerarse nulo, aclarando también que deberá pagarse la indemnización de 60 días de salario establecida en el debatido artículo, utilizando como argumento para el fallo la igualdad que se debía tener en relación con los trabajadores aforados cuyo despido ya se tenía claro que, era en definitiva nulo si no se hacía bajo autorización del juez.

Dicha sentencia recalcó que la protección brindada por este derecho era la de permanencia en el empleo, estableciendo esta permanencia como fundamental para estos sujetos de especial protección, abriendo paso a su protección definitiva mediante el proceso de tutela. Adicionalmente, permite junto con la sentencia C 710 de 1996 de ese mismo tribunal, manejar cómo se verá más adelante, las tesis de la presunción de despido con causa discriminatoria, y la postura de que la indemnización de 60 días de salario no es excluyente ni con el reintegro, ni con el pago de los salarios dejados de percibir, e incluso con la indemnización por despido injusto del artículo 64 del C.S.T, cosa que se tenía clara para los trabajadores discapacitados.

Como era de esperarse, los inconvenientes con la protección a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo siguieron apareciendo, pudiendo hablar de dos como principales.

1.2.1.3.1. Bajo qué modalidades contractuales se puede aplicar la protección a la estabilidad laboral reforzada de mujer en estado de gestación. Para iniciar, es de advertir, que este será el único supuesto donde abordaré el tema de las modalidades contractuales, por lo

que se tomará como referencia para los demás, en los cuales se aplicará en la medida de lo posible la analogía con las mujeres gestantes. Esto con el objeto de no hacer demasiado extenso y tedioso el texto, y poder abordar en cada uno de los supuestos siguientes temas diferentes, que serían más relevantes para resolver el aspecto central de la investigación.

El problema surge cuando observamos la filosofía de evitar discriminación laboral de la mujer gestante, con la que nace este derecho y la enfrentamos en casos reales con contratos a término fijo; por obra o labor, el contrato por prestación de servicios, el contrato sindical, la asociación a cooperativas de trabajo asociado y los contratos de trabajo en misión con empresas de servicios temporales; donde en dichas situaciones los contratos tienen un aspecto temporal claramente definido, lo cual representa justa causa de despido, e incluso algunos de los mencionados no tienen el carácter de contrato laboral.

La pregunta era ¿cómo decir que un despido es injusto si está amparado bajo una causal legal como la terminación del término pactado?, ¿cómo sustentar en sede judicial que el despido tiene una causa discriminatoria? y ¿cómo profesar estabilidad laboral reforzada en contratos que legalmente no tienen el carácter de laboral?, recordando inclusive, lo dicho en la recomendación número 95 de 1952 de la O.I.T donde se expresa que:

Motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo podrán ser considerados, por la legislación nacional, como causas justas para el despido, durante el

período en el que la mujer esté protegida. Cuando existan consejos de empresa, sería conveniente consultarlos con respecto a tales despidos. (O.I.T, 1952)

Situaciones que de no manejarse con cuidado dejarían desprotegida a gran parte de las mujeres trabajadoras en situación de embarazo.

Para entender cómo se resolvió esta disyuntiva haré hincapié en algunos aspectos iniciales y después entraré a analizar el tratamiento dado a cada contrato por la corte constitucional. A groso modo diré que la Corte Constitucional ha manifestado que cualquier tipo de contrato laboral es susceptible de la protección a la estabilidad laboral reforzada, ya que, este derecho puede llegar a entrometerse en la libre configuración contractual, de la forma que se mostrará en las siguientes páginas, e igualmente diré de entrada que, este Tribunal extendió jurisprudencialmente la protección, a los contratos donde se presta personalmente un servicio sin subordinación a cambio de una remuneración (contrato de prestación de servicios, contrato sindical y cooperativas de trabajo asociado).

Clara muestra de que se ha entendido por el máximo Tribunal Constitucional, que el derecho al trabajo y sus derechos conexos no son un asunto legal que solo atiende a la definición de trabajo del C.S.T donde solo se ven relacionados los contratos laborales, sino, que dentro del contexto colombiano el trabajo es en términos coloquiales es aquella forma de ganarse la vida y desostener una familia, por lo que debe brindarse protección a toda persona que preste en situación de vulnerabilidad y desigualdad de armas, servicios personales en favor de otro; con el fin de evitar abusos o discriminación.

Se hace importante abordar antes de analizar los tipos contractuales individualmente, el hecho de que, se dio en la Corte Constitucional la necesidad de proferir una sentencia de unificación jurisprudencial, dado que existían varias posiciones dentro de este órgano de cierre, acerca de aspectos centrales al abordar el tema de la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, entre ellos y el que considero tenía mayor disputa era la notificación del embarazo a empleador, para poder establecer la protección.

Comenzamos analizando la sentencia T-1201 de 2001 de la Corte Constitucional, donde claramente se expresa que para poder aplicar a la protección de la estabilidad laboral reforzada se tiene la “Necesidad de probar comunicación oportuna y causalidad entre despido y estado de gravidez”(sentencia T 1201 de 2001, Corte Constitucional, M.P Manuel José Cepeda, 2001), posición imperante en la Corte hasta la sentencia T 095 de 2008 en donde se expresó:

aun cuando la trabajadora no le haya comunicado al empleador su estado, si resulta probado mediante constancia médica que la mujer quedó embarazada durante la vigencia del contrato laboral, debe el empleador cumplir con sus obligaciones y garantizar el reconocimiento y pago de todas las prestaciones derivadas del fuero de maternidad. (sentencia T 095 de 2008 Corte Constitucional, M.P Humberto Antonio Sierra Porto, 2008).

Lo anterior más que una dicotomía al interior de la Corte, considero, significó un cambio de paradigma acerca del objeto de protección de la estabilidad laboral reforzada, donde este pasó de ser las situaciones de discriminación a convertirse en la vulnerabilidad de la mujer

gestante y el interés superior del menor, es decir, ya no solo se busca proteger, por ejemplo, a la mujer embarazada de la discriminación laboral, sino asegurarle un empleo para poder sustentar sus gastos y los del que está por nacer, dado que en su estado esta mujer se encuentra en desventaja al momento de buscar un nuevo empleo, por lo que si llegara a ser despedida sin justa causa se encontraría en una grave desprotección junto con el nasciturus.

Este cambio significó que ya no era importante para aplicar la protección a la estabilidad laboral reforzada de gestantes, el hecho de que la mujer haya sufrido o no discriminación a la hora de ser despedida, sino que, su despido se produzca mientras se encuentren estado de embarazo, dado que no se puede permitir por el Estado Social de Derecho, que esta persona de especial protección constitucional quede en una situación de extrema vulnerabilidad.

El análisis anterior nace de aplicar la más simple lógica, basta con pensar, cómo puede un empleador discriminar a una mujer por su estado de embarazo si ni siquiera sabe que está en embarazo; es por tanto que el brindar protección de estabilidad laboral reforzada a una mujer que no notifica su estado de embarazo al empleador, se convierte en uno de los referentes más importantes a la hora de estudiar este derecho, en especial, cuando abordemos la situación de los Servidores Públicos.

Posterior a la sentencia T 095 de 2008 la Corte Constitucional, emitió sentencias en ambos sentidos, utilizando ambos paradigmas hasta que se profirió la tan mentada sentencia de Corte Constitucional SU 070 de 2103 en donde de manera conciliatoria, se podría decir, unió ambas tesis y estableció que el conocimiento o no del empleador del estado de embarazo

afectaba la amplitud de la protección que se podría brindar a la mujer en estas condiciones, así entonces, se abandona la tesis de que sin notificación al empleador no se puede proteger a la gestante, pero, también se excluye la tesis de que sin dicha notificación se puede lograr una protección integral. Por lo anterior la Corte diseñó unos supuestos y delimitó la protección según estos, pudiéndose exponer individualmente la protección en cada contrato de la siguiente manera.

1.2.1.3.1.1. Contrato a término fijo. El contrato a término fijo es un claro ejemplo de cómo la estabilidad laboral reforzada interviene o limita la libre configuración contractual en eventos, como el que se viene tratando, de mujeres en estado de embarazo. En esta modalidad contractual la mujer en dicho estado puede verse envuelta en varias situaciones que vale la pena estudiar por separado, refiriéndome para abordarlas en especial a la sentencia SU 070 de 2013 de la Corte Constitucional, pudiendo establecer que para el contrato laboral a término fijo se configura una protección de la siguiente manera:

- Si el empleador conoce del estado de embarazo y despide antes de la terminación del contrato sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo, sea alegando justa causa o no, procede una protección integral de poder solicitar el reintegro, los salarios y cotizaciones a seguridad social dejados de percibir como consecuencia del reintegro (ya que se entiende la relación laboral sin solución de continuidad) y además la sanción de 60 días de salario establecida en la ley. Aquí se evidencia que el control previo del despido por parte del Inspector del Trabajo es inexorable por lo que cualquier justa causa no puede ser alegada en instancias judiciales sí, no se pidió el respectivo permiso ex ante.

- si el empleador conoce el estado de embarazo y despide en razón a la terminación del contrato sin permiso del Ministerio del Trabajo; en sede tutela la trabajadora puede solicitar el reintegro, las cotizaciones a seguridad social y la indemnización de 60 días de salario, más no puede pedir los salarios dejados de percibir, dado que el contrato ya había terminado efectivamente. no obstante, el reintegro solo se puede dar según la sentencia SU 070 si no ha desaparecido el objeto contractual que dio inicio a la relación laboral, dado que no se puede obligar al empleador a mantener una relación laboral con una empleada que no tiene labor a realizar en la empresa, como lo sostienen entre otras la sentencia de Corte Constitucional T 879 de 1999 M.P Carlos Gaviria Díaz.

Aunque, ante dicha Postura no puedo estar del todo a favor, en atención a que, el objeto que da inicio al contrato laboral es, para el empleador, las funciones o cargo que va a ser desempeñado por la trabajadora, por ende, cuando hablamos de desaparición del objeto contractual, nos referimos a que el cargo dejó de existir en la empresa, o la obra o labor que dio inicio al cargo finiquito, mas, esto no quiere decir que la empresa no siga desarrollando actividades económicas; en consecuencia, considero que dichas labores que dieron origen a la relación laboral deberían, una vez agotadas, cambiarse por otras, en atención a la necesidad imperiosa de que la mujer gestante no quede cesante y al principio de solidaridad, lo que podríamos denominar en este tipo de trabajadoras como derecho a la reubicación por desaparecimiento del objeto contractual.

Como ejemplo, el Código Sustantivo del Trabajo contempla actividades prohibidas para las mujeres gestantes, ¿qué pasa entonces, cuando la mujer inicia el embarazo ejecutando

habitualmente una actividad riesgosa? la respuesta no es que puede ser despedida por imposibilidad de continuar el objeto contractual, sino, que debe ser reubicada a un cargo compatible con su estado para salvaguardar sus derechos, de acuerdo entre otras normas, con la ley 776 de 2002 de la República de Colombia en su artículo octavo.

Por tanto, considero que, sí, así como se planteó en el supuesto, se da la imposibilidad de continuar ejecutando el objeto contractual, e incluso, en el agotamiento o extinción de este, la protección que se debe brindar a la mujer despedida en estado de gestación debe ser un reintegro laboral aunado a una reubicación o cambio de funciones, eso sí, siempre y cuando no se haya dado lo que menciona la recomendación número 95 de 1952 de la O.I.T como “la cesación de las actividades de la empresa donde esté ocupada”, y pudiéndose igualmente alegar por el empleador la imposibilidad de dicha reubicación en la empresa por incompatibilidad de los cargos existentes en la misma con el estado de embarazo, como sucede con los trabajadores discapacitados, en tales casos se debería otorgar como protección el pago de las cotizaciones a seguridad social en la forma como se abordará más adelante.

En los supuestos donde el objeto contractual no se ha agotado, pero, se hace imposible que la trabajadora gestante continúe prestando labores para la empresa por la incompatibilidad de su estado con los cargos de la empresa, considero se debería pagar la indemnización de sesenta días de salario, dado que, el despido se debe efectuar en razón al embarazo, aunque no sea propiamente por una causa discriminatoria.

Es de aclarar que, las Propositiones anteriores deben ser tenidas en cuenta en todos los

supuestos de aquí en adelante, claro está, donde sean compatibles.

Continuando con el desarrollo del supuesto planteado por la Corte Constitucional, quiero expresar que no se deja totalmente desprotegida a la mujer que termina su contrato laboral a término fijo por desaparición del objeto contractual, ya que, se impone con base en planteamientos del retén social (tema que se verá en el siguiente capítulo) una carga para el empleador que no está obligado al reintegro, consistente en pagar las cotizaciones a seguridad social en salud durante el tiempo de gestación para poder que la mujer gestante acceda a la licencia de maternidad. configurándose esta prestación especial del sistema general de seguridad social en salud como objeto de protección de la estabilidad laboral reforzada, buscando la menor afectación posible al mínimo vital de la mujer gestante.

Es de tener en cuenta que, para la terminación efectiva del contrato a término fijo, se debe realizar el preaviso de ley, sin este, el contrato se renueva automáticamente por lo que, si el empleador despide ocurrido esta renovación, nos estaríamos refiriendo al primer supuesto.

- Si el empleador conoce del estado de embarazo de la trabajadora y el plazo del contrato va a terminar, o la trabajadora cometió una falta meritoria de despido, por lo que se quiere solicitar el permiso para despedir ante el Inspector del Trabajo, se debe tener en cuenta las siguientes reglas.

Si es por vencimiento del contrato debe hacerse antes de los treinta días de la fecha efectiva de culminación del término, notificando de igual manera antes de esos treinta días a la

trabajadora, que se solicitó el permiso para terminar el contrato. Este permiso no puede ser dado por el Inspector del Trabajo si verifica en los términos de lo ya expuesto, que subsiste el objeto del contrato, o que en su defecto hay opción de reubicación, dicho servidor, además, debe darle la oportunidad a la trabajadora de controvertir lo presentado durante el trámite por el empleador.

En caso de otorgar el permiso, considero que, el empleador deberá pagar las cotizaciones necesarias para que la mujer pueda acceder a la licencia de maternidad; ya que, la causa del despido no obedece al mal actuar de la trabajadora en la ejecución del contrato laboral y tal obligación surgiría derivada del principio de solidaridad, como se da en similares casos de agotamiento donde se da la imposibilidad de continuar la relación laboral.

Ante la existencia de una justa causa para despedir el empleador debe llevar un debido proceso para comprobar la falta y una vez esto se haga solicitar el permiso ante el Inspector quien también debe dar a la trabajadora la oportunidad de defenderse y controvertir lo expuesto por el empleador. La falta de un debido proceso en el trámite del permiso invalidará este acto administrativo, el cual, en este evento sería susceptible de ser atacado vía tutela para que se deje sin efectos y se logre un reintegro; si se lleva el proceso en orden y el Inspector del Trabajo verifica la justa causa, se hace imposible exigir algún pago al empleador, por lo que, es este supuesto no debe responder ni siquiera por las cotizaciones a seguridad social y la trabajadora queda sin ningún tipo de protección.

- Si el empleador no conoce del estado de embarazo de la trabajadora y la despide sin alegar justa causa, en este evento la trabajadora puede solicitar el reintegro si subsisten las causas

que dieron origen al contrato laboral (objeto del contrato) y si no subsisten, sólo el pago de las cotizaciones a seguridad social necesarias para la licencia de maternidad, recordando que, como el empleador no conoce del embarazo, es imposible pensar en que tenga que pedir permiso para despedir. En este supuesto la Corte ha aceptado en sentencia SU 070 que se podría reconocer la indemnización por despido injusto en sede tutela, pero a mi criterio dicha erogación económica es del consorte exclusivo de la jurisdicción ordinaria.

- si el empleador no conoce del estado de embarazo y despide con base en una justa causa, la sentencia SU 070 plantea que solo es posible solicitar, en sede tutela, el pago de las cotizaciones a seguridad social necesarias para la licencia de maternidad y que el alegato acerca de si se configura una justa causa de despido o no, se debe ventilar por la vía ordinaria. A mi juicio, esto no se puede mirar tan a la ligera, ya que, para alegar en proceso de tutela la justa causa de despido a una mujer embarazada (se tenga conocimiento o no), se debería verificar el debido proceso para establecer la falta, ante lo cual, sin debido proceso, otro derecho fundamental de la mujer gestante se estaría viendo comprometido, por lo que cabe pensar, se podría dejar sin efecto el despido pudiendo ordenarse el reintegro, así en un principio el empleador no hubiera tenido conocimiento del embarazo y este hubiere alegado justa.

Es de resaltar que en este supuesto a pesar de traerse a juicio una justa causa para despedir, la Corte ordenó en sentencia SU 070, el pago de las cotizaciones a seguridad social hasta el parto, entiendo yo, como una medida preventiva mientras se surte el proceso ordinario, al no ser competente para determinar si existió o no la justa causa de despido, y no haber sido posible, el control de legalidad del Ministerio del Trabajo, por la falta de conocimiento del

empleador. Con lo que existe la posibilidad de estar o no frente a una justa causa para despedir, y mientras dicha controversia se resuelve, la trabajadora no debe quedar desprotegida, ya que, si la justa causa realmente no existió, se hubiera podido conceder protección en los términos planteados para la hipótesis anterior.

- Si el empleador no conoce del estado de embarazo de la trabajadora y la despide alegando la terminación del contrato, se puede solicitar en sede tutela el reintegro si no se ha extinguido el objeto contractual, o solamente las cotizaciones al sistema de seguridad social necesarias para la licencia de maternidad, si ya se ha extinguido el objeto contractual. Se debe tener presente el preaviso legal, ya que si este no se dio el contrato no termina y nos referiremos al cuarto supuesto tratado.

Haciendo un análisis integral y siendo consecuentes con la voluntad protectora de la jurisprudencia, se puede proponer que, en todos los casos donde se conceda el reintegro, debe ordenarse junto con este el pago de las cotizaciones a seguridad social desde el despido hasta el reintegro, para así materializar a la mujer gestante la licencia de maternidad, aunque, la Corte no lo haya incluido en algunos eventos. Igual interpretación debe aplicarse cuando la protección consista solo en pagos a seguridad social, respecto desde cuándo debe efectuarse el pago.

1.2.1.3.1.2. Contrato por prestación de servicios. El contrato por prestación de servicios, como es sabido, no es un contrato laboral por lo que en principio no se le aplican las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, disposiciones estas que como se vio con anterioridad, son las que sustentan la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y las

pautas para su tratamiento, pese a esto, la Corte Constitucional dijo en la sentencia SU 070

que se debe dar tratamiento igual en estos eventos de mujer gestante, al contrato laboral a término fijo y al contrato por prestación de servicios, surgiendo varios inconvenientes.

El primero es que, en contratos por prestación de servicios no se requiere la autorización del Ministerio del Trabajo para terminar el contrato cuando la mujer es gestante; el segundo es que, al ser contratos civiles no podemos hablar de justas causas para despedir tal como las trata el Código Sustantivo del Trabajo y mucho menos podemos hablar en esta alternativa contractual de las indemnizaciones que contempla dicho estatuto, así entonces, podríamos hablar de que en este caso solo se podría proteger básicamente la continuidad en la relación contractual para asegurar un ingreso a la mujer gestante durante este periodo y solo en algunos eventos los aportes a seguridad social y el pago de honorarios dejados de percibir.

Tratando de desentrañar el asunto, en mi criterio, la mujer que queda embarazada durante la ejecución de un verdadero contrato de prestación de servicios puede verse afectada por dos alternativas principales:

- Que sea terminado su contrato antes del tiempo estipulado, caso en el cual puede solicitar, atendiendo a las situaciones que se verán más adelante, que sea restablecido su contrato y que se le paguen los dineros (honorarios) dejados de percibir desde la terminación hasta el reintegro, sin que se deba pagar las cotizaciones atrasadas a seguridad social, ya que el contratista paga estas de manera independiente, pero, teniendo que asumir el empleador, los

intereses pormora. Se debe entender que no es acertado reconocer la indemnización de sesenta días de salario en estos casos, ya que esta tiene un carácter legal exclusivo para contratos laborales.

En este evento específico se presentan varias situaciones, primero no se puede tratar en su tenor literal la presunción de despido discriminatorio en favor de la mujer gestante, ya que, esta es propia de la legislación laboral y el contratante (empleador) no cuenta con la obligación de un permiso ex ante para despedir, en el caso de que efectivamente se haya configurado una situación que justifique la terminación unilateral del contrato, como un robo o malos tratos por parte de la trabajadora.

Por lo anterior, dicha situación debe ser alegada en sede judicial de tutela, donde sería viable utilizar por analogía las justas causas de despido del C.S.T o incumplimientos contractuales de la contratista, pudiendo el fallador evaluarlos plenamente, ya que, no existe otro proceso judicial que busque el restablecimiento de contratos por prestación de servicios de mujeres gestantes.

Cabe decir que, se dificulta la sustentación de una justa causa en proceso de tutela, ya que, en contratos de prestación de servicios el contratista no se rige por el manual interno de trabajo, por lo que, no se le sigue procedimiento sancionatorio para terminar el contrato. De probarse por el contratante la justa causa en sede tutela debería dar al traste con la petición de

reintegro y susconsecuentes, más, si no se prueba suficientemente la justa causa, se debe proteger a la trabajadora con los medios antes mencionados.

En síntesis, en contratos laborales la presunción del despido discriminatorio, cuando se da sin permiso del Ministerio del Trabajo y con conocimiento del embarazo por el empleador, es irrefragable y cuando no existe conocimiento del empleador no es aplicable, entendiéndose en tal caso las reglas ya vistas. Mientras que, en los contratos por prestación de servicios dicha presunción, cuando se conoce el estado de embarazo, es desvirtuable, al no existir el permiso ex ante y, no es aplicable cuando el embarazo no se conoce, debiéndose debatir igualmente en uno u otro caso la existencia o no de una “justa causa” para determinar si se puede proteger a la trabajadora.

Visto esto, se puede deducir que el conocimiento del embarazo por el empleador no tiene mayor relevancia en contratos de prestación de servicios ya que la discusión siempre se centrará en la existencia de una justa causa, además, dicho conocimiento no altera las alternativas de protección.

Sobre el tratamiento judicial en estos eventos pueden plantearse dos posiciones; la primera, es que al no existir otro proceso donde se busque el restablecimiento del contrato de prestación de servicios de mujer gestante, el Juez Constitucional asume el pleno conocimiento de la situación, por lo que, de ser desvirtuada innegablemente la presunción de despido discriminatorio por el empleador, el juez no podrá ordenar ninguna alternativa de protección a la mujer gestante, más, si la justa causa ofrece duda, no existe o no es alegada deberá protegerse.

En la segunda postura, se expone que, la declaración de causa ajustada a la ley para terminar el contrato puede ser tratada en la jurisdicción civil, por lo que, en caso de que el empleador alegue justa causa y esta ofrezca duda en el proceso de tutela, el juez puede ordenar una protección transitoria a la mujer gestante consistente en el pago de las cotizaciones a seguridad social desde el despido y hasta el parto mientras se dirime el conflicto en la jurisdicción civil, donde la mujer debería adelantar proceso de responsabilidad civil contractual que busque declarar el incumplimiento injustificado del término establecido en el contrato, más la indemnización de los perjuicios.

