

Sentencia T-081/05

MADRE CABEZA DE FAMILIA Y DISCAPACITADA-Protección laboral

DERECHOS DEL NIÑO-Incidencia en la jurisprudencia sobre los beneficios que se otorgan a la mujer cabeza de familia

MADRE CABEZA DE FAMILIA-No deben aplicársele las mismas reglas que a las demás trabajadoras en proceso de reestructuración

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Vulneración de derechos fundamentales por la aplicación del artículo 16 del Decreto 190 de 2003

ESTABILIDAD LABORAL EN EL PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad

ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando desvinculación laboral no se relaciona con enfermedad o debilidad manifiesta del trabajador

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL DISCAPACITADO-Protección del trabajador independientemente de la naturaleza de la enfermedad

Referencia: expediente T-965143

Acción de tutela instaurada por Elva Marina Daza Rodríguez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., tres (3) de febrero de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus

competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha y por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha dentro de la acción de tutela instaurada por Elva Marina Daza Rodríguez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-.

I. ANTECEDENTES

La señora Elva Marina Daza Rodríguez a través de apoderada judicial, presentó acción de tutela contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, en conexidad con el derecho al trabajo, y a la educación con la decisión de la entidad accionada de retirarla del servicio, por supresión del cargo, con motivo del proceso de reestructuración a la que fue sometida la entidad accionada.

1. Hechos

1. Relata la apoderada judicial, que la señora Daza Rodríguez fue nombrada mediante la Resolución número 1486 del 25 de junio de 1993 en el cargo de Oficinista Grado 06 que es de carrera administrativa, pero tal designación se hizo como si fuera una funcionaria de libre nombramiento y remoción.

2. Señala que como la actora se encontraba desempeñando un cargo de carrera pero con nombramiento en provisionalidad, aprovechó la oportunidad ofrecida para participar en el concurso de méritos convocado por la entidad accionada para acceder a la carrera administrativa.

3. Precisa que una vez inscrita en el concurso, superó todas las etapas del mismo, tal como se observa en la declaración juramentada efectuada ante notario por la doctora Cerelda Teresa Guerra Solano, Subdirectora de Formación Profesional y Empleo del SENA de fecha junio 3 de 1.999, la cual se anexa al expediente.

4. Igualmente afirma, que la actora cumplió con todo lo exigido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para efectos de la convalidación de cargos de libre nombramiento y remoción a cargos de carrera (anexa copia del Acuerdo No. 51 del 21 de enero de 1.999 expedido por la

Comisión Nacional del Servicio Civil), pero que al final el concurso nunca se perfeccionó y no logró vincularse a la carrera administrativa por circunstancias ajenas a su voluntad.

5. El 29 de abril de 2004 a la señora Daza Rodríguez, se le notifica del oficio No. 13146 de fecha 26 de abril de ese mismo año, mediante el cual se le comunica que el “cargo que venía desempeñando en titularidad en el SENA de oficinista G 03 de la DIVISION DE INFORMACION DE EMPLEO, de la REGIONAL GUAJIRA, sin derecho de carrera administrativa, ha sido suprimido, por lo cual no fue incorporada a la nueva planta de personal adoptada para la entidad por el Decreto 250 de 2.004...”

6. Sostiene que los directivos del SENA no tuvieron en cuenta el problema de salud de la señora Daza Rodríguez, pues ésta padece de carcinoma papilar infiltrante de la glándula tiroides.

Según la certificación médica que se anexa, tal patología obligatoriamente debe tener un seguimiento de mínimo cinco (5) años, durante los cuales se le deben realizar a la paciente estudios corporales I-131 (Yodo-131) en períodos que pueden ser variables dependiendo del resultado del estudio. Estos exámenes son costosísimos y en la actualidad son cubiertos por el POS del Seguro Social, entidad a la cual se encuentra afiliada en razón a su vinculación al Sena. Por tal motivo considera que se le están violando los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal.

7. De otro lado indica, que no obstante el resultado de los exámenes y el estado de salud de la actora, ésta siguió laborando normalmente porque la capacidad intelectual y las fuerzas para ejecutar las funciones del cargo, no se han visto afectadas y no han sufrido detrimento en el ejercicio de ellas, por lo que además, se le viola el derecho fundamental al trabajo.

8. Afirma que la accionante, es una mujer que debe ser catalogada como Mujer Cabeza de Familia, porque a pesar de ser casada, ella es la que corre con los gastos de su hogar, así mismo costea en su totalidad los estudios superiores de sus dos hijos en universidades privadas, dado que su esposo se encuentra desempleado.

9. Advierte que la desvinculación del Sena, le acarrea graves consecuencias, porque no solo pone en peligro su salud y su vida al dejar de cotizar al Seguro Social, sino que le causa un trauma familiar, pues es la única que formalmente labora y en consecuencia la educación de

sus hijos se ve afectada, violándose así el derecho fundamental a la salud y a la educación.

Por ello, solicita se tutelen los derechos invocados y en tal medida, se ordene su reincorporación al Sena en el mismo cargo que venía desempeñando o la reubicación en otro de la misma o superior categoría.

2. Pruebas.

1 . Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

2. Copia de la historia clínica de la actora y certificación médica firmada por el Doctor Jaider Curiel Choles que dan cuenta de su estado de salud.

3. Copia de la Resolución número 14864 del 25 junio de 1993, mediante la cual se nombra a la actora como empleada de la entidad accionada, así como del acta de posesión.

4. Copia del oficio número 13146 del 26 de abril de 2004 emanado del SENA por medio del cual se le notifica que no fue incorporada a la nueva planta de personal de la entidad.

5. Copia del memorando número 02339 del 3 de junio de 1999.

6. Copia de la circular número 00687 del 26 de abril de 1999.

7. Copia del oficio número 08896 del 4 de abril de 1999.

8. Copia del oficio número 00778 del 12 de mayo de 1999.

9. Copia de un formato de inscripción para el concurso.

10. Declaración juramentada ante notario firmada por la doctora Cerlinda Teresa Guerra Solano de fecha 3 de junio de 1999.

11. Acuerdo número 51 del 21 de enero de 1999 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

12. Dos (2) declaraciones extra juicio ante notario de fecha mayo 12 de 2004 rendidas por los señores Arturo Pineda P. y Flora Vanegas M.

13. Copia del Decreto 250 de 2004.

3. Intervención de la entidad accionada.

En respuesta al requerimiento del juzgado de conocimiento, la accionada aceptó los hechos fundamentales del escrito de demanda, pero se opuso a lo pretendido por la accionante en tutela, pues aduce que la relación laboral que ella mantenía con el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" terminó por haber sido suprimido el cargo que desempeñaba, en virtud del artículo 1º del Decreto 250 de 2004.

Además indica, que para el caso, la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, para demandar los actos administrativos en virtud de los cuales no fue incorporada a la planta de personal adoptada para la entidad, lo cual hace improcedente la acción de tutela.

Igualmente, señala que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la solicitud de reintegro no es amparable por vía de tutela.

De otra parte informa que dentro del programa de renovación de la Administración Pública, esta entidad elaboró el estudio técnico de Rediseño Institucional, siguiendo los parámetros del Departamento Administrativo de la Función