- La segunda hipótesis principal que se propone en este contrato se da cuando es terminado en razón a que venció el término pactado; en este supuesto la mujer puede pedir que sea renovado el contrato por prestación de servicios y en mi opinión que sean pagadas las cuotas a seguridad social atrasadas (con motivo de lo ya expuesto para el contrato a término fijo), mas no que sean pagados los honorarios dejados de percibir dado que el contrato ya había concluido efectivamente. Se debe prestar especial atención ante ciertas circunstancias, ya que si la terminación del contrato es paralela a la terminación o desaparición del objeto contractual, se hace imposible de acuerdo con la jurisprudencia vista, imponer el reintegro o renovación del contrato al empleador (contratante).

Como ejemplo traeré a colación la sentencia de Corte Constitucional T 222 de 2012 magistrado ponente Mauricio González Cuervo, en donde una mujer fue contratada por la empresa Proactiva, a través de un contrato de prestación de servicios, para dirigir el desarrollo de

un contrato con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), durante el desarrollo de dicho contrato la accionante quedó en embarazo a portas de la terminación de este; una vez fenecido el término del contrato de prestación de servicios, el cual coincidía con el término de vencimiento del contrato entre el ICBF y la OIM, la contratista no fue requerida nuevamente por la empresa Proactiva. Al acudir a la sede tutela en busca de protección constitucional esta le fue negada a la trabajadora, bajo el argumento de que el objeto por el cual fue contratada había desaparecido, lo cual, hacía imposible exigir cualquier renovación del contrato por parte de Proactiva desvirtuando también que el despido obedeciera a cualquier causa discriminatoria.

Es así como podemos decir que, la protección de renovar el contrato en esta hipótesis solo se puede predicar cuando la trabajadora es contratada y su contrato termina estando en embarazo, más el objeto contractual sigue vigente.

El conocimiento o no del empleador acerca del estado de embarazo en esta alternativa contractual, como se dijo, toma mucha menos relevancia, ya que, este es clave en el contrato laboral para establecer la obligatoriedad del permiso ex ante para despedir y la presunción de despido injusto, por lo que aquí, no habiendo, en principio, obligación de informar por parte de la trabajadora, ni de solicitar permiso por parte del empleador, recordando además el cambio de paradigma acogido implícitamente por la Corte, podríamos pensar que en todos los casos la trabajadora contratista, independientemente del conocimiento o no de su estado de embarazo por el contratante, puede solicitar reintegro (renovación o continuación del contrato) siempre y cuando no estemos hablando de una desaparición del objeto contractual o una conducta meritoria

de la terminación del contrato por parte de esta; si bien no sería obligatoria la comunicación ex ante del embarazo por parte de la trabajadora, si se hace necesario que esta comunique al empleador, al momento del despido, antes de instaurar la acción de tutela, del estado de embarazo, con el fin de brindarle la oportunidad de que la restituya motu proprio, respetándose también la naturaleza subsidiaria de la tutela.

En el supuesto donde el contrato no puede ser renovado por agotamiento del objeto contractual, a juicio de quien escribe, se puede, en cualquier caso, proponer la alternativa de protección del pago de las cotizaciones a seguridad social durante el tiempo que dure la gestación, esto con el fin de evitar la desprotección total de la mujer gestante y asegurar que obtenga la licencia de maternidad, tomando como sustento para esto la protección que se brinda en análogas situaciones en contratos a término fijo como se vio con anterioridad.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional ha dejado abierta la tesis de poder buscar la declaración de un contrato real en sede tutela, aunque dicha opción no ha sido muy acogida, ya que dicha pretensión debe ser ventilada en la jurisdicción ordinaria, máxime cuando no es necesaria para otorgar una protección, pero, es claro que existen sentencias de la Corte Constitucional que la han concedido como la T 102 de 2016 M.P María Victoria Calle Correa

1.2.1.3.1.3. Contrato por obra o labor. En el contrato por obra o labor estamos frente a otro claro ejemplo de un contrato laboral con un determinado o determinable aspecto temporal pactado, por lo que, en este contrato se podría hablar en su plenitud de una completa aplicación analógica de lo expresado para el contrato a término fijo, haciendo la salvedad de que en este

contrato el agotamiento del término pactado y del objeto del contrato, está dado por la terminación de una obra o labor específica, por lo que se debe prestar especial atención en este punto a la hora de pensar en un reintegro, igualmente en esta modalidad contractual reafirmo mi postura de que no solo debe bastar el agotamiento del objeto del contrato, sino que, debe darse la cesación definitiva de actividades por parte del empleador para negar el reintegro, ya que, de lo contrario podría proceder una reubicación o cambio de funciones junto con el reintegro.

1.2.1.3.1.4. Contrato sindical. Esta forma de tercerización laboral regulada en los artículos 482 a 484 del C.S.T es una de las figuras más complicadas de abordar a la hora de estudiar la estabilidad laboral reforzada en el sector privado, dado su naturaleza jurídica ambigua que normativamente deja mucho a la interpretación.

Comenzaré por decir que, se trata de una figura importada del derecho internacional más específicamente del convenio 87 de 1948 suscrito con la O.I.T y ratificado por el Congreso mediante ley de la República número 26 de 1976, la cual busca promover y fortalecer la actividad sindical, así las cosas, esta figura permite que una entidad privada o pública celebre contratos con una asociación sindical para que esta última ejecute obras o proyectos con autonomía administrativa y financiera; un contrato que si bien pareciera tener una naturaleza civil o comercial, al ir a la doctrina y la jurisprudencia se dice que es una forma de contratación laboral colectiva de las tres permitidas por la legislación colombiana (además de la convención colectiva y pacto colectivo).

Dicho contrato laboral colectivo debe ser llevado a cabo por los afiliados al

sindicato y es aquí donde se puede ver envuelta una mujer en situación de embarazo.

A la hora de analizar el vínculo jurídico entre el afiliado y el sindicato cuando se ejecuta un contrato sindical, de entrada, se debe decir, este no es de carácter laboral individual, dado que no está presente el elemento de la subordinación, existiendo una relación horizontal entre afiliado y sindicato, o al menos así lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia T 457 de 2011 demagistrado ponente Luis Ernesto Vargas, donde explica que mirar a la asociación sindical comoun patrono sería un “contrasentido”; por lo que la única naturaleza que se le puede dar a estarelación es igualmente laboral colectiva.

Es de mencionar que la ejecución del contrato sindical, al interior del sindicato, debe manejarse bajo el principio de democracia, en atención a esto, se debe establecer una regulación aprobada en asamblea sobre cómo se va a escoger el personal para ejecutar el contrato y cuáles pueden ser causales para ser retirado.

Para concluir esta parte inicial se dirá que, al igual que en el contrato por prestación de servicios, en este contrato no cobra mayor relevancia el conocimiento del empleador del estado de embarazo, ya que tampoco se debe pedir permiso al Inspector del Trabajo a la hora de despedir ni opera en su tenor literal la presunción de despido discriminatorio.

Ya con esto dicho podemos proceder a proponer solución a las hipótesis de la mujer en embarazo durante la ejecución de esta alternativa contractual que por demás no fue abordada por la sentencia SU 070 de 2013.

- Comenzaré hablando de la hipótesis en que la mujer es despedida antes del vencimiento del término pactado, ya que, cuando se fija la relación entre el sindicato y el afiliado para ejecutar el contrato, esta puede estar o no supeditada a la terminación de la obra o labor que se realice, más en ningún caso deberá ser indefinida.

Así las cosas, se debe decir que, para terminar anticipadamente la relación entre la mujer gestante y el sindicato, debe haberse cometido y sancionado por parte de la trabajadora, una conducta que esté tipificada como causal de retiro en la regulación adoptada por el sindicato mediante asamblea para la ejecución del contrato. Si el retiro se da y, la mujer embarazada se encuentra inconforme con este por violación a sus derechos como el debido proceso, podría acudir a la vía de tutela, donde podrá serle concedido el pago de las cotizaciones a seguridad social para lograr la licencia de maternidad de acuerdo con las reglas ya vistas, mientras se resuelve el conflicto en la jurisdicción ordinaria laboral, o el reintegro pleno en caso de estar plenamente demostrado lo injusto de la terminación de la relación.

- En la segunda hipótesis a tratar, el vínculo entre afiliada y sindicato, en relación con la ejecución del contrato sindical, llega a su término, ya sea porque la duración de ésta es menor a la de ejecución de la obra o por que se concluyó la obra. En cualquiera de los dos eventos se debe analizar con detalle si ya se culminó el objeto contractual para el que fue vinculada la trabajadora, según lo que se ha venido expresando, con especial atención al evento de ser pactada la relación por un término inferior al de la obra, ya que dicho vínculo pudo haberse dado para una actividad específica en la obra la cual ya culminó, mas no la obra en sí. Es claro entonces que si el

objeto contractual no se ha agotado es viable que a la trabajadora se le brinde el reintegro, más si este ya feneció es menester otorgarle las cotizaciones a seguridad social

necesarias para lograr la licencia de maternidad, ambas obligaciones a cargo del sindicato y subsidiariamente del beneficiario de la obra.

- Cuando el contrato entre el sindicato y la empresa contratante termina anticipadamente por eventos como un incumplimiento contractual no se puede hablar de un agotamiento del objeto del contrato, ya que, entre la empresa contratante existe una relación de solidaridad, por lo que se debe analizar si el incumplimiento es imputable a la mujer gestante. De serlo, no se le podría brindar protección; si la terminación anticipada no es imputable a la mujer gestante y subsiste el objeto contractual, a esta se le debería brindar la protección de mantener una relación contractual con la empresa contratante, aunque ya no mantenga relación contractual con el sindicato, teniendo claro que tal obligación es subsidiaria y sólo se debe dar cuando el sindicato no pueda, demostradamente, proveer de empleo a la trabajadora gestante y surge con base en la responsabilidad laboral solidaria existente entre el contratante de la obra y su contratista.

Esta alternativa de protección iría hasta que la mujer salga de la lactancia, o se agote el objeto contractual que dio inicio a la relación laboral antes del parto, caso en el cual un despido debe tener la autorización del Ministerio del Trabajo y garantizar las cotizaciones a seguridad social.

Si se toma en cuenta la tesis planteada en este escrito de ordenar reubicación aunada al

reintegro, cuando se ha agotado el objeto contractual, dicha obligación debería ser impuesta en principio al sindicato, si está ejecutando otros contratos sindicales, o subsidiariamente al beneficiario de la obra por solidaridad.

1.2.1.3.1.5. Contratos con empresas de servicios temporales E.S.T. Es otra forma de tercerización laboral permitida en Colombia por los artículos 71 a 96 de la Ley 50 de 1990 y reglamentada por el decreto 1072 de 2015, en donde una empresa de servicios temporales realiza un contrato de naturaleza civil o mercantil con una empresa usuaria para proveer mano de obra en ciertos eventos claramente regulados, pero, aquí los trabajadores, que serán llamados en misión, ostentan una verdadera relación laboral con la E.S.T mientras prestan sus servicios en la empresa usuaria.

Dichas relaciones por ley tienen un término definido máximo de seis meses prorrogable a otros seis meses más, por lo que, los contratos utilizados en estos eventos son a término fijo, o por obra o labor, pudiendo decir que se aplican por analogía las consideraciones ya expuestas para estos contratos, realizando ciertas salvedades.

La primera es que, no es válido utilizar la imposición legal de contratar máximo por seis meses prorrogables por seis más, para excusarse del deber de mantener la continuidad laboral de la trabajadora embarazada, ya que nos referimos a derechos individuales de altísimo valor que no deben ser sobrepasados, en el caso puntual, por la norma de carácter general impersonal y abstracto; en estos eventos es inexorable el permiso del Ministerio para despedir y aplica la presunción de despido discriminatorio.

En los eventos de mujeres gestantes se genera una excepción a la ley que regula las E.S.T, ya que, si la trabajadora en misión cumplió el año prestando servicios (6 meses más prórroga) y debe ser mantenido su empleo, o se ordena el reintegro a su relación laboral en razón del embarazo, no muta de patrono ni de tipología contractual, es decir, puede mantenerse su relación laboral con la E.S.T y continuar siendo trabajadora en misión, aunque perfectamente puede ser trasladada a otra empresa usuaria al cumplir el año, siempre que esto no desmejore sus condiciones laborales.

Al hacerse viable imponer la obligación de reintegrar, dicha obligación puede estar a cargo de la empresa de servicios temporales o de la empresa usuaria y aunque la Corte Constitucional Menciona en la sentencia SU 070 que se debe escoger dependiendo quien esté en imposibilidad de brindar el reintegro, lo adecuado sería decir que la empresa usuaria asume la obligación subsidiariamente, cuando la E.S.T está en imposibilidad de asumirla.

Por último, cuando la mujer lleva más de un año trabajando en misión para la empresa usuaria su contrato muta, se establece una relación laboral con dicha empresa, relación que sería en principio a término indefinido. Por lo que, si al momento de quedar en embarazo la mujer trabajadora se encuentra en esta situación, el juez de tutela podría declarar este evento de contratación con la empresa usuaria, y por lo tanto a la gestante le corresponde la protección diseñada para los contratos a término indefinido.

1.2.1.3.1.6. Cooperativas de trabajo asociado C.T.A. Las cooperativas de trabajo asociado son un modelo legal, que al igual que el contrato sindical, es traído de una normatividad

externaproducida en su mayoría por la Alianza Cooperativa Internacional ACI, entre la más recientes laDeclaración Mundial sobre Cooperativismo de Trabajo Asociado, aprobada en Cartagena en2005.Esta es una figura nacida para promover el cooperativismo y el empleo en una forma diferente alas relaciones laborales ordinarias, con el fin de incentivar la economía; fue adoptada en Colombiapor la ley 79 de 1988, ley 1233 de 2008 y actualmente el decreto 1072 de 2015.

Se trata entonces de un modelo de economía solidaria donde un conjunto de trabajadores valga la redundancia, se asocia para prestar servicios mediante contratos civiles o comerciales a terceros, por lo que se considera una de las formas de tercerización laboral permitidas en Colombia.

En esta figura el trabajador tiene la calidad de asociado a la cooperativa, por lo que la relación entre esta y el asociado que presta sus servicios es horizontal y no puede ser en principio laboral, ni tampoco lo sería de esta naturaleza entre el trabajador asociado y la empresa usuaria. La cooperativa de trabajo asociado tiene un funcionamiento similar en el desarrollo de sus contratos al del contrato sindical, dado que, se rige por un principio democrático, ante lo cual, la salida de una mujer trabajadora antes de la terminación del contrato solo se puede dar por los motivos tipificados en su reglamento y bajo un debido proceso, por lo que en este evento se aplicaría lo ya visto en el contrato sindical para similar situación.

En cuanto al evento de que venza el término del contrato mientras la mujer este en embarazo, aplican las mismas reglas ya explicadas para el contrato sindical en similar hipótesis.

1.2.1.3.1.7. Contrato a término indefinido. El tratamiento que debe ser dado a esta modalidad contractual en supuestos de estabilidad laboral reforzada es el mismo que en los contratos a término fijo, solo que aquí no se analizan los supuestos de terminación del contrato por vencimiento del término pactado, por obvias razones.

1.2.1.3.1.8. Contratos de aprendizaje. Se trata de un contrato que no es de naturaleza laboral por expreso mandato de la ley 789 de 2002 de la república de Colombia. Contrato que es celebrado con el fin de adiestrar a la persona en la ejecución de una labor u oficio para el cual se está preparando o viene realizando estudios. Al no ser un contrato laboral la contraprestación que brinda la empresa patrocinadora por el servicio prestado no es un salario, sino, como lo dice la ley, un auxilio. Debiendo también asumir la empresa patrocinadora los pagos a seguridad social en salud y riesgo laborales en la etapa productiva.

En igual sentido de los supuestos anteriores se ha establecido que se debe respetar en estos contratos la estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes, así entonces, para establecer la protección en estos supuestos se puede hacer la analogía con lo abordado en contratos de prestación de servicios, aclarándose que, una vez vencido el término del contrato se debe renovar o mantener el vínculo contractual, sin que se tenga que cambiar la tipología ni condiciones de este y siempre y cuando no se haya extinguido su objeto; siendo en este contrato improbable que esto suceda, ya que, por regla general las empresas patrocinadoras cubren con aprendices cargos que son permanentes dentro del giro ordinario de su actividad económica.

1.2.1.3.2*extensión del fuero de maternidad al padre.* No existe argumento más claro para defender la tesis del cambio de paradigma en el derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer gestante, que la actual posición de la Corte Constitucional en sentencia C 005 de 2017 M.P Luis Vargas Silva, acerca de la extensión del fuero de maternidad al padre que es única alternativa económica del hogar. Y es que en la situación del padre que está esperando o acaba detener un hijo y es despedido, no se logra visualizar una discriminación, más si una desprotección a su núcleo familiar donde se incluyen la mujer gestante o recién dada a luz y el nasciturus o recién nacido; que no poseen otra alternativa económica para materializar su mínimo vital más que el padre.

Por lo anterior, la Corte Constitucional al analizar los artículos 239 y 240 del C.S.T determina que es posible que se presente vulneración de derechos al no extenderse al padre la protección que reza los citados artículos, dando como resultado el fallo de exequibilidad condicionada a dichas normas.

La Corte Constitucional que por regla general actúa como un legislador en sentido negativo, esto es, excluye normas del ordenamiento jurídico; en esta oportunidad hace las veces de un legislador positivo, introduciendo una normativa al ordenamiento jurídico ante la grave omisión legislativa, mediante una declaratoria de exequibilidad condicionada. con todo y el embrollo jurídico que esto significa y lo debatible que tal decisión sea, ya que, se estaba hablando de lo que podríamos llamar una comisión legislativa absoluta en el tema, lo cierto es que la decisión está vigente y debe ser respetada, tanto por empleadores como por

autoridades, en su tenor literal tal como se transcribe a continuación:

Declarar la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la”). (sentencia C 005 de 2017 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, 2017)

Con el ánimo de seguir sustentando los planteamientos propuestos durante el desarrollo de estas páginas diré que, desde el comienzo de esta investigación en 2016, ha sido una posición inflexible, como se expresó líneas atrás, que la estabilidad laboral reforzada no es una figura cerrada, antes, por el contrario, es susceptible de cambios de acuerdo a los contextos históricos, económicos, jurídicos y sociales del país, por lo que los supuestos que este derecho abarca pueden ir aumentando, como ya se vio, en la medida que así se requiera; no sería, por ende descabellado pensar, por ejemplo, en un fuero laboral especial para excombatientes de grupos armados o de personas de la comunidad L.G.T.B.I.

Ahora, entrando a fondo en la materia, una de las cuestiones más engorrosas que dejó estefallo es el tratamiento que se debe dar en este nuevo supuesto de estabilidad laboral

reforzada, cosa que para quien ha seguido juiciosa y esquemáticamente el desarrollo de este texto no debe presentar mayor dificultad.

Lo primero por precisar es el tratamiento al permiso por parte del Inspector del Trabajo, este evento opera igual que para la mujer embarazada. si el empleador no conoce del estado al momento de despedir no tiene dicha obligación y si es conocedor del estado de embarazo de la cónyuge si tiene la obligación de solicitar el permiso. Dicha notificación puede ser por el medio más informal posible, al igual que en el supuesto de la mujer embarazada, pero, aquí la notificación no solo debe ir dirigida a informar el estado de embarazo, sino también la situación de ser la cónyuge dependiente del trabajador, aunque, cabe pensar que con la sola notificación de embarazo surge la obligación al empleador de solicitar permiso a la autoridad, para que esta realice el control de legalidad del despido. dicha autoridad también puede evaluar la situación de cónyuge dependiente o beneficiaria durante este trámite.

En cuanto a la presunción legal de despido por motivo del embarazo, en este caso opino no aplica, atendiendo al tenor de la norma, más se mantendría el efecto de que, si no se pide permiso a la autoridad competente cuando ha habido aviso del embarazo, el despido es nulo. Para terminar, se debe concluir que el tratamiento al padre cabeza de familia en cada modalidad contractual debe ser el ya analizado para la mujer gestante, aplicándolo en idéntica forma, con la salvedad que al momento de brindar la protección debe estar demostrado que la mujer embarazada, es dependiente o beneficiaria del cónyuge, esto es, no tiene una relación laboral, o un trabajo independiente y es beneficiaria del padre del menor en el sistema de

seguridad social en salud, por tanto, este constituye la única alternativa económica del hogar.

Sin embargo, se debe mirar con lupa cada caso a la hora de establecer este requisito ya que, pueden existir situaciones donde la mujer embarazada no sea beneficiaria de la seguridad social del padre, por múltiples razones como, por ejemplo, el ser menor de edad y encontrarse como beneficiaria de los padres, o no haber sido desafiada de una unión marital anterior, en dichos casos pueden analizarse solamente la dependencia económica, y de resultar que la alternativa de protección es el pago de la seguridad social, se debe analizar para ordenarla o no, la posibilidad de la mujer de continuar o siendo beneficiaria de quien soporta esta carga al momento de la petición de amparo.

Cabe resaltar que en esta figura no debe mencionarse al padre como padre cabeza de familia, ya que el padre cabeza de familia es una figura especial, como se verá más adelante, y que tiene unos requisitos especiales los cuales no aplicarían en los establecidos, por la sentencia C 005 de 2017.

1.2.2. Inválidos, minusválidos, discapacitados, disminuidos físicos psíquicos o sensoriales y en general todos aquellos que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores. Este segundo supuesto de estabilidad laboral reforzada que veremos surge de la necesidad de protección estatal a las personas afectadas en su salud y que por esta causa se encuentran propensos a sufrir discriminación en el ámbito laboral, ya que, así como sucede en el supuesto de mujer embarazada, una persona con impedimentos físicos, sensoriales o mentales, tiende a volverse

menos productiva, e incluso en una carga para cualquier empleador, dificultando también la consecución de un empleo para este sector de la población, que de igual manera, demanda unas condiciones de vida digna. Debido, entonces, a sus condiciones especiales, las organizaciones internacionales y el estado colombiano se vieron en la obligación de diseñar políticas de protección y ayuda a estas personas vulnerables en pro de lograr su pleno desarrollo en sociedad. Así las cosas, podríamos dividir el marco legal que soporta la situación de un trabajador afectado en su salud en normatividad interna y normatividad internacional, para posteriormente poder hablar de los aspectos discutidos, como el espectro de protección en este supuesto.

1.2.2.1 Normatividad internacional. Podemos encontrar como normatividad internacional en el tema la siguiente:

- Declaración de los derechos humanos de 1948. (O.N.U, 1948).
- Convención Interamericana Para La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en ciudad de Guatemala el 6 de julio de 1999 (O.E.A, 1999) incorporada al derecho interno por el Congreso mediante la Ley 762 de 2002 de la República de Colombia.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (O.N.U, 1966).
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (O.N.U, 2006).
- La Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación. (O.N.U, 1975).
- La Declaración de Sundberg de Torremolinos. (UNESCO, 1981).
- La Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación.

(O.N.U,1983).

- la recomendación 168 de la OIT de 1983 y convenio 168 de 1988. (O.I.T, 1983- 1988).

- Convenio 159 de la OIT "sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas" (O.I.T, 1983) aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 82 de 1988.

- Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas,sobre "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad", las Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. (O.N.U, 1993).

- La Observación General No. 5 sobre las personas en situación de discapacidad proferida porel Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la (O.N.U, 1994).

1.2.2.2 Normatividad interna. No se hará mención de las leyes mediante las cuales se adoptan instrumentos internacionales en la materia, quedando constituido el marco normativo interno de la siguiente manera.

- Constitución Política de Colombia Artículos 1,2, 4, 5, 11, 12, 13, 25,47 53, 54, 68, 89 y 93.

- Decreto 2177 de 1989 que desarrolla la Ley 82 de 1988 de la República de Colombia.

- Ley 361 de 1997 de la República de Colombia Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de2012, Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 1538 de 2005, Adicionada por

la Ley 1287 de 2009.

en especial, nos interesa de la ley 361 de 1997, su artículo 26 que intentó ser modificado por el artículo 137 del decreto 019 de 2012, cosa que no se logró tras una afortunada declaratoria de inexecutable de este último, en sentencia C 744 de 2012 de la Corte Constitucional M.P. Nilson Pinilla. El artículo 26 de la ley 361 de 1997 actualmente reza de la siguiente manera:

En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren. (congreso de la república de Colombia ley 361 de 1997)

- Ley 1618 de 2013 de la república de Colombia declarada executable condicionalmente por sentencia de Corte Constitucional C 458 de 2015 M.P. Gloria Estrella Ruiz Delgado.

Cabe aclarar que existen otras sin fin de normas que protegen o promueven los derechos de personas en situación de discapacidad, pero, para el tema que se aborda solo nos interesa estudiar las mencionadas.

1.2.2.3 Controversias y tratamiento. Para comenzar resaltaré que nos encontramos frente a otro evento de protección donde debe mediar permiso de autoridad para realizar despido y se advertirá que durante el desarrollo de este ítem haré uso de la analogía en muchas ocasiones frente a la hipótesis de la mujer embarazada, con el fin de no ser demasiado repetitivo.

La primera discusión importante en el tema que se aborda es la delimitación del espectro de protección en este supuesto de estabilidad laboral reforzada, lo que implica también el desarrollo del contenido de la palabra limitación o actualmente discapacidad, utilizada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, siendo claros en que no es de nuestro interés describir el cambio conceptual que se ha tenido en este tema, ya que, en diferentes épocas e instrumentos se han utilizado palabras como limitados, retrasados mentales, inválidos etc. Siendo sólo relevante para esta investigación el conocer que enmarcan en su interior estas palabras, para poder determinar hacia quien va dirigida la protección aludida, con el fin de tener un criterio a la hora de abordar un caso concreto.

Podríamos decir que actualmente a nivel internacional el contenido de la palabra discapacidad es dado por las Naciones Unidas, órgano que expresa:

Con la palabra "discapacidad" se resume un gran número de diferentes

limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. (asamblea general de las naciones unidas, resolución 48/96 de 1993)

Es aceptado por dicho órgano que este no es un criterio impuesto y que cada país es autónomo de manejar su propio concepto de discapacidad, siempre que no vaya en detrimento de los derechos de esta población, como se deduce cuando dice lo siguiente “Todavía no hay una definición de aceptación internacional del término "discapacidad", pero de momento basta con basarse en el enfoque seguido por las normas uniformes aprobadas en 1993” (observación general número cinco sobre las personas en situación de discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU).

Así entonces, Colombia ha abordado este concepto jurisprudencialmente en la Corte Constitucional expresando que “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” (sentencia T 198 de 2006 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra), aunque, también se podría mencionar las aproximaciones conceptuales que trae la ley 361 de 1997.

Como bien puede verse tanto en el concepto de la ONU como en el de la Corte

Constitucional se maneja una definición amplia de la discapacidad; por esto, para ser más concretos y saber cuáles personas son susceptibles de protección laboral por discapacidad en el marco de las definiciones aludidas, la misma Corte desarrolló un criterio compuesto, donde se deben cumplir con dos requisitos; el primero de ellos es presentar una alteración en la salud y; el segundo que, dicha alteración en la salud comprometa o dificulte el desarrollo normal de sus funciones habituales, o en palabras de la Corte Constitucional “Cobija a quienes padecen algún tipo de problema en su estado de salud que les impide realizar sus funciones” (sentencia T 041 de 2014 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, 2014).

Aunque, en la jurisprudencia colombiana se ha utilizado para referirse a problemas de salud, varios sustantivos como: minusvalía, discapacidad, incapacidad, afectación física sensorial o psicológica entre otros, la verdad es que, en el contexto actual puede ser cualquier problema de salud, el que dé inicio a una protección.

Ya al momento de referirnos a la expresión desarrollo de las funciones, dichas funciones son las habituales del trabajador en ejecución de la relación laboral, es decir, el objeto del contrato; así, por ejemplo, un trabajador de la construcción que sufra una hernia se entiende sujeto de protección de estabilidad laboral reforzada, de igual manera el trabajador de un call center con una pérdida auditiva, pero, en contrario sensu no se podría decir, en principio, que un trabajador de un call center es sujeto de especial protección a la estabilidad laboral reforzada, por una hernia; ya que, esta no afectaría de forma objetiva el desarrollo normal de sus funciones. Aclarando, no es necesario que la alteración en la salud impida completamente ejecutarlas

funciones ordinarias del trabajador, sino que, basta con que lo afecte en el desarrollo normal de dichas actividades para que funja la protección.

1.2.2.3.1 Necesidad de dictamen de pérdida de capacidad laboral. Otro de los aspectos problemáticos en esta materia es el concerniente a la necesidad de un dictamen de pérdida de capacidad laboral para alegar la protección de la estabilidad laboral reforzada, o lo que es lo mismo la situación de discapacidad. De por sí, ya la figura del dictamen de pérdida de capacidad laboral es controversial, dado que, como está diseñada, pretende medir cuantitativamente y con un rasero general una situación que es subjetiva e imperativamente cualitativa, pero, más allá de los reparos que se puedan hacer a esta figura, siguen vigente por lo que nos centraremos en establecer su importancia en este supuesto de estabilidad laboral reforzada.

Si bien las definiciones que hemos visto de discapacidad no resuelven el interrogante planteado, si nos dan una importante reflexión y es que, la discapacidad es una situación de hecho, que no debe ser enmarcada en "x" o "y" supuestos, además, es un concepto referido más a la realidad de la persona con su medio que a estándares o parámetros fijos. Por lo anterior, de entrada, se podría decir, no es necesaria dicha calificación para ser sujeto de protección, teniendo en cuenta que, entre otras cosas, la calificación es un indicador que se da posterior al estado de discapacidad, o en otras palabras en sana lógica se puede ser discapacitado sin estar calificado. Al revisar qué ha dicho la corte sobre este tópico, encontramos que de manera tajante esta ha expresado:

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 una discapacidad. (sentencia T 1040 de 2001 M.P Rodrigo Escobar GIL, 2001)

Quedando con esto claro que, el dictamen de pérdida de capacidad laboral no es necesario para predicar estabilidad laboral reforzada, aunque, no se puede negar su contenido valor probatorio, por lo que más adelante se abordará de nuevo el tema al ver como este puede influir en el grado de protección.

Para concluir este aparte se puede decir que, la afectación en la salud se puede demostrar por cualquier medio donde sea posible su verificación, como citas médicas, incapacidades, dictámenes médicos o psiquiátricos, historia clínica, recomendaciones o restricciones médicas, etc., siendo importante que estas sean emitidas antes del despido o que demuestren que la afección inició antes del mismo.

1.2.2.3.2 Contratación de trabajador discapacitado. El siguiente aspecto por tratar, es el concerniente a los trabajadores que ingresan a prestar funciones con una discapacidad ya reconocida mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral, examen médico de preingreso o hecho notorio.

En estos eventos se manejan dos teorías, la primera expresa que quienes ingresan a ejercer sus labores teniendo una discapacidad, de la cual, el empleador es consciente, no son sujetos de una protección especial a la estabilidad laboral y por lo tanto su empleador no necesita pedir el permiso del Ministerio del Trabajo a la hora de despedirlos.

Quienes defienden esta teoría se basan en el análisis de la literalidad del artículo 26 de la ley 361 de 1997 donde expresa que “En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral” (congreso de la república de Colombia ley 361 de 1997), entendiendo entonces que, en la hipótesis abordada, la vinculación de la persona discapacitada no se vio interferida en ningún momento por actos discriminatorios, lo cual, al interpretar el siguiente aparte de la norma “ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”, hace parecer, que de suyo, se elimina cualquier motivo discriminatorio en el despido, ya que, si la persona fue contratada sin discriminación por su incapacidad, no debe ser la incapacidad la razón de terminación de la relación laboral.

Con base en el análisis anterior, no se debería pedir permiso para despedir, y en tal caso ese despido sería válido; se añade a esta tesis que en la ley 361 de 1997 no se hace mención acerca de ninguna presunción de que los despidos de estas personas tienen causa en la invalidez.

La segunda tesis, la cual defiende, dice que el empleador debe pedir la autorización del ministerio del trabajo en todos los casos que se quiera despedir un trabajador con alteraciones en su salud, sea el empleador consciente o no de esta al momento de ingresarlo a la empresa. Dicha postura es defendida con los argumentos de que el permiso del inspector del trabajo es un control

de legalidad que desarrolla las disposiciones constitucionales de protección al “minusválido”, control de legalidad sine qua non puede ser válido el despido, se argumenta también que, el derecho de estabilidad laboral superior del discapacitado implica que este no pueda ser despedido sin la existencia de una justa causa, cosa que, si aplicáramos a la tesis anterior, el trabajador podría ser despedido sin la existencia de una justa causa.

Adicional a esto la Corte Constitucional ha establecido que la presunción de despido injusto predicada en las hipótesis de mujer embarazada es predicable también a los trabajadores disminuidos físicos, así entonces, sobre el particular ha dicho:

Si el empleador verdaderamente consideraba que existían causales suficientes para su despido, debió argumentarlo de esa manera ante la autoridad laboral competente hasta obtener la autorización respectiva. El no haberla obtenido acarrea la presunción de que el despido se generó por el estado de salud de la trabajadora, lo que causa que el mismo carezca de todos sus efectos. (sentencia T 098 de 2015 M.P Jorge Ignacio Pretelt, 2015)

En pocas palabras el trabajador en este supuesto ingresa con estabilidad laboral reforzada a la empresa; entre otras sentencias que sustentan esta tesis se puede ver la sentencia de Corte Constitucional C 531 de 2000 que habla de la nulidad del despido así se indemnice al trabajador.

1.2.2.3.3 Necesidad de informar el estado de alteración en la salud. En este punto la

Corte ha sido unánime y radical al decir que, de no existir conocimiento del empleador sobre la afectación en la salud del trabajador, no procede la protección de la estabilidad laboral reforzada. Dicho pronunciamiento por parte de la Corte es entendible en el sentido de que como enseñan las reglas de la experiencia, prácticamente cualquier afección del trabajador en el desarrollo de la relación laboral es conocida por su superior jerárquico o el empleador directo, ya que, estas dificultan el desarrollo normal de las funciones del trabajador y lo llevan a solicitar pausas, permisos médicos, al igual que incapacidades.

Por lo anterior, la Corte ha establecido un amplio margen probatorio en este evento, que puede pasar desde el hecho notorio, la comunicación de un tercero, hasta la notificación escrita de las afecciones. De igual manera, se ha entendido que el empleador debe verificar la recuperación del trabajador que ha visto su salud afectada, a la hora de despedir sin autorización del ministerio del trabajo. La postura anterior se sustenta al verificar lo expuesto por la Corte Constitucional cuando expresa que:

Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral. (Sentencia T 040 de 2016 M.P Alejandro Linares Cantillo, 2016)

Siendo claro que sin conocimiento ex ante del empleador, no puede haber nexo causal entre el despido y la condición de salud. Conocimiento que de existir daría paso a la presunción irrefragable de despido discriminatorio cuando se omite el deber de solicitar permiso ex ante, dado que, sin este el despido es en todo caso nulo, de acuerdo entre otras con sentencias de Corte Constitucional C 531 de 2000 y T 098 de 2015. Esta posición nos servirá de preámbulo para el siguiente ítem

1.2.2.3.4. Cambio de paradigma. En este supuesto de estabilidad laboral reforzada no se hace evidente, como en el de la mujer en estado de embarazo, un cambio de paradigma en el objeto de protección. Aquí, aunque no se puede negar que interfiere para predicar estabilidad laboral reforzada la protección especial al discapacitado, el primer objetivo de la protección es el de evitar la discriminación laboral a este sector de la población. En contrario, sensu de la estabilidad laboral reforzada de mujeres en embarazo, donde claramente se evidencia que el objeto principal de protección pasó de ser, evitar la discriminación, a proteger el interés superior del menor y de la mujer gestante.

De cambiarse el paradigma del objeto de protección, el trabajador discapacitado podría acceder a los mecanismos de protección que brinda la estabilidad laboral reforzada sin necesidad de conocimiento del empleador de la afección, con el fin de que sean satisfechos sus derechos a una vida digna y a un mínimo vital, siendo necesario este cambio, por ejemplo, para las personas con trastornos mentales quienes tienden a no notificar dicha condición a sus empleadores ni a su círculo en el empleo, al no verlo necesario, sentir vergüenza o miedo, aunque, dicha afección

puede traerle dificultades al ejercer sus labores.

Igualmente, sería un cambio importante para cualquier trabajador que es despedido enfermo y no puede demostrar un nexo causal entre el despido y estado de enfermedad y que por esta situación se vería abocado a conseguir nuevo empleo, lo cual, se dificulta en gran medida por su alteración en la salud, teniendo en cuenta la realidad del mercado laboral colombiano.

Para terminar con el estudio de este ítem es importante resaltar dos sentencias que marcan pauta para creer que es posible lograr el cambio de paradigma en este supuesto, en la primera se expresa:

En virtud del principio de solidaridad social es obligación del Estado y de los mismos particulares proteger a quienes están en una condición de debilidad manifiesta y en caso de incumplirse con esa carga, la autoridad competente tiene la facultad de intervenir y disuadir el incumplimiento. Lo anterior por cuanto las normas constitucionales no se interpreten únicamente de manera descriptiva, sino que son mandatos prescriptivos de aplicación inmediata (arts. 13, 23, 29, 43, 44, entre otros) de tal forma que intervienen en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado. (Sentencia Corte Constitucional T 490 de 2010 M.P Jorge Ignacio Pretelt, 2010)

La segunda es la sentencia de Corte Constitucional T 988 de 2012 M.P María Victoria Calle, donde se aborda el caso de un señor de setenta y dos años cuyo contrato por prestación de servicios fue terminado quedando este totalmente desprotegido, ya que, no tenía una alternativa económica pensional, en esta ocasión la corte ordenó alternativas de protección que se salen de

loordinario, para favorecer las condiciones de vida dignas de esta persona, más que, para evitar unadiscriminación, alternativas de protección que se analizarán más adelante.

1.2.2.3.5. Otros aspectos de la protección en este supuesto. Quisiera empezar este apartetratando el tema de la reubicación laboral del trabajador afectado en la salud como primera medida de protección que debe ser aplicada. La obligación del empleador de reubicar su personal afectado en la salud a un puesto compatible con su afectación nace en Colombia con el decreto nacional 2351 de 1965 en su artículo 16 donde se anuncia:

Los empleadores están obligados:

a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. La existencia de una incapacidad parcial no será obstáculo para la reinstalación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo; b) A proporcionar a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. El incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado (Colombia, Rama Ejecutiva del Poder Público, 1965).

Posterior a esta norma se suscribió el convenio 159 de 1983 con la O.I.T, acerca de la readaptación profesional ratificado mediante ley del Congreso de la República de Colombia número 82 de 1988, reglamentada por decreto 2177 de 1989 del gobierno nacional, donde en su artículo 16 y 17 impone la obligación para el sector público y privado de realizar las

reubicaciones necesarias para que el trabajador afectado pueda seguir desarrollando una relación laboral. En igual sentido, se expide en el Congreso de la República de Colombia la ley 776 de 2002 que versa sobre el sistema general de riesgos profesionales donde en su artículo octavo expresa que “Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”(Colombia Congreso de la República, 2002).

La reubicación laboral se genera en el marco de la rehabilitación integral al discapacitado o afectado en la salud, siendo un factor necesario para esta, por lo cual, sin necesidad de generarse un despido, el trabajador puede ejercer acciones como la de tutela para lograr un cambio en sus funciones habituales, o pedirlo junto con el reintegro en caso de despido, entendiendo que la reubicación laboral no puede desmejorar las condiciones laborales como lo ha sostenido la Corte Constitucional al decir que:

Por otra parte, en algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor (Sentencia T 1040 de 2001 M.P Rodrigo Escobar Gil).

Frente a este deber de reubicar, se pueden manejar dos posturas con respecto a la estabilidad laboral reforzada, en la primera se dice que, el Ministerio del Trabajo debe dar

autorización para despedir en el evento de que se agote el objeto contractual o que sea totalmente incompatible la afección del trabajador con cualquier cargo de la empresa; sin tener que indemnizar ni buscar reubicación cuando se extingue el objeto contractual y debiendo indemnizar cuando no se hace posible continuar con la relación laboral por incompatibilidad de la afectación con los cargos de la empresa, dado que, el despido en este evento así no tenga causa discriminatoria, se efectúa en razón a la discapacidad.

En la segunda postura se dice que, en el evento donde se agote el objeto contractual también es deber del empleador reubicar al trabajador discapacitado, y sólo si dicha reubicación es imposible, no surge la obligación de indemnizar con los ciento ochenta días de salario establecidos en la ley, dado que, se habría agotado el objeto contractual que se venía desempeñando. Las anteriores posturas pueden verse, no solo a la hora de otorgar el permiso por parte del Ministerio, sino, a la hora de emitirse un fallo de tutela por lo que, para ser consecuente con lo expuesto a lo largo del texto, considero más acertada la segunda tesis, la cual, va en igual sentido que el planteamiento del cambio de paradigma.

Continuando con el desarrollo de la protección al trabajador afectado en la salud, quisiera traer de nuevo el tema del dictamen de pérdida de capacidad laboral, pero ya referido este a su intervención en el grado de protección que se puede lograr por parte del trabajador afectado. En este aspecto existe dos posturas a analizar.

En la primera, se manifiesta que existen dos fundamentos de la estabilidad laboral reforzada, uno constitucional y otro legal, en cuanto al aspecto constitucional se profesa

protección para toda la población que se encuentre afectada en su salud y dicha protección equivale a la continuidad en el empleo, ya en cuanto a la protección de tipo legal esta implica no solo el reintegro, sino, el pago de la indemnización de ciento ochenta días por despido injusto, en esta postura se afirma que dicha indemnización no va referida a toda la población afectada en su salud, sino, a aquellas personas que efectivamente se encuentren dictaminadas como discapacitadas, estableciendo la condición de discapacidad exclusivamente mediante el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Tesis abordada en sentencias de Corte Constitucional como la T 531 de 2003 M.P Rodrigo Escobar Gil.

Actualmente esta primera postura es obviada por la Corte Constitucional especialmente al analizar lo dicho en sentencia SU 049 DE 2017 de M.P María Victoria CalleCorrea, donde se brinda una protección de reintegro, pago de salarios dejados de percibir e indemnización de 180 días de salario a una persona sin dictamen de pérdida de capacidad laboral.

El segundo planteamiento por tratar en este subtema es el referido a la duración de la protección de un fallo de tutela en este supuesto, ya que, como bien se sabe la Corte Constitucional puede emitir una protección definitiva o transitoria; en ese sentido se ha expresado en ocasiones por dicho ente que, hasta no tener un dictamen de pérdida de capacidad laboral, la protección que se debe dar es transitoria siendo por regla general el término de cuatro meses, al respecto ha pronunciado:

Ha entendido este Tribunal que cuando el sujeto no haya sido calificado científicamente por un médico que determine el nivel de discapacidad, el amparo será

transitorio. En otros términos, “la garantía a la estabilidad laboral reforzada no sólo se predica de las personas en invalidez, sino también de aquellos que, por su estado de salud, limitación física o psíquica se encuentran discapacitados y en circunstancias de debilidad manifiesta, cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición como mecanismo transitorio, así no se haya calificado su nivel de discapacidad, hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas. Por el contrario, si se tiene certeza del grado de discapacidad, el amparo será definitivo. (Corte Constitucional sentencia T 041 de 2014 M.P Luis Ernesto Vargas)

Posición con la que no puedo estar de acuerdo en especial cuando se observan las órdenes que emitió la Corte Constitucional en este sentido como, por ejemplo:

CONCEDER la tutela del señor Jorge Enrique Cabezas como mecanismo transitorio que regirá hasta que la jurisdicción ordinaria resuelva la acción que el actor debe formular o, si no la instaura, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia (sentencia T 041 de 2014 M.P Luis Ernesto Vargas).

Frente a lo cual me ratifico en mi posición de que, la protección a la discapacidad no puede estar condicionada a la obtención de un dictamen de pérdida de capacidad laboral o a la instauración de una acción judicial, teniendo en cuenta, como se analizó anteriormente que la discapacidad es un hecho el cual no requiere declaración para que exista efectivamente.

No tendría sentido decir que, como se ha interpretado del fallo, pasados los cuatro meses dados por la corte constitucional para que se instaure la acción ordinaria, si ésta no se ha instaurado en ese término, el sujeto pierde la condición de persona vulnerable de especialprotección y por tanto ya podría ser despedido, aunque siga discapacitado. A mi juicio las personas a las cuales se les da esta orden y dejan vencer el término de los cuatro meses, siguen siendo sujetos de especial protección, si continúan con una alteración en la salud, por lo que perfectamente podrían procurar un nuevo amparo constitucional añadiendo que, un nuevo despido supone un nuevo hecho susceptible de protección.

Aunque, esta posición personal se encuentra apartada de lo aplicado por las instancias judiciales, donde se ha considerado que pasados los cuatro meses de protección transitoria sin que se hayaacudido a la vía ordinaria esta se pierde y por lo tanto el sujeto vulnerable puede ser despidosin la posibilidad de instaurar una nueva acción constitucional, so pena de incurrir en temeridad. Tal situación se hace necesario replantearla frente a casos puntuales, como el de sujetos conVIH/SIDA que no cuentan con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, quienes perfectamente pueden tener una protección definitiva frente a la discriminación en el empleo, en virtud de su afección permanente.

Actualmente la posición de la Corte no se apega a lo planteado en sentencia T 041 de 2014 y brinda protección definitiva a la persona afectada en su salud sin necesidad de tener un dictamen de pérdida de capacidad laboral, aunque, es de aclarar que una vez superada la afectación la persona vuelve a una estabilidad laboral impropia. Este planteamiento se puede ver

expresado en la sentencia de Corte Constitucional SU 049 DE 2017 de M.P María Victoria Calle Correa y la sentencia T 320 de 2016 de M.P Alberto Rojas Ríos.

Para terminar este aparte, quisiera abordar el tratamiento que se debe dar a este supuesto de protección de estabilidad laboral reforzada, de acuerdo con los tipos contractuales, el cual considero debe ser análogo al que se planteó para el supuesto de mujer en embarazo, teniendo en cuenta los siguientes cambios.

Como ya se vio en este supuesto no se pueden proteger las situaciones donde no existe conocimiento del empleador de la discapacidad, por lo que los eventos de protección a la mujer embarazada sin notificación al empleador no tendrían aplicación por analogía frente al trabajador discapacitado.

En este supuesto, por parte de la corte constitucional no se ordena al empleador el pago de la seguridad social durante un tiempo determinado, como medida de protección auxiliar, en el evento de no poder reintegrar al trabajador. Dado que, no se podría establecer un criterio objetivo de cuál sería el término justo por el que se debería pagar las cotizaciones y esta no puede ser una obligación indeterminada en el tiempo, porque de ordenarse así, se verían afectados los derechos e intereses legítimos del empleador.

Es de ver que en este supuesto el objeto de protección no tiene incluido la consecución de una prestación especial del sistema integral de seguridad social, como sí sucede con la mujer

embarazada a la que se le protege la licencia de maternidad. aquí la protección al trabajador de su seguridad social se puede buscar a través de la doctrina de la continuidad en el tratamiento expuesta por la Corte Constitucional.

Como ya se vio, es deber del empleador reubicar laboralmente al trabajador discapacitado, pero, en los eventos en que dicha reubicación sea imposible por estar demostrado la incompatibilidad de cualquier cargo en la empresa con la afección, el empleado, este puede ser despedido con el permiso del inspector del trabajo, o, no ser ordenado el reintegro en caso de acciones judiciales, recordando que cuando se dé la imposibilidad de reubicación, el empleador deberá pagar la indemnización de ciento ochenta días de salario al trabajador.

Al hablar de trabajadores discapacitados o con afectación en su estado de salud respecto de los contratos de prestación de servicios, la corte ha dado un tratamiento especial que no se asimila al otorgado a las mujeres embarazadas. En estos casos, la Corte ha asimilado a tal punto el contrato laboral con el de prestación de servicios que ha aplicado la sanción normativa del artículo 26 de la ley 361 de 1997 en este último.

Sanción, la cual, en principio tendría aplicación solo en el ámbito laboral, como sucede con la establecida en el C.S.T para el empleador que despida sin autorización a una mujer en estado de embarazo. La anterior posición es asumida en la sentencia SU 049 DE 2017 de M.P María Victoria Calle Correa y, además, como se verá más adelante la corte ha hecho extensiva la aplicación del artículo 26 de la ley 361 de 1997 a los servidores públicos.

Como se vio en la hipótesis de mujeres gestantes, se puede hablar en contratos de prestación de servicios, de una presunción de despido injusto sin base legal que es desvirtuable, demostrando justa causa, al no existir la obligación de solicitar autorización a ninguna autoridad para la terminación del contrato, sin embargo, en el caso que se dejó mencionado en el ítem de cambio de paradigma, sobre el señor de 78 años contratado mediante prestación de servicios, la Corte Constitucional resuelve, “Ordenar al Hospital de Turbaco, ESE, renovar la orden de prestación de servicios del actor hasta que se presente la recuperación integral de su condición de salud, o hasta que el Ministerio del Trabajo autorice la terminación del vínculo”(Sentencia T 988 de 2012 M.P María Victoria Calle Correa, 2012).

Lo cual, conlleva a pensar que la obligación legal de pedir autorización para el despido en los contratos laborales, aplica en igual forma a los contratos de prestación de servicios, más aún si se tiene en cuenta lo dicho en el literal a del artículo 27 de la ley de la República de Colombia número 1346 de 2009 “la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo” y el hecho de que tal obligación también se impone para los empleados públicos como se verá más adelante.

Por lo anterior, la presunción de despido discriminatorio se vuelve irrefragable en estos contratos no laborales, recordando que, al existir el deber de solicitar la autorización para el despido y no cumplirse con este trámite, el despido es en cualquier caso nulo, no siendo posible alegar justas causas en sede judicial dado la omisión al deber legal. Razonamiento que se hace por analogía, ya que, en las hipótesis de mujer gestante y fuero sindical, este es el concepto que

ha dado la Corte Constitucional.

Para concluir, se podría decir, de acuerdo con las sentencias analizadas, que el permiso del Ministerio del Trabajo debe ser solicitado, tratándose de personas discapacitadas, para terminar cualquier tipo de contrato no laboral donde se preste personalmente un servicio y la indemnización de ciento ochenta días de salario también podría ser ordenada, en cualquier contrato cuya naturaleza no sea laboral, como serían el sindical o por cooperativa de trabajo asociado. Cuando no se desvirtúe la causa discriminatoria del despido.

Es de aclarar que, en mi humilde opinión, tal sanación no debería aplicarse, en un marco jurídico del Estado de Derecho, a contratos de diferente naturaleza a la laboral.

1.2.3 Trabajadores Con Fuero Sindical. La figura del sindicato ha representado desde sus inicios en épocas de la revolución industrial la lucha del trabajador por conseguir y reivindicar sus derechos laborales, por lo que a lo largo de su historia los sindicatos y las personas vinculadas a éste han sido víctimas de persecución por parte del Estado y de los empleadores. Persecución en medio de la cual los empleadores optan por despedir a líderes sindicales de las empresas o a los trabajadores que pretenden asociarse para formar un sindicato, con el fin de que estas agrupaciones no existan en sus empresas. Por esta razón, los organismos internacionales comienzan a impulsar políticas en pro de la defensa del derecho a la sindicalización y el favorecimiento a la subsistencia de dichas asociaciones.

En este contexto existe un marco jurídico internacional y un marco jurídico interno que protegen el derecho de asociación y las asociaciones sindicales, creando el denominado fuero

sindical, que no es más que un revestimiento de estabilidad laboral reforzada otorgado a miembros fundamentales para la supervivencia de la asociación sindical.

1.2.3.1. Normas internacionales.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (O.N.U, 1966)
- Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (O.N.U, 1966)
- El artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (O.E.A, 1969)
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. (O.E.A, 1988)
- Convenio 87 con la Organización Internacional del Trabajo, (O.I.T, 1948) adoptado a través del Congreso de la República mediante ley 26 de 1976.
- Convenio 98 con la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T, 1949), adoptado a través de Ley 27 de 1976.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 21 y 23. (O.N.U, 1948)

1.2.3.2. Normatividad interna.

- La Constitución Política de Colombia consagra en sus artículos 39, 53 y 93 el derecho de asociación sindical.
- artículo 405 del C.S.T modificado por el artículo primero del decreto legislativo 204 de 1957 de la República de Colombia.

- artículo 406 del C.S.T modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 200 de la República de Colombia.

- Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965.

1.2.3.3.controversias y tratamiento. El fuero sindical implica el derecho del trabajador que está aforado a no ser despedido o desmejoradas sus condiciones laborales, sin autorización de la autoridad laboral, pero, este derecho no es profesado primordialmente para proteger derechos individuales del trabajador, como en las hipótesis de estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes y discapacitados, sino, para garantizar la subsistencia y correcto funcionamiento de la asociación sindical, es por tanto que, las normas ya mencionadas determinan diferentes tipos de trabajadores amparados por el fuero sindical dependiendo de su relación con el sindicato.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en que el fuero sindical es una medida de protección del sindicato, más que individual del trabajador, aunque, no niega la doble naturaleza que está puede llegar a tener como por ejemplo cuando dice:

el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores.(sentencia C 381 de 2000 M.P Alejandro Martínez Caballero, 2000)

Dicha doble naturaleza se puede ver expresada en las extensiones a este fuero, cuando el trabajador ha terminado su mandato, ya que allí no se protege primordialmente el funcionamiento del sindicato, sino, al trabajador que, terminado su período como líder sindical, puede sufrir retaliaciones o actos discriminatorios por el empleador en razón a la gestión que realizó en el sindicato.

Es importante mencionar que para el surgimiento del fuero sindical es de vital importancia que se dé la comunicación de los nombramientos, en los términos de ley al empleador, ya que dicho fuero no podrá ser aplicado si el empleador no conoce el cargo en el sindicato del trabajador que va a despedir, en otras palabras, el fuero no nace con el simple nombramiento sino con el nombramiento y la notificación. Planteamiento que surge en razón a que este asunto sindical no implica solo la relación entre el trabajador afiliado y el sindicato, sino, una relación entre el trabajador, el sindicato y el empleador, por lo tanto, todas las partes deben conocer la situación del surgimiento del fuero para que este se pueda predicar.

Como amparados con fuero sindical por su relación con el sindicato podríamos hablar de los siguientes sujetos:

1.2.3.3.1 Miembros de la junta directiva. Se encuentran amparados por fuero sindical los cinco primeros miembros de la junta directiva del sindicato junto con los cinco primeros suplentes, dicho fuero se extiende por el término que dure el mandato y seis meses más. En el evento de que la junta directiva sea cambiada a disposición del sindicato, sin haberse terminado

el mandato, el trabajador tiene una duración adicional del fuero de solo tres meses después del cambio, al igual que en los casos de fusión de sindicatos cuando el trabajador no sea nombrado en la nueva junta.

Adicional a esto, si el trabajador renuncia a su cargo o es destituido mediante sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, el fuero caerá inmediatamente, situación que amerita cuidado ya que la imposición de cualquier sanción disciplinaria requiere un debido proceso, el cual, si es violado, es susceptible de protección mediante acción de amparo, donde el juez podrá en caso de determinarse claramente la violación al derecho fundamental, dejar sin efectos la sanción disciplinaria, con lo que se restablece el fuero sindical, o podrá también aplicar medidas de protección transitorias en caso de no ser clara la afectación al debido proceso, como mantener el fuero sindical al trabajador o preservarlo en el cargo hasta que se resuelvan las acciones pertinentes.

1.2.3.3.2. *Principal y suplente de los de los comités seccionales.* En los sindicatos donde existan comités seccionales, un principal y un suplente de dichos comités gozan de fuero sindical, extendiéndose este por seis meses más después del mandato. La norma no es explícita en los demás eventos que pueden ocurrir, como en el punto anterior, aunque a mi juicio es aplicable por analogía al principal y suplente de los comités seccionales, el tratamiento dado a los miembros de juntas directivas.

1.2.3.3.3. *Miembros de la comisión estatutaria de reclamos.* Dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos se ven amparados por el fuero sindical durante su cargo y por

seis meses adicionales, en los demás eventos que no aparecen expresamente en la ley, considero se puede aplicar el tratamiento dado a los miembros de junta directiva.

1.2.3.3.4. Fundadores. El fuero sindical abarca a todos los fundadores de un sindicato desde el día de su constitución hasta dos meses después del registro, sin que esto pueda exceder seis meses, entendiéndose constituido el sindicato posterior a la reunión inicial de la que habla el artículo 361 del C.S.T en la misma lógica ya expuesta, es de vital importancia la notificación al empleador de la reunión de constitución en los términos del artículo 363 del C.S.T reformado por el artículo 43 de la ley 50 de 1990.

Este fuero sindical también rige para quienes ingresen al sindicato antes de la inscripción del mismo en el registro sindical y aplica hasta que se extinga el fuero de los fundadores.

1.2.3.3.5. Fuero circunstancial. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han dado el nombre de fuero circunstancial al evento consagrado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 en donde los trabajadores involucrados en un conflicto colectivo de trabajo no pueden ser despedidos sino mediante la comprobación de una justa causa como se puede ver por ejemplo en la sentencia de Corte Constitucional T 057 de 2016 M.P Jorge Ignacio Pretelt.

Esta protección se brinda para todos los afiliados a un sindicato que presente pliego de peticiones y además para todos aquellos trabajadores no sindicalizados, que, de igual manera, presentan un pliego de peticiones, extendiéndose la protección hasta la terminación del conflicto

con la firma de la convención o pacto colectivo, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral.

En este evento la norma no solicita que la justa causa sea legalizada por ninguna autoridad pública, por lo que basta solo con que el empleador adelante un proceso disciplinario donde compruebe la justa causa para despedir, sin embargo, el trabajador puede acudir a las instancias judiciales a que se establezca si realmente existió o no la justa causa de despido, siendo la primera acción por interponer la de tutela donde puede obtener una protección total o transitoria.

1.2.3.3.6. Protección en este supuesto. Todo trabajador despedido en las circunstancias anteriormente descritas es susceptible de protección, bien sea mediante acción de tutela, que deber ser interpuesta por el sindicato o el aforado antes de los dos meses posteriores al despido, o en proceso laboral de fuero sindical, pero, aquí hay que tener claro que la norma protege del despido, es decir, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, por lo tanto, en los contratos a término fijo, por obra o labor no aplica la protección a la estabilidad laboral reforzada cuando el contrato termina, esto se da por expresa disposición normativa del artículo 411 del C.S.T. por obvias razones esta figura no se aplica en contratos no laborales.

En el marco de la protección sindical los eventos descritos en el aparte anterior no pueden ser entendidos con rigidez como los únicos eventos que ameritan reintegro en caso de despido, ya que, dichas disposiciones están diseñadas para proteger el derecho de asociación y en ese sentido cualquier despido o actuación que atente contra ese derecho es susceptible de protección judicial, así, por ejemplo, en caso de que un trabajador sin fuero sindical o circunstancial sea despedido sin justa causa, cuando el sindicato cuenta con solo veinticinco miembros (lo cual

conlleva a su liquidación) se podría buscar una protección constitucional al sindicato y al trabajador para que éste sea reintegrado.

La anterior postura se encuentra acorde a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T 386 de 2011 M.P Jorge Ignacio Pretelt, donde analizó el caso de varios trabajadores que habían sido despedidos un día después de levantado su fuero sindical como fundadores del sindicato de la empresa, lo cual provocó múltiples deserciones del sindicato por el temor infundido con este actuar. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional consideró los despidos actos contrarios al derecho de asociación sindical, por lo que ordenó fueran reintegrados los trabajadores, así no estuvieran amparados por fuero sindical al momento del despido.

Igual postura se maneja en la sentencia de Corte Constitucional T 476 de 1998 M.P Fabio Morón Díaz y la T 998 de 2010 M.P Jorge Ignacio Pretelt, donde en esta última se argumentó que:

independiente de la existencia o no de dicho fuero, se observa, que la conducta de la empresa accionada tuvo como motivo sancionar al accionante por su adhesión a la organización sindical, que no sólo recayó en cabeza del mismo sino frente a todos aquellos que se vincularon al sindicato, hasta el punto que, posterior a este despido, los demás afiliados no tuvieron otra opción que retirarse de la asociación. (sentencia T 998 de 2010 M.P Jorge Ignacio Pretelt, 2010)

Cabe decir que, el trabajador debe ser reintegrado cuando, amparado por el fuero, es terminado sin permiso judicial su contrato a término indefinido, o su contrato a término fijo antes del vencimiento del mismo; sin importar si el empleador alega justa causa o fenecimiento del objeto contractual, ya que aquí aplica la presunción irrefragable de despido injusto, con lo que el despido sin permiso de autoridad es en cualquier caso nulo. Eso sí, cuando el empleador alega la falta de notificación de la posesión del trabajador en el cargo del sindicato, no puede ser ordenado reintegro, ya que técnicamente, el fuero no había surgido.

Es de mencionar que, en los eventos en que se presente un reintegro igualmente va de la mano el pago de los salarios y cuotas de seguridad social dejadas de percibir por el accionante como quiera que se entiende la relación laboral se da sin solución de continuidad. Cuando la afectación al trabajador se dé por cambios en las condiciones laborales, dicha conducta por parte del empleador puede ser revertida acudiendo a la protección judicial, al igual que, en los supuestos de mujer gestante y trabajador afectado en su salud, sin embargo, es de declarar que las condiciones laborales son susceptibles de cambios por mutuo acuerdo entre empleador y trabajador, caso en el cual no se requiere autorización judicial.

1.2.4 Prepensionados. Este supuesto de estabilidad laboral reforzada nace para protección de la expectativa pensional de los cotizantes al sistema general de seguridad social en pensión, en pro de asegurarle la consecución de un derecho pensional. No se protege por tanto la condición de vejez del trabajador por la que puede ser discriminado, sino, la continuidad en una opción productiva, como fuente de ingreso que le permita seguir aportando para la construcción

de su pensión.

Este derecho relativamente nuevo en el campo privado ha tenido un nacimiento y desarrollo interesante, el cual, empezaremos a analizar desde la normativa internacional e interna que podríasoportarlo.

1.2.4.1 Normatividad internacional.

- Convenio 102 y 128 de la o.i.t. (O.I.T, 1952- 1967)
- Declaración universal de los derechos humanos artículo 25. (O.N.U, 1948)
- Artículo. 9o del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las naciones unidas.(O.N.U, 1966)
- Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de naciones unidas. (O.N.U, 2007)
- Artículo 16 de la declaración americana derechos y deberes del hombre. (O.E.A, 1948)

1.2.4.2 Normatividad interna.

- Constitución Política de Colombia artículos 11, 13, 46, 48, 49 y 53.
- Ley 790 de 2002. (Colombia, Congreso de la República, 2002)
- Decreto 190 de 2003. (Colombia Rama Ejecutiva del Poder Público, 2003)

1.2.4.4 Controversias y tratamiento. Lo primero que debemos tratar en este aparte es el desarrollo que ha tenido este derecho para poder llegar a lo que manejamos hoy como la

estabilidad laboral reforzada del Prepensionado.

En el año 2002 comienza, dado las deficientes condiciones económicas y fiscales del estado, un proyecto de reestructuración administrativa con el ánimo de reducir los costos de funcionamiento del aparato estatal, a través de la liquidación y fusión de entidades, así como la remoción de cargos, dicho programa fue denominado Programa para la Renovación de la Administración Pública (PRAP).

Este programa fue implementado a través de la ley 790 de 2002, que en su artículo doce contempla medidas de protección especiales a grupos vulnerables denominadas Retén Social del cual se hará énfasis en otro capítulo de este texto. Dentro de las personas vulnerables protegidas por esta norma se encuentran los allí denominados Prepensionados o personas que le faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos de la pensión de vejez. La protección a estas personas consistía entonces en no ser retirados del servicio en desarrollo del PRAP cosa que se tornó problemática, ya que, dichas entidades se encontraban en liquidación, además de muchos otros inconvenientes que abordaré a fondo cuando estemos hablando del Retén Social en el siguiente capítulo.

Así nace pues, la llamada estabilidad laboral reforzada del Prepensionado, limitada solamente a la administración pública y en especial a los trabajadores afectados por el PRAP. Más tarde en 2009 después de muchos conflictos jurisprudenciales con la referida norma, surge en el seno de la Corte Constitucional la sentencia C 795 de 2009, la cual, plantea la posibilidad de extender la protección referida a cualquier entidad en proceso de reestructuración diferentes a

lasdel PRAP cuando dice:

De tal manera que el retiro proveniente de la fusión o supresión de empleos “debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social. (sentencia C 795 de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, 2009)

Tal posición es adoptada igualmente en la sentencia SU 897 de 2012 de M.P Alexei Julio, mismo ponente de la sentencia SU 070.

Posterior a los citados fallos, la estabilidad laboral de los Prepensionados da un salto del campo público al campo privado, estableciéndose con claridad esta postura en 2016 consentencias de Corte Constitucional como la T 357 de 2016 y la T 638 de 2016 expresándose en esta última que:

La estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. (Sentencia T 638 de 2016 M.P Jorge Iván Palacio Palacio, 2016)

Se establece de igual forma por los fallos citados, que no basta solo con tener la

condición de Pre pensionado para propender por una protección ante el despido, sino que, además de esto, se requiere que el trabajador demuestre afectación al mínimo vital con el rompimiento del vínculo contractual o en palabras de la Corte Constitucional:

a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primer. (sentencia T 357 de 2016 M.P Jorge Iván Palacio , 2016)

1.2.4.4.1 Protección en este supuesto. La protección que se propondrá para este supuesto es la que debe brindarse a los pre pensionados del sector privado, ya que las alternativas de protección en eventos del sector público se abordarán en otro capítulo.

En este aparte hay varios puntos por precisar, el primero es que, a diferencia de los anteriores supuestos tratados, el de los pre pensionados del sector privado, no cuenta con un

marco legal propio y por ende no cuenta con la figura del despido autorizado, siendo su interpretación restringida a lo dicho por la Corte Constitucional, lo aplicable por analogía de los anteriores supuestos y el marco legal de los pre pensionados del sector público.

Es también menester precisar que, para ser beneficiario de la protección que brinda este derecho, se debe acreditar la condición de faltar solo tres años para cumplir los requisitos de la pensión, antes del despido. Estos tres años pueden contarse en el requisito de la edad o de las semanas cotizadas, así, por ejemplo, una persona de setenta años a quien le falten cien semanas de cotización para alcanzar la pensión (teniendo como base cincuenta semanas por año) puede ser objeto de protección por ser pre pensionado, igualmente un hombre con mil cuatrocientas semanas cotizadas que tenga más de cincuenta y nueve años. Se requiere además demostrar que la falta del empleo afecta su derecho al mínimo vital.

En este supuesto sostengo que no es relevante la notificación ex ante al empleador, para ser sujeto de protección, ya que, el objeto de esta garantía no es evitar la discriminación, sino, la consolidación de una expectativa pensional e implícitamente la protección a la vejez (por lo que no aplica presunción de despido discriminatorio) más si es importante que se haga la notificación de la situación de pre pensionado al ser despedido, antes de instaurar la acción de tutela para que el empleador pueda tener la opción de reintegrar antes de esta vía judicial subsidiaria.

Es de analizar que la edad del sujeto siempre será indicativa de que la persona puede encontrarse amparada por la estabilidad laboral reforzada, por lo que el empleador antes de despedir debería mirar la situación pensional de todo trabajador mayor de cincuenta y nueve años, con base en el principio de solidaridad. Igualmente se debe entender que, en este evento el

único mecanismo judicial para buscar protección es la acción de tutela.

Una vez aclarados estos puntos se puede decir que, la protección en esta hipótesis es asimilable a la propuesta para mujeres gestantes con ciertas diferencias que pasaré a explicar. La primera es que cuando sea alegada justa causa para despedir por el empleador, el juez de tutela deberá actuar como juez de instancia y verificar plenamente la existencia o no de la justacausa para despedir, ya que, en este evento no se debe ordenar una protección transitoria, al no existir otro proceso que busque el reintegro del pre pensionado en el sector privado, atendiendo, además, lo establecido en el decreto 2591 de 1991. Aunque, en casos complejos se podría pensar en la opción de ordenar el pago a seguridad social en pensión de forma transitoria mientras se define la existencia de la justa causa o no, en proceso declarativo laboral, de similar forma como se ha planteado para anteriores hipótesis.

En los contratos con un término de duración definido, el reintegro dependerá del agotamiento o no del objeto del contrato, más de comprobarse el agotamiento de dicho objeto, se deberá ordenar al empleador el pago de la seguridad social en pensión, durante el tiempo que falte para cumplir los requisitos de pensión, o hasta que el pre pensionado consiga un nuevo empleo, misma medida que puede ser ordenada en los casos de liquidación o cierre de empresas, dando dicha orden al liquidador, Ya que, este supuesto tiene como objeto de protección la consecución de una prestación establecida del sistema de seguridad social en pensión, así como en la hipótesis de mujer gestante se busca proteger la prestación de licencia de maternidad.

Tratándose de contratos que no son laborales, la Corte ha asumido en las sentencias citadas, el conocimiento de situaciones donde el contrato inicia siendo por prestación de servicios, pero, se declara en el trámite de la acción la existencia de un contrato realidad, por lo que, no se observa referente jurisprudencial que hable de la protección en verdaderos contratos de prestación de servicios. En este sentido se propone a rajatabla y siendo consecuentes con lo ya expuesto, que esta protección constitucional es viable en cualquier tipo de contrato como los ya analizados para las mujeres gestantes y se debe aplicar en similar forma.

Para terminar con el desarrollo de las alternativas de protección en este derecho, cabe anotar que, en todo reintegro debería ordenarse conjuntamente el pago de las cotizaciones a seguridad social atrasadas y, solo si no se dio la terminación del contrato por vencimiento del término pactado, el pago de los salarios dejados de percibir.

Como información adicional, este supuesto de protección, al momento de realizarse esta investigación buscaba ser protegido a través de norma de rango legal, mediante proyecto de ley 02 de 2015, la estabilidad laboral reforzada de Prepensionados, proyecto que fue archivado por vencimiento de términos.

1.2.5. Madres cabeza de familia. La protección de las madres cabeza de familia a la estabilidad laboral reforzada es otro de los supuestos relativamente recientes en este tema; éste se deriva de un deber axiológico del estado de brindar tratamiento especial a las personas que son sustento de una familia donde se encuentran sujetos de especial protección, como menores o discapacitados. Por lo que, dicho tratamiento preferente no se brinda debido a sus características

personales, sino por sus condiciones familiares.

Esta protección tiene su nacimiento en el llamado Retén Social a pesar de que, antes de la ley 790 de 2002 ya se hablaba de una protección especial a las madres cabeza de familia de en el ámbito constitucional, aplicada por ejemplo en las normas de seguridad social, pero, sin que esta fuera detallada en el ámbito de la estabilidad laboral.

Con este abrebocas podemos entonces comenzar a darle un desarrollo más profundo a este supuesto comenzando con la normatividad que la sustenta.

1.2.5.1 Normatividad internacional. No existen tratados suscritos por Colombia que aborden específicamente este tema, por lo que se deben abordar los tratados que protegen especialmente al menor y a la familia como, por ejemplo:

- Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas.
- Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. (O.N.U, 1989)

1.2.5.1 Normatividad interna.

- Constitución Política artículos 42, 43 y 44.

- ley 82 de 1993. (Colombia, Congreso de la República, 1993)
- ley 790 de 2002 artículo 12. (Colombia, Congreso de la República, 2002),

reglamentada por el artículo 12 de Decreto Nacional 190 de 2003

- ley 1232 de 2008. (Colombia, Congreso de la República, 2008)

1.2.5.1 controversias y tratamiento. Se debe tener claro para este aparte, que se trata de otro de los supuestos del campo privado, donde no se tiene un sustento legal para la protección, además, que tal protección no se brinda debido a las características personales del sujeto, sino, de sus condiciones familiares, por lo que el paradigma del objeto de protección no es evitar la discriminación, sino, el interés superior del menor.

Lo primero por establecer es quien tiene la calidad de madre cabeza de familia, para esto se debe consultar la ley 1232 de 2008 en su artículo primero, el cual, modifica el artículo 2 de la ley 82 de 1993 y reza:

es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (Congreso de la Republica de Colombia ley 1232 de 2008)

Tal definición que ha sido respetada y acogida por la jurisprudencia con el único reparo

de que los hombres que se encuentren en las mismas situaciones descritas de mujer cabeza de familia son susceptibles de idéntica protección (padres cabeza de familia) como se puede

observar en sentencias de Corte Constitucional C 044 de 2004 de M.P Jaime Araujo Rentería y la sentencia C 964 de 2003 de M.P Álvaro Tafur Galvis.

En interpretación de los requisitos para ser madre cabeza de familia la Corte Constitucional ha expuestodetalladamente qué se necesita demostrar lo siguiente:

(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar (sentencia SU 388 de 2005 M.P Clara Inés Vargas, 2005).

Cuando se expresa “otras personas discapacitadas o incapacitadas para trabajar” se debe saber, son sujetos con calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, además, en principio, considerados como núcleo familiar o familia, entendiendo este término de acuerdo con

los parámetros constitucionales modernos establecidos en sentencia de Corte Constitucional T292de 2016 M.P Gabriel Eduardo Mendoza. No obstante, digo en principio ya que no es irracional realizar una interpretación más laxa de la norma (ya que esta no es restrictiva o taxativa respecto de quienes son esos otros sujetos), donde la persona o personas que estén a cargo sean ajenos a vínculos estrictamente familiares, como sería, por ejemplo, algún discapacitado o persona de la tercera edad en incapacidad de trabajar, de la cual sin vínculo familiar se asumen sus gastos y cuidados personales en razón a la solidaridad, generando así una carga económica y afectiva exclusiva para el sujeto que decide hacerlo.

También es tema de discusión si esta persona que se tenga a cargo debe conformar o no una unidad doméstica con el sujeto que pretende ser amparado como madre o padre cabeza de familia, ante lo cual opino que no debe ser necesario que ambos sujetos vivan en la misma residencia, ya que, se puede estar a cargo afectiva y económicamente, por ejemplo, de algún ascendiente, de manera permanente y exclusiva, sin necesidad de convivir en el mismo techo.

Frente a la exclusividad de la carga económica y afectiva, la Corte Constitucional ha sido radical expresando que:

el desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que esta pueda resultar, no significa per se que una madre adquiera la condición de cabeza de familia, toda vez que para ello es indispensable el total abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; es decir, debe existir un incumplimiento absoluto y

permanente de las obligaciones inherentes a esta condición [29]. Todo ello sin olvidar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social [30]. En ese orden de ideas, debido a la existencia de otras formas de colaboración en el hogar, la carencia de un ingreso económico fijo de una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia. (sentencia T 1211 de 2008 M.P Clara Inés Vargas, 2008)

Limitando ampliamente el rango de sujetos que pueden aspirar a esta protección.

La ley 82 de 1993 determina que la condición de madre cabeza de familia debe ser declarada en notaria, pero para buscar protección de estabilidad laboral reforzada no es necesario que se tenga tal declaración, ya que, en palabras de la Corte Constitucional:

la declaración ante notario a que hace referencia el párrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto. (sentencia T 1211 de 2008 M.P Clara Inés Vargas)

Frente a los mecanismos de protección cabe decir que se aplican por analogía los planteamientos hechos para el reintegro, pago de salarios adeudados y cotizaciones a seguridad social de los Pre pensionados, al estarse tratando de supuestos donde, no se cuenta con base legal

de protección en el sector privado, no aplican el permiso ex ante ni la presunción de despido injusto y que nacen del retén social.

Con la salvedad de que en este evento cuando es imposible el reintegro el juez no puede ordenar el pago de las cotizaciones a seguridad social hasta determinada fecha, dado que, esta hipótesis no tiene como objeto de protección una alternativa pensional o la consecución de alguna otra prestación del sistema integral de seguridad social.

Es relevante decir que si bien no se tiene la necesidad de informar ex ante la situación de madre cabeza de familia si se hace necesario informar de esta al momento del despido, antes de instaurar la acción de tutela, para que el empleador tenga la oportunidad de reintegrar sin acudir a la vía judicial de tutela, teniéndose en cuenta la subsidiariedad de esta acción.

1.2.6 Menores de edad. Los menores de edad como sujetos de especial protección no pueden ser ajenos a la protección de la estabilidad laboral reforzada, sin embargo, la aplicación de esta figura es casi nula, ya que tiene características especialísimas de acuerdo con lo que se expondrá más adelante. Aunque, en un marco constitucional moderno es responsabilidad del estado, los particulares y la familia luchar por la protección de este derecho.

1.2.6.1 Normas internacionales.

- Convenio No.138 de la OIT; Convenio No. 182 de la OIT; y Recomendación No.190, que la complementa sobre las peores formas de trabajo infantil. (O.I.T, 1973- 1999- 1999)

- Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño (O.N.U, 1924)
- Declaración de los derechos del niño (O.N.U, 1959)
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. (O.N.U, 1989)

1.2.6.2 Normatividad interna.

- Constitución Política en especial artículos 44 ,45 y 53.
- Artículo 353 del C.S.T subrogado por la ley 50 de 1990 de la República de Colombia en su artículo 38 y posteriormente por la ley de la República de Colombia 584 de 2000 en su artículo 1
- Artículo 354 del C.S.T subrogado por la ley 50 de 1990 de la República de Colombia en su artículo 39 Decreto Nacional 2737 de 1989. (Colombia, Rama Ejecutiva del Poder Público, 1989)
- Ley 1098 de 2006. (Colombia, Congreso de la República, 2006)

1.2.6.3 Controversias y tratamiento. Se trata éste de un derecho promulgado no de manera legal, sino jurisprudencial, ya que, mediante fallos de tutela de la Corte Constitucional se ha dicho que la estabilidad laboral reforzada aplica a “Menores de edad, mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia y el trabajador discapacitado como sujetos de especial protección por su condición de debilidad manifiesta” (sentencia T 230 de 2010 M.P María Victoria Calle, 2010). Tomándose entonces tal expresión como fuente de derecho, al estar contenida dentro de la ratio decidendi de esta sentencia emitida por el supremo Tribunal Constitucional.

Se debe advertir que, no se evidenció durante el transcurso de esta investigación

sentenciaio autor que trate a fondo este derecho en los menores, pudiendo haber para ello muchas posibles causas, como serían la mitificación que existe en la sociedad colombiana del trabajo infantil, así como la informalidad e ilegalidad con que este se desarrolla, ya que, en cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2016) 869.000 menores de edad se encuentran laboralmente activos en Colombia (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2016).

Para tomar una referencia en Antioquia se reporta por el Ministerio del Trabajo en cifras de 2017 dadas por el programa SIRITI (sistema integrado de identificación y registro de trabajo infantil), sólo un menor de edad entre los quince y diecisiete años laboralmente activo sin ninguna vulnerabilidad, de los 19.077 que se encuentran en este rango de edad reportados como laboralmente activos (Ministerio del Trabajo, 2017).

Lo anterior, aunado con el casi inexistente desarrollo jurisprudencial en este tema hace que se dificulte hablar en Colombia acerca de un real derecho a la estabilidad laboral reforzada para esta población, por lo que, entraremos en este escrito investigativo a realizar simplemente una descripción analítica, basados en la experiencia recogida con los anteriores supuestos de estabilidad laboral reforzada, acerca de cómo debe ser el tratamiento constitucional y legalmente acorde a este supuesto de estabilidad laboral reforzada planteado por la corte constitucional.

Lo primero sería recordar las categorías de edad actualmente permitidas en Colombia para ejercer un trabajo como menor, para esto he de decir que:

los niños de cero a cinco años no pueden ejercer ninguna actividad como trabajo, los niños de cinco a catorce años, pueden ejercer actividades culturales, recreativas, artísticas o deportivas con autorización del Ministerio del Trabajo, aunque excepcionalmente los menores entre doce y catorce años pueden realizar con autorización del ministerio del trabajo, trabajos ligeros de acuerdo a lo dictado por el convenio 138 de la O.I.T en concordancia con la sentencia de Corte Constitucional C 170 de 2004 M.P Rodrigo Escobar Gil. Ya los menores entre quince y los diecisiete años pueden desempeñarse laboralmente, aunque con ciertas limitaciones y prebendas especiales y obviamente con el permiso del Inspector del Trabajo.

Visto lo anterior, se puede decir que los menores autorizados por el Ministerio del Trabajo que tengan una relación laboral, ingresan a sus labores con estabilidad laboral reforzada, es decir, no pueden ser despedidos sin que medie una justa causa, lo cual, si no se acata, es susceptible de protección por el juez constitucional en sede tutela como único mecanismo para solucionar el conflicto, aunque, a mi juicio como sucede en la estabilidad laboral reforzada de los pensionados, debe ser posible evidenciar afectación al mínimo vital para poder dar un fallo protector, además, se debe verificar que, el objeto de la contratación no se haya agotado. En dicho fallo protector se debe conceder el reintegro, salarios dejados de percibir y pago de cotizaciones atrasadas a seguridad social atrasadas.

Los menores entre quince y diecisiete años con una relación laboral sin autorizar, se encuentran en la situación que, su contrato laboral es inexistente o adolece de nulidad absoluta, por lo que al ser despedido y solicitar reintegro a través de tutela como único medio de protección judicial previsto para estos casos, debe atenderse a un tratamiento especial, que

consistiría primero, en determinar si las actividades realizadas por el menor se encuentran entre las permitidas legalmente para su rango de edad, ante lo cual si el menor se encuentra ejerciendo una actividad prohibida, el juez debería de oficio solicitar al empleador la lista de cargos y funciones que exista en desarrollo de su actividad económica, con el fin de señalar las que pueda ejercer el menor.

Si no se encuentra ninguna actividad permitida no es posible ordenar reintegro, por lo que en caso de encontrarse en riesgo los derechos del menor deberá oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F) para que inicie la actuación administrativa de protección y restablecimiento de derechos, sin impartir órdenes al empleador.

Si existen en la empresa actividades permitidas para el menor, el juez además de señalarlas y ordenar el reintegro hacia alguna de estas debe ordenar el cumplimiento de las prebendas establecidas en la ley para los menores, por ejemplo, en el tema de los horarios, Paso seguido, oficiar al Ministerio del Trabajo para que haga estricto seguimiento al caso y a la aplicación del fallo. Notándose que, cuando el juez ordena el reintegro estaría otorgando el permiso para trabajar del que hablan las normas laborales, por lo que deberá en todo caso verificar que se cumplan las condiciones legales y constitucionales para este.

En los eventos de menores entre cinco y catorce años, cuando ejercen actividades culturales, deportivas o recreacionales, con el permiso del Ministerio del Trabajo o sin este, al ser despedidos se deberían observar las reglas planteadas anteriormente. Ya cuando el menor no ejerce actividades de las antes descritas, sino que, ejerce otro tipo de labores, se debe hacer el

siguiente raciocinio.

Si el menor está en el rango entre cinco y once años, deberá oficiar inmediatamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F) y si el menor tiene entre doce y catorce años se deberá verificar si está desempeñando, o dentro de la empresa puede desempeñar las actividades permitidas para este tipo de menores, que son las descritas como ligeras y, verificar los demás requisitos para dar el permiso especial de trabajo en este tipo de casos, el cual, si pudiese ser aplicado permitiría ordenar el reintegro con sus consecuentes y, las demás órdenes en pro de la protección al menor, así como oficiar al ministerio del trabajo para el respectivo seguimiento. Cuando el menor entre doce y catorce años no aplique para el permiso especial se deberá oficiar al I.C.B.F.

En cualquiera de los casos planteados, el Ministerio del Trabajo debe entrar en conocimiento del fallo, para realizar la posible investigación administrativa que puede acarrear sanciones al empleador. Es de aclarar también que las alternativas de protección planteadas irían hasta la mayoría de edad.

Cabe recordar que las alternativas propuestas son producto del análisis investigativo y no tienen un soporte jurisprudencial ni doctrinal que las ratifiquen, igualmente se configuran basadas en el planteamiento de que, aislar a un menor de su alternativa económica, en algunos casos puede ser perjudicial para sus derechos, más aún, en el contexto colombiano. Por lo que, como se propone, es más favorable para el menor que está laborando de una forma indebida, que las autoridades judiciales y administrativas pongan en marcha el aparato estatal con el fin de

determinar, si puede ejercer sin afectación a sus derechos la opción laboral; en vez de pensar de entrada que el menor debe ser separado intempestivamente de su actividad económica o incluso retirado de su seno familiar.

1.3 Conclusiones

La estabilidad laboral reforzada se cimienta en el bloque de constitucionalidad, desde donde se nombran beneficiarios de esta protección especial a ciertas personas que por políticas sociales internas e internacionales se consideran vulnerables, pudiendo ser esta vulnerabilidad producida por características personales (discapacitados, gestantes y menores), o por condiciones externas al individuo (fuero sindical, madre cabeza de familia, pre pensionados).

Al estar soportado este derecho en normas de rango superior, no es necesario el desarrollo legal para establecer en casos concretos una protección, más, si se hace necesario que cada uno de los supuestos tenga su propio desarrollo legal, con el fin de que se tengan unas reglas claras para los empleadores y no solo estar sujetos a los pronunciamientos judiciales.

Existen dos paradigmas principales en el objeto de protección; el primero, dice que la protección se da frente a la discriminación y; el segundo, que la protección se da para lograr el pleno desarrollo social de los sujetos vulnerables. Aunque, en los supuestos de protección pueden confluír ambos paradigmas, en cada supuesto siempre habrá uno que será el primordial y que guiará la pauta para su tratamiento, encontrándose que actualmente el primer paradigma solo

es principal objeto de protección en los supuestos de personas discapacitadas, por lo que, el

segundo paradigma es el que rige los supuestos de mujeres gestantes, pre pensionados, madre cabeza de familia, menores de edad y fuero sindical.

Principalmente este derecho de estabilidad laboral reforzada se protege con el reintegro de los sujetos vulnerables a sus empleos, de lo que se deriva en algunos casos, que se les deban pagar los salarios y cotizaciones dejadas de percibir durante el tiempo que dure el despido. Actualmente, en este derecho del campo laboral, se protege también la consecución de prestaciones especiales del sistema integral de seguridad social como son la pensión y la licencia de maternidad y además en el caso de los discapacitados la reubicación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior podría definirse la estabilidad laboral reforzada como, un principio, aplicable a las relaciones laborales con personas consideradas vulnerables, el cual busca primordialmente su permanencia en el empleo, siempre que no se amerite el despido y, del cual se derivan medidas de protección tendientes a otorgar bienestar y desarrollo integral a estos sujetos con condiciones especiales.

CAPÍTULO II

Estabilidad Laboral Reforzada en las Vinculaciones con el Estado a

Título de Servidor Público.

En este segundo capítulo se aborda, una vez vistos los aspectos generales de la estabilidad laboral reforzada en el sector privado, el aspecto central que pretende desarrollar esta investigación, el cual es, como debe ser la aplicación de la estabilidad laboral reforzada en los Servidores Públicos. Para establecer esto, se analizará con base en la jurisprudencia y las normativas pertinentes, los tipos de vinculación como Servidor Público con el Estado, los supuestos de protección que se hayan tratado en cada uno y, por último, se hará uso de la analogía para establecer si existen figuras de las ya vistas en el capítulo anterior, que deberían ser aplicadas a los Servidores Públicos de acuerdo con su tipo de vinculación.

Para entrar en materia diré que, los Servidores Públicos son personas naturales que prestan sus servicios personales en favor del Estado, cumpliendo con funciones asignadas por este, con el fin de lograr la materialización de los fines estatales. Son Servidores Públicos de acuerdo con la Constitución Política de Colombia de 1991 los “miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, pudiéndose diferenciar inicialmente tres tipos de Servidores Públicos, que son: los miembros de Corporaciones Públicas, los Empleados Públicos y los Trabajadores Oficiales.

Igualmente puede hablarse de una categoría especial de servidores públicos instituida por la ley, de acuerdo con las facultades otorgadas al Congreso por el artículo 150 numeral 23 de la Constitución Política, llamada Supernumerarios, dejándose claro de contera que, entre estas categorías de servidores públicos se encuentran algunas a las que su relación con el Estado podríadársele el carácter de laboral y otras a las que no.

Antes de iniciar el análisis a profundidad, de cada uno de los tipos de vinculación con el Estado como Servidor Público, es de mencionar que, se estudiará adicionalmente, para lograr una mayor comprensión del objeto de estudio, el denominado Retén Social.

2.1 Miembros de Corporaciones Públicas

Son miembros de Corporaciones Públicas los Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados, concejales y ediles; en otras palabras, los miembros del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y de las Juntas Administradoras Locales.

Son Servidores Públicos cuyo vínculo con el estado no es estrictamente de carácter laboral, sinoque, a juicio de quien escribe, es un vínculo de carácter especial, ya que, estos no tienen con el Estado propiamente una relación de subordinación. Esto esbozado bajo el argumento de que; primero, al estar dentro de la Corporación se tiene la opción de participar en

la configuración de su propio reglamento de funcionamiento, prerrogativa que desvirtúa subordinación y; segundo, no cumplen en sentido estricto órdenes de un empleador, aunque, se hace de obvio que deben acatar el régimen constitucional, legal y reglamentario vigente que atañe al cargo, estas normas no tienen la naturaleza de órdenes dictadas por un empleador a su trabajador, sino que, son imposiciones de aquel ente abstracto llamado Estado, el cual plantea un orden jurídico de carácter general impersonal y abstracto de obligatorio cumplimiento para todos sus asociados.

Es importante decir para el tema a tratar que, a pesar de no tener un vínculo estrictamente laboral, el miembro de Corporación Pública en desarrollo de ese vínculo especial con el Estado, está sujeto a ser sancionado cuando omite sus deberes o se extralimite en sus funciones, por un órgano competente que, si bien no se podría denominar su superior jerárquico, es el facultado por ley para hacerlo, de igual manera se debe mencionar que dichos sujetos están amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social desarrollado por la ley.

Como características adicionales de este vínculo especial con el Estado se puede resaltar que, comienza con una elección popular, manifestación democrática la cual permite a la persona natural ingresar a la Corporación Pública y Adicionalmente, esta vinculación tiene un aspecto temporal claramente definido por la ley, que se denomina periodo fijo institucional. Una vez expresados estos aspectos podemos entrar a tratar a fondo la posible aplicación de la estabilidad laboral reforzada de estos servidores públicos.

2.1.1 Estabilidad laboral reforzada de los miembros de corporaciones públicas. Los

miembros de Corporaciones Públicas tienen lo que se denomina una estabilidad laboral propia, es decir, ellos no pueden ser removidos de sus cargos, sino, por el vencimiento de su periodo fijo institucional, por violación al régimen de inhabilidades o incompatibilidades, fallo disciplinario condenatorio, o cualquier otra causal taxativamente determinada en la ley.

Como bien se ha dicho el derecho a la estabilidad laboral reforzada nace para defender a los trabajadores vulnerables que, sin las prerrogativas que este brinda, tendrían una estabilidad laboral impropia, por tanto, es casi un absurdo pensar en el derecho de estabilidad laboral reforzada de quienes ya tienen derecho a una estabilidad laboral propia; dado que, básicamente en ambas figuras se asegura la permanencia en el empleo hasta tanto no ocurra una justa causa para el despido.

Siendo así, el miembro de Corporación Pública que esté en alguna de las situaciones descritas para ser sujeto de protección a la estabilidad laboral reforzada, ya tiene asegurado por las condiciones legales de su cargo, el hecho de que su salida del mismo no corresponderá a una decisión intempestiva o arbitraria de su empleador originada en causas discriminatorias, sino que, la terminación de su vínculo corresponderá a una justa causa comprobada en un debido proceso llevado a cabo por el órgano competente o al transcurso del tiempo.

Es de añadir que, en el presente supuesto, la relación se guía por un periodo fijo institucional, es decir, la misma ley regula el término de duración del sujeto en el cargo, por lo que, tras la llegada de este término sería imposible pretender una continuidad en el servicio máxime cuando los cargos en las Corporaciones Públicas son emanados de una voluntad

democrática.

Por lo anterior, es entendible que, la Corte Constitucional estableció en sentencia T 834 de 2012 que, a los cargos de periodo fijo institucional, como lo son los de miembros de Corporaciones Públicas, no les opera la estabilidad laboral reforzada; la Corte en aquella ocasión señaló sobre el particular lo siguiente:

la accionante no tiene derecho a la estabilidad laboral que pretende, porque, si bien es una servidora pública, i) fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, que ii) solo puede ser alterado por el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y que iii) obedece a una lógica asociada a la materialización del principio democrático. Además, porque la peticionaria iv) no fue despedida, pues su desvinculación obedeció al transcurso del tiempo, lo cual v) impide inferir que haya sido víctima de un trato discriminatorio y vi) descarta que pudiera abrigar una expectativa legítima sobre una eventual renovación de su periodo, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital. (Corte Constitucional, Sentencia T-834 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas)

Actualmente y de acuerdo con lo que se analizó en el capítulo anterior, ha dejado de ser para mí un exabrupto pensar en aplicar prerrogativas de la estabilidad laboral reforzada a personas que se rigen bajo una estabilidad laboral propia.

Vamos a ver entonces, qué podría suceder con los miembros de Corporaciones Públicas,

señalando que, en este supuesto no se encontró durante el transcurso de la investigación sentencia alguna que trate puntualmente el tema de la estabilidad laboral reforzada de los miembros de Corporaciones Públicas, por lo que se plantean las alternativas de protección en este supuesto de acuerdo con un análisis crítico del mismo, en atención a lo ya abordado.

El miembro de Corporación Pública que sea persona vulnerable puede verse abocado por dos hipótesis de desvinculación; la primera, es que sea retirado del cargo antes del vencimiento de su periodo de acuerdo con alguna de las causales señaladas en la ley. En este evento como es de lógica, ya que es la conducta del Servidor Público la que ocasiona su retiro, no puede ser amparado bajo ninguna alternativa de protección, salvo que sean evidentes violaciones al debido proceso, caso en el cual procedería protección transitoria en sede tutela, mientras se define el asunto en la jurisdicción contenciosa administrativa.

En la segunda hipótesis a tratar, el Servidor Público termina su periodo fijo institucional encontrándose en uno de los supuestos de estabilidad laboral reforzada; aquí diré de entrada que es imposible pensar en este evento en un reintegro, ya que, intervienen dos cuestiones: la primera, el orden legal y constitucional vigente que regula los términos de duración de los cargos de elección popular, normas emanadas del constituyente primario, secundario y del legislador ordinario que son de imperativo cumplimiento, la segunda, es precisamente que al ser un cargo de elección popular es la voluntad del pueblo soberano, la única que puede incorporar a la persona natural como miembro de la Corporación Pública, haciendo imposible que la situación de vulnerabilidad prorrogue el cargo, aplicándose aquel principio constitucional que dice que el interés general prima sobre el particular.

Ahora, como se vio anteriormente el objeto de protección de la estabilidad laboral reforzada abarca no solo el reintegro, sino también, la consecución de prestaciones especiales del sistema integral de seguridad social, por lo que es posible entrar a observar en esta segunda hipótesis la aplicación de estas alternativas de protección.

Recordando, son dos los supuestos que protegen prestaciones propias de la seguridad social; el de mujer gestante y el de Pre pensionados, de los cuales comenzaremos por analizar el supuesto de los pre pensionados. Debe decirse de bulto que no es aplicable la protección del pago de las cuotas de seguridad social faltantes para la pensión, a los miembros de Corporaciones Públicas que terminan su periodo, ya que no existe en ellos la expectativa legítima de conseguir una pensión mediante la vinculación a la Corporación Pública, esto en razón a que, el sujeto sabe de entrada, cuando termina su período y que este no podrá ser prorrogado por decisión de ninguna otra persona natural o jurídica. Por lo que, el Estado no es garante, más allá de cotizar mientras sea miembro de la Corporación, de su situación pensional.

Frente a las mujeres embarazadas el asunto si debe cambiar, dado que el embarazo es un hecho sobreviniente, siendo esta la única hipótesis que amerita protección, por lo que es posible que, una vez llegada la fecha de terminación del periodo fijo institucional, la mujer gestante siga recibiendo el pago de su seguridad social en salud hasta el parto, con el fin de conseguir la licencia de maternidad.

Aquí se debe analizar puntualmente el caso de los ediles, los cuales de acuerdo con la ley 1551 de 2012 de la República de Colombia en su artículo 42 que modificó el artículo 119 de la ley 136 de 1994 ejercen sus funciones honoríficamente, proporcionándoles la afiliación al sistemageneral de seguridad social, solo en los municipios con población mayor a cien mil habitantes, según lo cual, las mujeres embarazadas no serían objeto de protección en los municipios demenos de cien mil habitantes. Aunque, en mi opinión, no seríaconstitucionalmente adecuadoaplicar exegéticamente el mencionado artículo en los eventos de mujeres embarazadas, por lo queen cualquier categoría de municipio se les debería pagar la seguridad social en salud hasta elparto.

2.2 Trabajadores Oficiales.

Los Trabajadores Oficiales son aquellos Servidores Públicos que ostentan una relación laboral con el Estado a través de un contrato laboral. Son en principio aquellas personas que se desempeñan en empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, además, son Trabajadores Oficiales los miembros de las entidades, organismos y establecimientos públicos de cualquier orden que desempeñan labores de construcción y mantenimiento de las obras públicas.

Claro está que, este criterio no es absoluto, por lo que existen personas de empresas industriales y comerciales en especial las del nivel directivo o de dirección confianza y manejo, las cuales, no pueden ser nombradas por contrato de trabajo y de igual forma Trabajadores Oficiales de organismos entidades y establecimientos públicos de cualquier orden, que no

realizan labores de construcción y mantenimiento de obras públicas, como por ejemplo los mensajeros.

Corresponde entonces señalar a los estatutos de cada entidad y a las leyes o demás normas del ordenamiento jurídico que rigen estos entes de derecho público, que cargos pueden ser desempeñados por trabajadores oficiales y que cargos por Empleados Públicos, atendiendo siempre al criterio de que, los cargos en una planta de personal del Estado que se proveen a través de contratos de trabajo nunca son para realizar funciones propias de la administración.

2.2.1 Estabilidad laboral reforzada de los Trabajadores Oficiales. La estabilidad laboral que acompaña a los Trabajadores Oficiales es la misma que acompaña al común de los trabajadores del sector privado, esto es, una estabilidad laboral impropia ya que no existe un criterio de discriminación objetivo que los haga gozar de mejor o peor estabilidad laboral.

A los Trabajadores Oficiales que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad son aplicables, en igual forma, las alternativas de protección y el tratamiento planteado en cada uno de los supuestos vistos en el capítulo anterior, ya que, establecer un criterio de distinción entre los trabajadores de los dos sectores podría tener sentido frente a la administración, mas no frente al trabajador quien es en últimas el beneficiario de la protección y frente a supuestos idénticos (trabajador oficial y trabajador privado) debe operar la igualdad.

Aspectos a tener en cuenta en este supuesto a la hora de establecer una protección, son la presunción de la que habla el artículo 2 de la ley 64 de 1946 de la República de Colombia, por el cual, los contratos a término indefinido se hacen casi inexistentes en la administración pública,

con lo que, por regla general las alternativas de protección son las planteados para contratos a término definido y, aunque, no existe disposición expresa que diga que a los Trabajadores Oficiales en supuestos de mujer gestante y trabajador discapacitado se deba pedir permiso para despedirlos.

La necesidad de tal permiso se deduce; en la mujer gestante de la aplicación del C.S.T para los trabajadores oficiales y en los discapacitados, de la ley 361 de 1997 la cual no hace distinción acerca de si el empleador es público o privado, por lo tanto, siempre que haya un contrato laboral en uno u en otro sector, se deben aplicar las disposiciones de esta, añadiendo que, las disposiciones de la citada norma hacen parte de un conjunto de políticas públicas vinculantes para el Estado y para los particulares.

2.3 Empleados Públicos

El término Empleado Público es un subgénero de los Servidores Públicos, planteado por la Constitución para agrupar una serie de formas de provisión de cargos dentro de la administración, los culés, están destinados a desarrollar propiamente las funciones de la administración estatal.

Para algunos autores, como Jairo Villegas Arbeláez se debe distinguir el término Servidor Público de Funcionario Público, siendo estos últimos quienes ejercen jurisdicción, autoridad civil o política, mientras que los primeros ejercen actividades de naturaleza técnica y administrativa de forma subordinada, entre otras diferencias (Villegas Arbeláez, 2016).

Aunque, tal distinción no nos es en suma relevante para el tema que queremos tratar, si lo es el decir que los Empleados Públicos en general tienen un vínculo legal y reglamentario de naturaleza laboral con el estado; entendido como legal y reglamentario por la facultad constitucional y legal otorgada al estado para emitir actos administrativos de carácter particular con el objeto de vincular a su personal que desarrollará las funciones propias de la administración y la facultad estatal de regular las formas en que las personas pueden acceder a los cargos de elección popular; difiriéndose, en mi sentir, en este último evento de la elección popular, el carácter laboral de la relación con el Estado. Los Empleados Públicos, se diferencian en este aspecto de los Trabajadores Oficiales en que, la relación de estos últimos nace de la facultad del Estado de contratar con particulares para la atención de necesidades que nada tienen que ver con ejercer las funciones propias de este.

Como subgénero el concepto Empleados Públicos contempla varias especies que se hace obligatorio analizar por individual en desarrollo de esta investigación, siendo estas: empleados encargados de carrera, en sus diferentes alternativas (en período de prueba, en propiedad y con nombramiento provisional), empleados de libre nombramiento y remoción, empleados de período fijo institucional con nominación colegiada o de elección popular; haciendo de entrada la aclaración de que, la carrera administrativa, el libre nombramiento y remoción, la nominación colegiada y la elección popular son formas de ingreso al empleo público, mientras que el período fijo institucional es el tiempo de duración en el empleo.

2.3.1 Carrera administrativa. La carrera administrativa, es por norma constitucional, la forma principal de provisión de empleos públicos (artículo 125 C.P de Colombia). Que un empleo sea de carrera significa, que para la persona natural acceder a este, debe inscribirse y resultar elegido por sus cualidades en un concurso público de méritos.

La carrera administrativa busca entonces el cumplimiento de unos fines útiles al Estado los cuales son: la vinculación del mejor personal posible y la vinculación objetiva del personal, trayendo con esto una mejora en los servicios que presta el estado y brindando oportunidad a cualquier ciudadano del común que cumpla los requisitos, de acceder a un cargo público, ya que, si no existiera la carrera administrativa, los cargos en las plantas de personal del Estado serían provistos con designaciones políticas o “a dedo”, convirtiendo el Estado en la empresa privada del jefe político de turno.

El ingreso a un cargo de carrera inicia con una convocatoria pública al concurso de méritos, el cual, después de realizarse, da para los indicados como mejor personal posible la oportunidad de vincularse a la administración comenzando con la siguiente alternativa de nombramiento.

2.3.1.1 Nombramiento en periodo de prueba. Una vez superado el concurso público de méritos el sujeto será notificado de un nombramiento en periodo de prueba, el cual, es la primera parte de un acto complejo que se requiere para la efectiva vinculación, es decir, se debe dar el nombramiento y la aceptación del mismo, a través del acto de posesión y es una vez surtido este último acto que el empleado se entiende vinculado a la administración siendo objeto de las

obligaciones y derechos que esto genera.

El periodo de prueba del sujeto tiene una duración de seis meses dentro de los cuales la administración evaluará las aptitudes de este para el empleo; de calificarse sus servicios satisfactoriamente obtendrá todos los derechos de la carrera administrativa, de lo contrario será declarado insubsistente su nombramiento.

2.3.1.1.1. Estabilidad laboral reforzada del empleado de carrera en periodo de prueba.

La estabilidad laboral de este tipo de funcionarios es una estabilidad laboral propia, por lo que no pueden ser despedidos sino mediando una causa legal, pudiendo ser esta la calificación insatisfactoria de los servicios prestados al estado. Estos eventos de estabilidad laboral reforzada no han sido abordados por la Corte Constitucional ya que, al gozar estos empleados de una estabilidad laboral propia son beneficiarios de las mismas prerrogativas que establece en principio la estabilidad laboral reforzada, pero existen varias situaciones que es menester analizar en desarrollo de esta investigación.

- La primera situación que quiero abordar es el permiso del Ministerio del Trabajo para despedir a los Empleados Públicos de carrera, en periodo de prueba, afectados en su salud; dado que en sentencia T 683 de 2016 se expresa:

En conclusión, la obligación de solicitar autorización a la Oficina de Trabajo para que se constate que el despido de un empleado no se adopta como consecuencia de sus limitaciones se predica de todos los trabajadores vinculados por contrato laboral y

funcionarios públicos. (Corte Constitucional, sentencia T 683 de 2016 M.P.Gabriel Eduardo Mendoza)

Por lo cual, se colige, existe en todos los casos de Empleados Públicos donde haya conocimiento de una discapacidad, la obligación de la administración de solicitar el respectivo permiso ex ante para desvincular, aplicando ante su omisión, la sanción de ciento ochenta días de salario y la nulidad del despido, aunque, de acuerdo a las formas en que puede ser retirado un empleado de carrera en período de prueba, este permiso podría en algunos casos no tener relevancia, haciendo el siguiente análisis.

Los Empleados Públicos de carrera pueden ser desvinculados por la administración en treseventos, el primero de ellos, tras ser sancionado con destitución previo un proceso disciplinario por la respectiva oficina de control interno disciplinario O.C.I.D de la entidad, Procuraduría o Personería, Caso en el cual, no se observa la relevancia de solicitar dicho permiso, ya que, se realiza en estos eventos un control de legalidad al despido por una entidad del estado, fin último de la labor encomendada por el artículo 26 de la ley 361 de 1997 al Ministerio del Trabajo.

Aunque, al no ser restrictiva la Corte Constitucional en decir, qué eventos son meritorios de permiso y qué eventos no; se debe entender que en todos los casos debe solicitarse, incluyendo por supuesto las destituciones en proceso disciplinario, más aún, si se tiene en cuenta que, en iguales eventos del campo privado, así exista justa causa para despedir y procedimiento sancionatorio, el permiso del ministerio es inexorable.

En mi sentir, cuando no se pide autorización y se desvincula al empleado de carrera mediante proceso disciplinario, la presunción de causa discriminatoria será desvirtuable, dado que, como se dijo, dicho proceso sancionatorio efectúa un control de legalidad por parte del Estado y busca la protección del interés general, aunque esta posición puede ser discutible.

En este aspecto, la posición que se asuma es clave para tomar una decisión, ya que, si existe una destitución que no cuenta con aval del Ministerio del Trabajo y se asume la posición de que la presunción de despido discriminatorio es desvirtuable con el proceso sancionatorio, no se podría brindar ninguna protección al discapacitado, mientras que, si se asume la posición de que el permiso es inexorable y conlleva a una presunción irrefragable, la destitución sería nula por lo que al discapacitado le corresponde el reintegro, provocándose una inseguridad jurídica frente a qué sucede con el fallo sancionatorio.

El segundo evento de desvinculación es la calificación insatisfactoria del empleado de Carrera discapacitado, en este, de acuerdo con lo analizado se debe pedir permiso para despedir al Ministerio del Trabajo posterior a que la calificación insatisfactoria quede en firme. Aquí se debetener en cuenta que, los criterios de la calificación desfavorable no pueden estar relacionados con la afectación en la salud que tenga el Servidor Público; por lo que, si se observa mayor relevancia del permiso brindado por el Ministerio del Trabajo, al realizar este un control de legalidad.

En estos eventos, aplican las dos posiciones anteriores, es decir, se puede considerar la presunción de despido discriminatorio, cuando no existe permiso del Ministerio del Trabajo, irrefragable o desvirtuable, teniendo en cuenta que el despido por calificación insatisfactoria se realiza llevando un debido proceso de calificación por la entidad y se da en pro del interés general. Puede entonces, brindarse o no, de acuerdo con la posición asumida, el reintegro del trabajador.

Cabe mencionar en este punto que, cuando la afección del trabajador del Estado sea incompatible con el cargo público y con cualquier opción para reubicación laboral en la planta de cargos de la entidad, se hace necesaria la intervención del Ministerio del Trabajo para verificar la situación y autorizar el permiso de despido, debiéndose pagar en este evento al trabajador la indemnización de ley de ciento ochenta días de salario, tal como se da en el campo privado.

El último supuesto que analizaremos, es la edad de retiro forzoso; esta es una causal de retiro del servicio de carácter general, impersonal, en principio justa y que conlleva una prohibición legal, permitiéndose en este evento que, la desvinculación sea sin permiso del Ministerio del Trabajo, ya que, la ley de primera mano da la autorización tras el cumplimiento de una condición objetiva, que es la llegada a cierta edad del empleado. Por lo que, al no intervenir en nada, criterios subjetivos en este tipo de desvinculaciones, la intromisión del Ministerio se hace innecesaria.

Es de mencionar que la edad de retiro forzoso lleva implícita una presunción legal de pérdida de capacidades a cierta edad, que impediría el correcto desempeño en las labores.

La edad de retiro forzoso conlleva una situación especial, porque a la hora de desvincular un funcionario por su edad debe analizarse un criterio que trastoca derechos fundamentales y es el estado pensional del mismo, dado que, la administración no puede desproveer a una persona de su alternativa económica por su edad, sin que esta haya cumplido los requisitos para reclamar una pensión de vejez que le asegure un mínimo vital al retirarse del servicio.

Por lo anterior, estando la persona en discapacidad o siendo madre cabeza de familia o inclusive sin tener alguna condición de vulnerabilidad especial, puede ordenarse su reintegro al cargo tras ser retirado forzosamente debido a la edad, sin haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez.

En este evento no es necesario para proteger, que la persona sea pre presionada (le falten tres años para cumplir requisitos de pensión), ya que, sería ilógico establecer este requisito, cuando con él se crearía una situación de vulnerabilidad a las personas que han cumplido la edad de retiro forzoso y les faltan más de tres años para satisfacer requisitos de pensión, teniendo en cuenta que sería la misma ley la que les impediría seguir desarrollando una alternativa económica para cotizar y alcanzar la pensión de vejez, recordando aquella sentencia de Corte Constitucional que dijo:

El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar

que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la Ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes. (sentencia T 441 de 1993

M.P José Gregorio Hernández, 1993)

Diferente situación se da Cuando una persona producto de su edad adquiere una discapacidad que resulta incompatible con su cargo o con cualquier cargo de la planta de personal de la entidad, aquí se debe solicitar permiso para despedir al Ministerio del Trabajo con base en la situación descrita y, pagar la correspondiente indemnización de ciento ochenta días de salario, además, en caso de ser pre pensionado cotizar el tiempo restante para consecución de la pensión; de no ser pre pensionado el sujeto recibiría sólo la indemnización mencionada y quedaría, en una situación de vulnerabilidad que en el marco jurídico actual es casi imposible de defender desde el punto de vista de la estabilidad laboral reforzada.

- En los eventos de Empleados Públicos con fuero sindical, la administración debe solicitar el permiso judicial para realizar la respectiva desvinculación, cosa que, de no realizarse, tornaría en definitiva nulo el despido, por lo que, el empleado amparado con fuero sindical puede ya sea por vía de acción de tutela o por vía de proceso administrativo solicitar el reintegro. En este evento se deben tener en cuenta todos los términos de prescripción y caducidad, además de que, por expresa disposición del artículo 406 del C.S.T, gozan del fuero sindical los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o

cargos de dirección o administración, por lo que de estos últimos nombrados por el artículo no se puede profesar ninguna protección derivada de la actividad sindical.

- Para los demás supuestos de estabilidad laboral reforzada que no se han tratado puntualmente, se puede decir que no aplica ninguna protección, ya que sus formas de desvinculación no requieren permisos especiales de despido en el ámbito público. Y se debe recordar, la estabilidad en estos casos es propia. Aquí cabe resaltar que, en el caso de la mujer gestante el permiso al Ministerio del Trabajo no aplica en el campo público ya que el ámbito de aplicación de la norma que lo regula está claramente restringido a los contratos de trabajo, a diferencia de los permisos para despedir personas discapacitadas; permitido esto en el ámbito de la potestad legislativa, ya que, se trata de supuestos diferentes.

2.3.1.2.Empleado de carrera en propiedad. El estado “en propiedad” de un empleado de carrera no es un nombramiento, sino, el resultado de haber aprobado satisfactoriamente el período de prueba de seis meses, lo cual, conlleva a que la persona sea inscrita al registro público de la carrera administrativa, como servidor de la entidad donde llevó a cabo su período de prueba. Se debe saber que, de acuerdo con la ley 909 de 2004 de la República de Colombia la persona adquiere los derechos propios de la carrera una vez calificado satisfactoriamente, más se requiere que esto sea declarado mediante el registro.

2.3.1.2.1.Estabilidad laboral reforzada del empleado de carrera en propiedad. El empleado de carrera en propiedad ostenta una estabilidad laboral propia, ya que no puede ser despedido sino de acuerdo con justa causa legal, la cual puede ser, con base en el principio de

mérito que rige la carrera administrativa, la calificación insatisfactoria de los servicios.

A empleado de carrera en propiedad que se encuentre en estado de vulnerabilidad, le aplican las mismas reglas vistas para los empleados de carrera nombrados en período de prueba, ya que, el marco jurídico de la estabilidad laboral reforzada y el tipo de estabilidad laboral que ostentan es igual, siendo diferenciados solo por la posibilidad de que, el empleado en período de prueba se declare insubsistente después de terminar dicho período con una calificación de servicios insatisfactoria, pero, es de recordar que los empleados en propiedad también son calificados en sus servicios de manera anual, pudiendo ser de igual manera desvinculados tras una calificación insatisfactoria.

2.3.1.3 Nombramiento en provisionalidad. Debe entenderse que las funciones que cumple el Estado no pueden ser interrumpidas por periodos prolongados, por lo tanto, cuando un cargo de carrera se encuentra en una vacante absoluta, esto es, el servidor que lo ocupaba se retiró, murió, se pensionó etc. Este cargo debe ser asumido por alguien mientras se realiza el respectivo concurso de méritos para proveerlo; la persona que va a realizar dicho cargo de manera provisional será designada de la lista de elegibles producto del concurso de méritos a través de un nombramiento en provisionalidad.

Este nombramiento es, igual que en el de período de prueba, un acto complejo que requiere de la posesión del Servidor Público. Debe entenderse que, la vacancia en estos casos debe ser absoluta, ya que, de ser una vacancia temporal se debe designar a un supernumerario o

realizar un nombramiento en encargo a otro empleado de carrera.

2.3.1.3.1. Estabilidad laboral reforzada de los empleados de carrera en provisionalidad.

Los empleados en provisionalidad no tienen una estabilidad laboral claramente definida en las normas que los regulan, pero después de varios conflictos surgidos se ha determinado jurisprudencialmente que su retiro del servicio debe estar motivado y ser claramente detalladas las causas de hecho y de derecho por las cuales se declara su insubsistencia, lo que indicaría que estos sujetos ostentan una estabilidad laboral propia por lo que no deben ser retirados de sus cargos sin que medie una justa causa legal para esto; entendiéndose como justa causa, la provisión del empleo que ocupan, a través del respectivo concurso de méritos. dichas elucubraciones las comparte la Corte Constitucional cuando expresa:

De la misma forma, el deber de motivación impone la carga de que la misma sea clara, exponga de manera cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho en las cuales se fundamenta la decisión de prescindir del funcionario, sin que se admitan justificaciones genéricas. (sentencia SU 054 de 2015 M.P Luis Guillermo Guerrero, 2015)

No obstante, se ha dicho por la Corte Constitucional que estos empleados gozan de una estabilidad laboral relativa, dado que se les asegura su puesto hasta que el cargo sea provisto mediante concurso de méritos. En mi sentir esto no es técnico decirlo, ya que, la provisión del cargo mediante concurso indica es un el límite temporal de la relación, el cual, aunque es

condicionado y por ende indeterminado, es claro para el funcionario desde un principio. Por tanto, sostengo que los empleados provisionales gozan de una estabilidad laboral propia hasta el cumplimiento de la condición que pone fin a su relación laboral.

Al analizar el tema de las personas en situación de vulnerabilidad en estos Empleados Públicos, nos encontramos que, dado la característica temporal especial de su vinculación, podríamos hablar de dos hipótesis principales.

La primera cuando son desvinculados en alguna de las formas planteadas en los ítems anteriores, evento en el cual se aplican las mismas reglas ya vistas, debido a que mientras ellos se encuentren ocupando un cargo que no ha sido provisto adecuadamente, ostentan la misma estabilidad laboral de un empleado de carrera en propiedad.

El segundo evento se trata de la hipótesis en que el cargo que ocupa el provisional sea provisto adecuadamente mediante concurso de méritos y esto da motivo a la desvinculación. Aquí se está hablando, al igual que, en la llegada de la edad de retiro forzoso de un causal objetiva general e impersonal dada por la ley para desvincular al empleado público, por lo que no se necesitaría el permiso del Ministerio del Trabajo en ningún evento para retirar del cargo, es de recordar que, aquí no se evalúan subjetividades como en una calificación insatisfactoria, o en un proceso disciplinario, situaciones en las que se haría imprescindible el control de legalidad del ente mencionado.

Cuando nos encontramos en este segundo supuesto no existe (aparte de las mujeres gestantes) una alternativa de protección efectiva, aplicable a los sujetos vulnerables, aunque, sí se

ha abordado por la Corte Constitucional una forma de protección que, si bien no tiene el carácter de efectiva, amerita ser estudiada.

En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (Corte Constitucional, sentencia T 595 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo).

Resaltándose tres aspectos fundamentales de lo expresado por la Corte; el primero es que, a pesar de que la sentencia aborda el tema de los Prepensionados establece una forma de protección para todos los supuestos de sujetos en condiciones especiales, donde entrarían sin excepción los ya abordados en el primer capítulo de este escrito, lo segundo es que, se puede deducir del fallo que los sujetos en condiciones especiales no solo deben ser incluidos sin discriminación en los empleos de la administración, sino que, tienen prioridad en la consecución de los empleos públicos vacantes al ser desvinculados encontrándose en provisionalidad por

último, quisiera resaltar que es la obligación de la administración realizar el estudio de qué cargos se encuentran vacantes absolutos en la entidad, para que estos sean provistos con preferencia, por los desvinculados en situación de vulnerabilidad.

Este proceso debe llevarse, en mi opinión, antes de la desvinculación efectiva del empleado en provisionalidad, además, para ahondar en garantías se debería notificar al provisional declarado insubsistente en situación de vulnerabilidad, la situación de cargos vacantes en la planta de personal.

Cabe mencionar que, el desarrollo jurisprudencial en esta forma de protección es acogida por el Decreto Nacional 648 de 2017, donde se reafirma, la preferencia del personal provisional retirado en situación de discapacidad, para ocupar plazas vacantes en las entidades públicas. Para terminar, a las mujeres gestantes que sean desvinculadas en esta hipótesis, se les debe proteger mediante el pago de la seguridad social en salud hasta el parto, con el fin de que puedan acceder a la licencia de maternidad, en concordancia con lo visto durante el desarrollo de este texto, especialmente en razón a que, no es su conducta la causante de la desvinculación.

2.3.2 Empleados de libre nombramiento y remoción. Los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos que tienen una naturaleza especial dentro de la administración, dado la importancia que estos tienen en el desarrollo de políticas institucionales en los gobiernos de turno, es por tanto que, son llamados cargos políticos, entre estos se cuentan por mencionar algunos, los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza y los que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de

apoyo. Constituyen estos cargos una excepción a la carrera administrativa para la provisión de empleos que está contemplada en el artículo 125 de la Constitución Política colombiana.

2.3.2.1 Estabilidad laboral reforzada de los empleados de libre nombramiento y remoción. La estabilidad laboral de la que gozan estos Empleados Públicos es según, la Corte Constitucional una estabilidad laboral precaria, sin embargo, en mi opinión, debe decirse que no tienen garantizada ningún tipo de estabilidad laboral, por lo que no se les concede, ni siquiera, una indemnización en caso de ser declarados insubsistentes sin justa causa. Esto debido a que, sus cargos obedecen a la confianza que deben tener en ellos sus nominadores, por lo que la declaratoria de su insubsistencia no requiere motivación alguna, aunque, si bien se cuenta con una amplia facultad discrecional para remover a este tipo de empleados, esta facultad no puede ir respetar la constitución y las leyes.

El tratamiento a situaciones de estabilidad laboral reforzada, en esta clase de funcionarios se torna algo complicado de plantear, dado la especial naturaleza de la relación legal y reglamentaria y el tipo de cargos que son provistos con esta modalidad de empleo público. Por lo que, se tratará de dar una interpretación lo más armónica posible, a los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad, frente a los postulados del Estado referentes a esta forma de vinculación, considerándose para esto los fallos de la Corte Constitucional en el tema como lumbre para el análisis de este supuesto.

Inicialmente podríamos decir que, sobresalen dos supuestos a desarrollar en este asunto; el primero, cuando la persona vulnerable es desvinculada de su cargo en razón a una causa legal

de proceso disciplinario con resultado destitución o; el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, eventos en los cuales se debe observar las reglas planteadas para los funcionarios de carrera en propiedad, dado que el argumento para despedir no está basado en la amplia discrecionalidad de remoción con que cuenta el nominador, pudiéndose traer a colación los planteamientos ya expuestos del permiso para despedir a empleados discapacitados y la imposibilidad de despedir en razón a la edad cuando no se ha consolidado una alternativa pensional.

El segundo evento por ver aborda un tema más complejo y se trata de cuando, el empleado de libre nombramiento y remoción es retirado del cargo en razón a la amplia facultad discrecional de retiro que tiene el nominador. Aquí se debe obligatoriamente observar lo dicho por la Corte Constitucional sobre el tema.

La Corte ha advertido que los sujetos de especial protección constitucional están investidos de un fuero de estabilidad laboral reforzada que exige en el caso de la administración oficial, la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción. En este tema, la jurisprudencia ha sido cuidadosa al señalar que lo anterior no significa de ninguna manera, que no se pueda ejercer la facultad para el retiro de los servidores que ejercen los empleos en los que el nominador cuenta con mayor discrecionalidad para realizar el despido, sino que, en el caso especial de los sujetos que están investidos de especial protección constitucional, dicha discrecionalidad, debe acompañarse con las especiales consideraciones que envuelve la situación del sujeto de la medida administrativa.

Razones por las que su potestad de remoción no puede acudir simplemente a argumentos genéricos y difusos acerca de la justificación de la decisión, pues esta debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares, (iii) cierta y (iv) concurrente al acto que origina el despido (sentencia T 716 de 2013 M.P Luis Ernesto Vargas, 2013).

La anterior cita, aunque no lo menciona expresamente, da a entender que se ve reducida la facultad discrecional de retiro en eventos donde intervengan sujetos de especial protección; en el sentido de que, solo pueden ser desvinculados del cargo mediando una justa causa, no siendo válido entonces alegar simplemente que el retiro se dio por pérdida de la confianza.

Aquí se debe colegir que, para desvincular en este evento a un discapacitado, se debe, además de alegar la justa causa, solicitar, cuando se conoce la discapacidad, autorización del Ministerio del Trabajo, sin la cual dicha desvinculación sería nula de acuerdo con lo ya visto.

En los demás supuestos de sujetos de especial protección, dado que, no existe la obligación en el campo público de solicitar autorización, la discusión acerca de la adecuada motivación o no del acto administrativo se puede ventilar subsidiariamente para evitar un perjuicio irremediable, en la jurisdicción constitucional, en donde sí se declara que la motivación es válida, no se podrá proteger al sujeto vulnerable, ya que sería la conducta del mismo la que da origen al retiro, más, de declararse que la motivación no es adecuada deberá ampararse con el reintegro y sus consecuentes.

Cuando exista desaparición, agotamiento o imposibilidad de continuar con el objeto de la vinculación, se deberá brindar amparo en los supuestos donde se configura como objeto de protección una prestación especial del sistema integral de seguridad social, ordenando el pago de las correspondientes cuotas al sistema de salud o pensión. En el caso de discapacitados con imposibilidad de continuar ejecutando el objeto contractual, se debe otorgar la indemnización de ciento ochenta días de salario.

2.3.3. Empleados públicos con período fijo institucional. Dentro de estos empleados públicos se contemplan tres formas de vinculación diferentes, la elección popular (como los alcaldes), la nominación por cuerpos colegiados (como secretarios de concejos municipales) y la cooptación (como magistrados de altas cortes), teniéndose en algunos casos, como en el de los Personeros Municipales, la necesidad de realizar concurso de méritos previo a la nominación.

La regla general a todas estas formas de nominación es que sus cargos están llamados a ser desempeñados por un tiempo claramente establecido en la ley, que busca proteger los principios de transparencia, democracia y calidad, en el funcionamiento del Estado. La característica temporal de estas formas de vinculación se convierte en el factor determinante para el tema que nos ocupa.

2.3.3.1 Estabilidad laboral reforzada de los empleados públicos con periodo fijo institucional. Los funcionarios con periodo fijo institucional ostentan una estabilidad laboral propia, es decir no pueden ser removidos de su cargo sin que medie justa causa legal para ello,

contándose como justa causa el vencimiento del término estipulado en la ley o la constitución. Por esta razón se puede decir que, a los funcionarios con un periodo fijo institucional se les aplican en idéntica forma los planteamientos diseñados para los miembros de Corporaciones Públicas, ya que, si bien no en todos los casos está de por medio el voto democrático, si está presente un mandato constitucional legal que impide la continuidad en el cargo por un tiempo superior y por medio diferente del preestablecido, entendiéndose la ley como una manifestación por democracia representativa de la voluntad popular.

Debe entenderse que, de igual forma, no se puede ordenar reintegro a estos cargos porque se violaría el derecho de todos los ciudadanos de poder acceder al cargo en igualdad de condiciones. Por lo que frente a este supuesto sólo es posible proteger a las mujeres gestantes salientes del cargo con el pago de las cuotas de seguridad social en salud hasta que termine la gestación para que se pueda materializar la licencia de maternidad.

2.4 Supernumerarios.

Los Supernumerarios son una forma especial y excepcional de provisión de empleos en la administración pública, regulada en el artículo 83 del decreto 1042 de 1978 expedido por la Presidencia de la República de Colombia, forma la cual es ajena a las mencionadas en la Constitución Política de 1991 en su artículo 125 donde indica “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”.

Esta forma excepcional de provisión de empleos tiene su origen en la necesidad de suplir vacancias temporales, por licencias y vacaciones en cargos de carrera, o el desarrollo de actividades transitorias que dada su naturaleza no pueden proveerse mediante contratos de trabajo, por lo que esta figura solo puede ser utilizada en estos dos eventos, ya que, de lo contrario, al utilizar la figura para proveer cargos permanentes, se estaría violando el principio de provisión de empleos por concurso de méritos y con esto los derechos del conglomerado social.

La vinculación como supernumerario tiene un carácter legal o reglamentario de naturaleza laboral y se da a través de un acto administrativo (resolución); dado el carácter laboral de la vinculación el Supernumerario tiene derecho al pago de sus salarios, prestaciones de ley y aporta a la seguridad social, durante el tiempo que dure la relación laboral, que siempre debe tener un aspecto temporal determinado, dado el carácter transitorio de las labores, y que por regla general no puede ser mayor a tres meses, salvo que el gobierno emita una autorización especial cuando la actividad transitoria tenga una duración mayor a ese término. De excederse en los términos de duración también se estaría desnaturalizando la figura, aunque, podrían contemplarse algunas excepciones como cuando la licencia por enfermedad del empleado de carrera se extiende por más de noventa días.

2.4.1. Estabilidad laboral reforzada de los supernumerarios. La estabilidad laboral de los empleados Supernumerarios no aparece claramente definida en la ley, pero, ya que ocupan cargos de carrera vacantes por licencias o vacaciones y, cargos que de no ser por su carácter transitorio serían de carrera, su estabilidad laboral es asimilable a la que gozan actualmente los empleados en provisionalidad de cargos de carrera, es decir, su estabilidad laboral es propia, por

lo que, no pueden ser despedidos, sino, de acuerdo con justas causas legales, contándose como justa causa el vencimiento del término pactado; una vez superada la situación administrativa o terminada la actividad transitoria, teniendo la necesidad en este evento de motivar el acto que declare su insubsistencia.

Es de advertir que en términos de la Corte Constitucional estos empleados ostentan una estabilidad laboral relativa, lo cual, se controvierte con los motivos expuestos anteriormente para similar situación presentada en los trabajadores en provisionalidad.

A la hora de estudiar la situación de las personas vulnerables vinculadas como Supernumerarios debemos ver que existiendo grandes hipótesis a analizar.

- la primera hipótesis por tratar se da cuando es terminada la vinculación del Supernumerario alegando el vencimiento del término establecido, pero, dicha figura ya había sido desnaturalizada vinculando a este personal para realizar actividades permanentes dentro de la administración (sin que se esté cubriendo una licencia), con lo que se obvió el procedimiento del concurso de méritos. Evento que ha sido tratado por la Corte Constitucional y al que se le hará el siguiente análisis.

En estos casos existe un interesante conflicto de derechos, encontrándose en pugna el derecho individual de primacía de realidad sobre formalidad que ostenta el empleado contratado para supuestas labores temporales, pero, que desarrolla un cargo de carácter permanente en la

administración y el derecho abstracto del conglomerado social a que se permita el acceso a los cargos del estado a través del concurso de méritos. Pugna que es resuelta por la Corte Constitucional en relación con personas vulnerables de la siguiente manera:

se señaló que se abría la posibilidad de acudir ante el juez competente con el objeto de que hiciera prevalecer el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, sin que ello implicara, la posibilidad del acceso directo a la administración, pero sí el reconocimiento de las prestaciones laborales relativas a la protección especial a la maternidad, habida cuenta de la realidad de su vinculación permanente con el Estado. (sentencia T 683 de 2016 M.P Gabriel Eduardo Mendoza, 2016).

El embrollo que desata lo mencionado por la corte es, ¿cuáles son las prestaciones laborales que se deben reconocer en caso de establecerse la realidad sobre la forma de estas personas vulnerables? ante lo cual podríamos decir que en principio son el reintegro y las consecuentes de este. Así por ejemplo en la mentada sentencia T 683 de 2016 ordena:

reintegrar al señor Jairo Enrique Puerto Ardila, si él está de acuerdo, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le desvinculó, acorde con su estado de salud actual y bajo la modalidad por medio la cual se designa a los supernumerarios. (Corte Constitucional sentencia T 683 de 2016)

dejando claro que, debe restituirse el cargo que se venía desempeñando bajo la misma

modalidad de Supernumerarios, con lo que se presenta una autorización expresa de la Corte Constitucional para desconocer la naturaleza de la figura de Supernumerarios con el fin de no afectar los derechos individuales de personas vulnerables.

Me gustaría hacer antes de concluir esta hipótesis unos cuantos planteamientos:

La alternativa de solución propuesta puede ser aplicable a cualquier situación devulnerabilidad, más, es de tener en cuenta que se plantea sólo para cuando es alegado, parafiniquitar la relación, el vencimiento del término, teniendo en cuenta que, en la misma lógica de los contratos a término definido, esta vinculación como Supernumerarios se pueden irprorrogando por términos de tres meses o menos.

Si se despide con base en causa legal distinta al vencimiento del término, se deberían observar las reglas propuestas para los empleados de carrera. Ya que, si una persona vulnerable es vinculada como Supernumerario de forma que desnaturalice la figura, el hecho de la desnaturalización solo le brinda la protección tratada anteriormente frente a la terminación del plazo. Lo dicho en razón a que, la corte equiparó la situación de Supernumerario en actividades permanentes a la de los empleados de carrera en propiedad con el fin de proteger los derechos de población vulnerable.

En síntesis, como el empleado de carrera en propiedad no tiene duración determinada en su empleo; al Supernumerario vulnerable vinculado en actividades permanentes tampoco se le puede alegar la llegada de ningún término para retirarlo del cargo, siempre y cuando se mantenga la vulnerabilidad que lo hace beneficiario de la estabilidad laboral reforzada.

En los casos de desvinculación por vencimiento del término, de Supernumerarios en actividades permanentes, si se llega a demostrar el agotamiento del objeto de la vinculación o la imposibilidad de su ejecución, no es dable, en principio, pensar en un reintegro, dado que el trabajador no podría volver al cargo que asumió como Supernumerario y no sería exigible que a este, se le otorgue un cargo de carrera sin pasar por el concurso público de méritos, en razón a la afectación que esto produce a los derechos de la colectividad; por lo que en estos eventos se puede hablar de protección a través del pago de los ciento ochenta días de indemnización en discapacitados, las cotizaciones a la seguridad social en salud durante el tiempo que dure el embarazo en la mujer gestante, o el pago de la seguridad social en pensión por lo que faltare para la consecución del derecho en el caso de los Prepensionados.

En estos eventos también puede pensarse en aplicar la protección que consiste en otorgar prioridad en la consecución de un empleo público de similares características cuando exista disponibilidad de cargos en la entidad (como Supernumerario o nombrado en provisionalidad si no existe lista de elegibles vigente para el cargo propuesto), de la forma como se abordó con anterioridad.

- La segunda hipótesis que se plante para los Supernumerarios se da en el evento de que, su vinculación no adolezca de ninguna anomalía. Se debe advertir que no se encontró fallo de la corte constitucional que abordara esta situación en pleno, ya que, en todos los fallos consultados se declaró la figura de la primacía de realidad sobre la forma, por lo que propondré las siguientes alternativas de protección para esta hipótesis.

En esta situación el Supernumerario tendría las mismas alternativas de protección que se propusieron para los empleados de carrera en provisionalidad, dado que se enfrenta a un término, o el cumplimiento de una condición para que se dé la terminación del vínculo, de manera legal.

2.5 El Retén Social

El Retén Social es una medida administrativa de protección a grupos vulnerables en los eventos de reestructuración de las entidades del Estado, entendiéndose como reestructuración la supresión, liquidación, fusión o recortes de personal de estas. El concepto nace en 2002 después de la directiva presidencial número 10 del 20 de agosto del mismo año, en la cual se especificaba la necesidad de realizar cambios a nivel administrativos, con el fin de reducir los costos de funcionamiento del Estado, en dicha directiva se especificó:

Para que la dimensión de la fuerza laboral de la administración sea la adecuada, estas medidas inmediatas deberán complementarse con la fijación de una meta de reducción de los costos de funcionamiento con la que deberá comprometerse el Gobierno en su totalidad. No obstante, la política del "retén social" deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como

consecuencia del proceso de reforma de la administración pública. (Presidencia de la República de Colombia, 2002)

Con posterioridad a la directiva presidencial se expide por parte del Congreso de la República la ley 790 de 2002 la cual plantea el PRAP (programa de renovación de la administración pública) en donde en su artículo 12 se plantea:

De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. (Colombia, Congreso de la República, 2002)

Como ya se ha mencionado a lo largo de estas páginas la estabilidad laboral reforzada que establece el PRAP tiene una raigambre constitucional en los artículos 42, 46 y 47 del Proyecto Político de 1991. aunque, al momento de crear la norma no se especifica protección especial para las madres gestantes, los beneficios del retén social les serán extensibles por analogía de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la constitución política.

Con la entrada en vigor de la mentada ley, se dieron numerosos conflictos en su aplicación que llegaron a instancias de la Corte Constitucional, uno de los puntos más

conflictivos fue la aplicación en el tiempo del Retén Social, lo cual se estudió en sentencia de Corte Constitucional C 991 de 2004 M.P Marco Gerardo Monroy, donde se dijo que, el Retén Social tenía una aplicación indefinida en el tiempo ya que este iba hasta la culminación efectiva de todos los actos de reforma a la administración propuestos en desarrollo del PRAP.

En consonancia con la política proteccionista planteada por la directiva presidencial número 10, la ley 790 de 2002 y apoyada en los fundamentos constitucionales descritos, la Corte Constitucional hizo extensiva la política del retén social, no solo a las entidades que sufrieran reformas en virtud del PRAP, sino a todas las entidades públicas en proceso de reestructuración cómo se puede ver en la ya citada sentencia C 795 de 2009.

No siendo relevante hablar de la aplicación de algunas de las políticas del Retén Social en el ámbito privado pasaré a dar desarrollo a las alternativas de protección de personas vulnerables en procesos de reorganización de la administración, para lo cual, se hace necesario dividir el tema en los tres supuestos planteados inicialmente.

2.5.1 Protección en el Retén Social a Prepensionados. Sabiendo ya quienes son los prepensionados, iniciaré este aparte diciendo desde cuándo se deben contar los tres años para el cumplimiento de requisitos a pensión, en el sector público. La respuesta que la Corte Constitucional ha encontrado más ajustadas a los fines constitucionales y las disposiciones de derecho internacional es que el término de los tres años debe ser contado a “partir del momento

en que se determine la efectiva y real supresión del cargo” (sentencia SU 897 de 1012 M.P Alexei Julio Estrada, 2012). Es de aclarar que, la determinación efectiva y real de supresión del cargo significa la expedición de acto administrativo que ordena la supresión de este.

Es de saber que, si bien no se necesita de una notificación ex ante de la calidad de Prepensionado, si se hace necesario que, en desarrollo de la reestructuración o liquidación de la entidad, una vez se dé a conocer la desaparición del cargo, se informe y acredite la calidad de Prepensionado, con el fin de que la entidad pueda establecer mecanismos de protección sin necesidad de acudir a la vía judicial de tutela, que por demás es de naturaleza subsidiaria.

Frente a la protección como tal a este tipo de sujetos vulnerables se pueden analizar varios supuestos a saber:

Cuando la entidad se encuentra en proceso de reforma en planta de personal que implica supresión de cargos, o en los eventos de fusión de entidades, el empleado en la situación descrita para el Retén Social, tienen prioridad para la continuidad de su empleo, por lo que, deben conservar sus cargos, o ser reubicados, si la reestructuración así lo requiere. Si se retira del servicio público a un sujeto de especial protección, en este evento, este puede solicitar vía administrativa y judicial su reintegro y consecuentes, a la entidad reformada o fusionada, en un cargo de similares condiciones laborales.

En el segundo supuesto, que es el más engorroso, el Prepensionado se encuentra adscrito a una entidad que inició un proceso liquidatorio, y en desarrollo de este, dado que su fin es la

cesación de actividades, se suprime el cargo que ocupa. Aquí se han dado varias alternativas de solución a medida que se ha desarrollado el entendimiento constitucional de la protección laboral reforzada, comenzando por decirse, que se debía mantener el empleo hasta tanto la entidad termine efectivamente el proceso liquidatorio o el Prepensionado cumpliera los requisitos para la pensión.

Otro planteamiento fue que, se debía mantener la relación laboral con el Prepensionado, hasta que la entidad cese definitivamente actividades; si esto se daba antes de que el sujeto cumpliera los requisitos de la pensión, el liquidador deberá dejar una provisión especial de fondos, parapagos de seguridad social en pensión hasta el cumplimiento de los requisitos.

La posición actual de la Corte Constitucional, que se fijó en la mencionada sentencia SU 897 de 2012, establece que una vez suprimido el cargo en desarrollo de la liquidación, se debe realizar la previsión presupuestal que permita seguir cancelando aportes a seguridad social en pensión de estas personas, con el fin de que cumplan los requisitos para la pensión. Por tanto, no se le debe reintegrar laboralmente.

A mi juicio la mejor alternativa de protección posible es la segunda que se propuso, ya que esta permite al Prepensionado seguir teniendo un ingreso económico, al mismo tiempo que sigue cotizando para la seguridad social integral (no solo en pensión). Es de recordar que estamos hablando de personas con avanzada edad, que necesitan de igual manera, solventar sus gastos hasta tanto consigan la pensión; cosa que se olvida en la alternativa propuesta en sentencia

SU897, ya que, con la sola cotización a pensión el pre pensionado no asegura un mínimo vital ni unacotización a seguridad social en salud.

2.5.2 Protección en el Retén Social a madres cabeza de familia. Como ya se ha visto qué connotación tiene la palabra madre cabeza de familia, pasaré a desarrollar la protección a estetipo de trabajadores vulnerables en el campo público dentro del Retén Social.

Para empezar, quisiera decir que la Corte Constitucional, en este asunto ha planteado, entreotras, en sentencia de T 316 de 2013, que debe haber una notificación oportuna a la entidad de lascondiciones que ameritan protección como madre cabeza de familia; en mi concepto la notificación oportuna significa notificar de la situación antes de instaurar la acción de tutela, durante el trámite de reestructuración o liquidación, cuando en este se informe al sujeto la supresión de su cargo, con el fin de que la entidad pueda efectuar los mecanismos de protección pertinentes sin necesidad de acudir a esta vía judicial, que por demás es subsidiaria.

Frente a la protección en este supuesto se pueden abordar las dos hipótesis que, se plantearonen el tema de los Prepensionados, esto es:

Cuando la madre cabeza de familia se encuentra en una entidad que solo está siendo reestructurada o fusionada. En este caso aplican las mismas reglas de protección ya vistas para los Prepensionados.

El segundo evento es cuando, la madre cabeza de familia está en una entidad que será liquidada. En esta hipótesis se propone que, la madre cabeza de familia debe mantener una relación laboral con la entidad hasta que en desarrollo del proceso liquidatorio se dé la cesación definitiva de actividades por parte de la entidad, ya que, esta sería la única medida de protección posible, dado que, la entidad está destinada a desaparecer y en este supuesto no se protegen prestaciones del sistema de seguridad social en salud.

Es de aclarar que, en sentencia SU 388 de 2005 M.P Clara Inés Vargas, la alternativa que propuso la Corte Constitucional es de mantener la relación laboral hasta “hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa” situación que resultaría problemática ya que, los procesos liquidatorios tienen una duración en ocasiones indefinida, por lo que las entidades siguen existiendo jurídicamente, sin desarrollar ninguna labor.

Con esto, la carga para el Estado de mantener una relación laboral y consecuentemente el pago de salarios (mientras tenga vida jurídica la entidad) a personas que no tienen ninguna ocupación, o que no prestan ningún servicio, resulta desproporcionada. Según lo expuesto, considero que es más acertado establecer la protección hasta el cese definitivo de actividades.

2.5.3 Protección en el Retén Social a discapacitados. En este punto específico se hace completamente relevante debatir de nuevo el concepto de discapacidad, ya que, la norma base para esta protección (ley 790 de 2002) no expresó como tal, que las personas susceptibles de esta protección eran los discapacitados, sino que, dijo eran “las personas con limitación física, mental, visual o auditiva”. Situación que se podría llegar a pensar, no sería en principio

relevante, ya que, cualquier persona considerada discapacitada, lo es, por tener una deficiencia en alguno de estos tres aspectos, físico, sensorial o mental pudiendo ser esta de carácter permanente o transitorio.

El problema radica cuando se analiza el contenido del Decreto Nacional 190 de 2003 que reglamentó la ley 790 de 2002, el cual, realizó las siguientes definiciones:

Persona con limitación física, mental, visual o auditiva: Aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

a) Limitación auditiva: A partir de la pérdida bilateral auditiva moderada / severa, esto es, cuando la persona sólo escucha sonidos a partir de 51 decibeles, con amplificación, lo cual genera dificultades en situaciones que requieren comunicación verbal especialmente en grupos grandes; puede o no haber originado demoras en el desarrollo del lenguaje hablado que reduce la inteligibilidad de su habla si no hay intervención y amplificación;

b) Limitación visual: A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados

ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) Limitación física o mental: Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía. (Colombia, rama ejecutiva del poder público, 2003).

Posterior a observar la norma se debe realizar un análisis frente a dos hechos, el primero es que, la norma excluye de la protección a personas cuyas afecciones sean reversibles y el segundo es que se exige un dictamen de pérdida de capacidad laboral con un porcentaje mayor a 25%. Frente a estos requisitos La Corte Constitucional ha respetado el hecho de que la afección debe ser irreversible, lo cual, limita el ámbito de aplicación de la protección en este supuesto, a solo los discapacitados permanentes.

Frente al dictamen de pérdida de capacidad laboral se dan dos cuestiones, la primera es que, si se posee el dictamen, en efecto este debe arrojar un resultado de más de 25% de P.C.L para que se otorgue protección. Si no se posee el dictamen, pero, la entidad conoce de la discapacidad del sujeto, no lo puede despedir y debe ésta comenzar motu proprio el trámite para la calificación; una vez esta se encuentre en firme, continuar con la protección o terminar la relación laboral. Tales elucubraciones se pueden ver sostenidas en la sentencia de Corte Constitucional T 400 de 2014 M.P Jorge Iván Palacio.

En este caso la distinción en el trato que realiza la Corte Constitucional frente a los trabajadores del sector privado tiene fundamentos lógicos que no se pueden dejar de reconocer. Para recordar, los trabajadores del sector privado no necesitan que su discapacidad sea permanente, ni tener un dictamen de pérdida de capacidad laboral, ni mucho menos que dicho dictamen establezca cierto porcentaje, para poderse proteger. Pero, se debe entender que el objetoprincipal de protección en ellos es evitar discriminación, mientras que, en este caso específico del Retén Social, el objeto de protección es la situación especial del sujeto vulnerable, que le dificultará la consecución de un nuevo empleo.

Lo anterior se suma a que, en el sector privado se está protegiendo al trabajador de la potestad que ostenta el empleador de retirar a su arbitrio el personal, mientras que en este caso se protege al Servidor Público perteneciente al sector de la población más vulnerable de los efectos negativos de una reestructuración o liquidación de las entidades estatales. situaciones que permitiría que se exigieran requisitos adicionales en la presente hipótesis.

Al igual que en los demás supuestos, al trabajador discapacitado se le exige que informe de la situación de discapacidad una vez tenga conocimiento de la reestructuración o liquidación. Siendo las medidas de protección a implementar, las mismas planteadas para el supuesto de madre cabeza de familia.

2.5.4 Mujeres gestantes. Si bien la norma por ninguna parte las menciona, las mujeres gestantes se hacen acreedoras de una especial protección del estado en procesos de

reestructuración, por mandato constitucional, por tanto, considero les es aplicable la protección que se propone a continuación.

Mantener su relación laboral en procesos de reestructuración o liquidación, hasta los tres meses posteriores al parto, en caso de que el cese de actividades de la entidad se dé con anterioridad a este término (lo cual es altamente improbable), se realice la previsión presupuestal, para realizar los pagos correspondientes a seguridad social en salud, hasta el parto, con el fin de que se conceda la licencia de maternidad.

2.5.5 Aspectos generales en el Retén Social. Es de recordar que la estabilidad laboral reforzada no acolita una inmunidad del trabajador vulnerable, sino, una protección especial, portanto, si el Servidor Público es retirado del servicio con base en causa diferente a la reestructuración administrativa o liquidación, se deben aplicar al efecto las reglas anteriormente vistas para cada tipo de Servidor Público.

Para terminar de hablar acerca de procesos de reestructuración, se deben observar dos normas que contemplan prerrogativas económicas especiales. La primera norma por ver se dio en desarrollo del PRAP y es el artículo 8 de la ley 790 de 2002 que establece:

Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción de los niveles jerárquicos diferentes al directivo y las personas vinculadas por nombramiento provisional en cargos de carrera administrativa en los organismos y entidades de la

rama ejecutiva del orden nacional, que sean retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, recibirán un reconocimiento económico destinado a su rehabilitación laboral, profesional y técnica. (Colombia Congreso de la Republica, 2002)

La segunda norma contempla de manera general una prerrogativa económica en caso de reestructuración de entidades del estado, que es aplicable solo a los empleados públicos de carrera administrativa y es el Artículo 44 ley 909 de 2004 el cual establece:

Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. (Colombia Congreso de la República, 2004)

2.6 Conclusiones del Segundo Capítulo

El Estado por las funciones públicas y los fines que debe cumplir, se mueve en diferentes lógicas que los empleadores privados, por tanto, este ente jurídico abstracto es titular de prerrogativas y obligaciones especiales, por ejemplo, en el tema laboral, pueden estar adscritos a

él, Servidores Públicos cuya estabilidad laboral sea propia, algunos con una estabilidad laboral que se podría llamar intermedia, otros con estabilidad laboral impropia, e incluso algunos con estabilidad laboral precaria; todo en procura de un correcto funcionamiento en los diferentes órdenes, sectores y niveles que configuran el aparato estatal.

El tratamiento especial en temas laborales cuando el empleador es el Estado tiene como fin el desarrollo de la sociedad colombiana y la correcta aplicación de las garantías democráticas, sin embargo, como se alcanzó a observar durante el transcurso de esta investigación, se da en muchas ocasiones la pugna entre los derechos individuales de algunos sujetos de la población y los derechos colectivos abstractos. Para lo cual, en busca de soluciones pacíficas se debe interpretar armónicamente ambos tipos de derechos, con el objetivo de evitar que el aparato estatal aplaste al individuo y que el individuo entorpezca el progreso de la colectividad.

Con este raciocinio debe ser entendido y tratado el derecho a la estabilidad laboral reforzada en el sector público en todos sus supuestos, y, por tanto, respetarse y valorarse por parte de los sujetos que mueven los hilos de las entidades del Estado y, en especial, por los jueces de la república, las acciones afirmativas establecidas para la protección de personas vulnerables, quienes deben lograr su pleno desarrollo en sociedad.

Es de reafirmar que, la estabilidad laboral reforzada no es una inmunidad para el trabajador, por lo que no aplica en todos los eventos donde sea retirado del servicio una persona con condiciones especiales, más, como se pudo ver, y en la medida en que la lógica y la interpretación lo permiten, en todos los tipos de vinculación laboral con el Estado se pueden llegar a establecer hipótesis de protección de acuerdo, entre otros factores, a las necesidades

especiales de cada uno de los sectores vulnerables que se abordaron, anotándose que el derecho a la estabilidad laboral reforzada está en constante evolución.

Para terminar, quisiera hacer énfasis en el hecho de que, al adentrarnos en el campo público se puede deducir que, aquí las opciones de protección no se limitan al reintegro y sus consecuentes; al pago de indemnizaciones y prestaciones de seguridad social; sino que, en este sector una forma de protección adicional es la preferencia que tienen las personas discapacitadas a la hora de suplir vacantes y de reestructurar las entidades.

Referencias

Colombia, Congreso de la República. (2006). ley 1098 de 2006.

Colombia congreso de la república. (2002). ley 776 de 2002.

Colombia rama ejecutiva del poder público. (2003). decreto 190 de 2003.

Colombia, asamblea nacional constituyente. (1991). Constitución Política de 1991. artículo 53,
Santa Fe de Bogotá, Colombia.

Colombia, congreso de la república. (1993). ley 82 de 1993.

Colombia, Congreso de la república. (2002). ley 790 de 2002.

Colombia, Congreso de la república. (2002). ley 790 de 2002.

Colombia, Congreso de la república. (2004). ley 909 de 2004.

Colombia, congreso de la república. (2008). ley 1232 de 2008.

Colombia, Congreso de la república. (2011). Ley 1468 de 2011.

Colombia, Rama del Poder Ejecutivo de Colombia. (1950). Decreto ley 2663 de 1950.

Colombia, rama ejecutiva del poder público. (1950). decreto ley 2663 de 1950.

Colombia, rama ejecutiva del poder público. (1965). decreto 2351 de 1965.

Colombia, rama ejecutiva del poder público. (1967). decreto 13 de 1967.

Colombia, rama ejecutiva del poder público. (1989). decreto 2737 de 1989.

Colombia, rama ejecutiva del poder público. (2003). decreto 190 de 2003.

Colombia. Congreso de la República. (2011). Ley 1438 de 2011: por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial.

Convenio, O. I. T. (2000). relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952). (Nota: Fecha de entrada en vigor: 07: 09: 1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio 183). Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: 28: 06: 1952. Sesión de la Conferencia: 35. OIT. Biblioteca electrónica de documentos sobre normas internacionales del trabajo. CD ILSE.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2016). Mercado laboral trabajo infantil. Obtenido de DANE: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/trabajo-infantil>

Marx, K. (2001). Manuscritos de economía y filosofía (No. 330.852). (F. Rubio Llorente, Trad.) Alianza.

Ministerio del Trabajo. (2017). Indicadores Sobre el Trabajo Infantil en Colombia. Obtenido de Ministerio del Trabajo:http://apps.mintrabajo.gov.co/siriti/indicadores.aspx?dashboard_cod_departamento

O.E.A. (1948). declaración americana de los derechos y deberes del hombre.

O.E.A. (1969). convención americana sobre los derechos humanos.

O.E.A. (1988). protocolo de san salvador.

O.E.A. (6 de julio de 1999). convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Guatemala.

O.I.T. (1948). convenio 87.

O.I.T. (1949). Convenio 98.

- O.I.T. (1952- 1967). convenio 102 y 128.
- O.I.T. (1952). recomendación número 95 de 1952.
- O.I.T. (1973- 1999- 1999). convenio 138, 182 y recomendación 190.
- O.I.T. (1983- 1988). recomendación 168 y convenio 168.
- O.I.T. (1983). convenio 159 sobre readaptación profesional.
- O.I.T. (2000). convenio 183.
- O.N.U. (1975). declaración de los derechos de las personas con limitación.
- O.N.U. (1924). Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño.
- O.N.U. (1948). declaración universal de los derechos humanos.
- O.N.U. (1959). declaración de los derechos del niño.
- O.N.U. (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- O.N.U. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- O.N.U. (1967). Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. Obtenido de Orden Jurídico:<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2017.pdf>
- O.N.U. (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- O.N.U. (1983). declaración concerniente a las personas con limitación.
- O.N.U. (1989). convención sobre los derechos del niño.
- O.N.U. (1989). Convención sobre los derechos del niño.
- O.N.U. (1993). resolución 48/96 sobre "normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad".
- O.N.U. (1994). observación general número 5 sobre las personas en situación de discapacidad.

O.N.U. (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

O.N.U. (2007). observación general número 19 del comité de derechos económicos sociales y culturales.

presidencia de la república de Colombia. (2002). directiva presidencial número 10 de 2002.

Rocha, J., & Ortiz, K. (2012). La estabilidad reforzada de los empleados provisionales. verba iuris estudiantil, 1. Obtenido de Metro

Salud <http://www.asmetrosalud.org/index/images/stories/Provisionales.pdf>

sentencia T 683 de 2016 M.P Gabriel Eduardo Mendoza, expediente T-5.688.160 (Corte Constitucional Colombiana 2 de diciembre de 2016).

sentencia C 005 de 2017 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, Expediente D-11474 (Corte Constitucional Colombiana 18 de enero de 2017).

sentencia C 470 de 1997 M.P Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-1606 (Corte Constitucional Colombiana 25 de septiembre de 1997).

Sentencia C 531 de 2000. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, expediente D-2600 (Corte Constitucional Colombiana 10 de mayo de 2000).

sentencia C 795 de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, D-7725 (Corte constitucional colombiana 4 de noviembre de 2009).

sentencia C 381 de 2000 M.P Alejandro Martínez Caballero, D-2551 (Corte constitucional colombiana 5 de abril de 2000).

sentencia SU 054 de 2015 M.P Luis Guillermo Guerrero, Expedientes acumulados T-3.691.582, T-3.718.026 y T-3.731.720 3.731.572. (Corte Constitucional Colombiana 12 de febrero de 2015).

sentencia SU 388 de 2005 M.P Clara Inés Vargas, expedientes T-901538, T-902961, T-903174

entre otros (Corte Constitucional Colombiana 13 de abril de 2005).

sentencia SU 897 de 1012 M.P Alexei Julio Estrada, expediente T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987 (Corte Constitucional Colombiana 31 de OCTUBRE de 2012).

sentencia T 095 de 2008 M.P Humberto Antonio Sierra Porto, expediente T-1.714.938 (Corte Constitucional Colombiana 7 de febrero de 2008).

sentencia T 1040 de 2001 M.P Rodrigo Escobar GIL, expedientes Acumulados T-445.134 y T-457.673 (Corte Constitucional colombiana 27 de septiembre de 2001).

sentencia T 1201 de 2001 M.P Manuel José Cepeda, expediente T-456028 (Corte Constitucional Colombiana 13 de noviembre de 2001).

sentencia T 1211 de 2008 M.P Clara Inés Vargas, expediente T-1957874 (Corte Constitucional Colombiana 5 de diciembre de 2008).

sentencia T 198 de 2006 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente 1134873 (Corte Constitucional Colombiana 16 de marzo de 2006).

sentencia T 277 de 2012 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente T- 3.224.384 (Corte Constitucional Colombiana 11 de abril de 2012).

sentencia T 320 de 2016 M.P Alberto Rojas Ríos, expediente T-5.187.233 (Corte Constitucional Colombiana 21 de junio de 2016).

sentencia T 357 de 2016 M.P Jorge Iván Palacio, expediente T-5377221 (Corte Constitucional Colombiana 6 de julio de 2016).

Sentencia T 427 de 1992. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-936 (Corte Constitucional Colombiana 24 de junio de 1992).

Sentencia T 441 de 1993. Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, Expediente T-15978 (Corte Constitucional Colombiana 12 de octubre de 1993).

sentencia T 490 de 2010 M.P Jorge Ignacio Pretelt, expedientes T-2.515.631 y T-2.528.321 (Corte Constitucional Colombiana 16 de junio de 2010).

sentencia T 716 de 2013 M.P Luis Ernesto Vargas, Expediente T- 3.634.832 (Corte Constitucional Colombiana 17 de octubre de 2013).

Sentencia T 834 de 2012. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, expediente T- 3520057 (Corte Constitucional Colombiana 23 de octubre de 2012).

sentencia T 988 de 2012 M.P María Victoria Calle Correa, expediente T-3592777 (Corte Constitucional 23 de noviembre de 2012).

sentencia T 998 de 2010 M.P Jorge Ignacio Pretelt, expediente T-2.711.845 (Corte Constitucional Colombiana 6 de diciembre de 2010).

sentencia T 040 de 2016 M.P Alejandro Linares Cantillo, expediente T-5.168.539 (Corte Constitucional Colombiana 9 de febrero de 2016).

sentencia T 041 de 2014 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, expedientes T-4031539, T-4033418, T-4033839, T-4035749, T-4043423, T-4044178, T-4045089, T-4032850, T-4032700 (Corte Constitucional 2014 de enero de 2014).

sentencia T 098 de 2015 M.P Jorge Ignacio Pretelt, Expedientes T-4579271, T-4599253, T-4598573, T-4597713 y T-4579776 (Corte Constitucional Colombiana 10 de marzo de 2015).

sentencia T 441 de 1993 M.P José Gregorio Hernández, expediente T-15978 (Corte Constitucional Colombiana 12 de octubre de 1993).

sentencia T 595 de 2016 M.P Alejandro Linares Cantillo, Expedientes T- 5.556.251, T –

5.633.567, T – 5.647.394 y T – 5.637.118 (Corte Constitucional Colombiana 31 de octubre de 2016).

Sentencia T 638 de 2016 M.P Jorge Iván Palacio Palacio, T-5.671.111 (Corte Constitucional Colombiana 16 de noviembre de 2016).

Sentencia T 445 DE 2014. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, expediente T-4237065 (Corte Constitucional de Colombia 4 de julio de 2014).

Torres, C. (2006). Metodología de la investigación. Pearson Educación.

UNESCO. (1981). declaración de sundberg de torremolinos.

Vargas Quitian, E. F. (2015). Estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. trabajo de grado para optar al título de especialista en derecho administrativo, 27-28. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.

Villegas Arbeláez, J. (2016). Derecho Administrativo Laboral: Tomo I (décimo primera edición ed.). Bogotá: Legis.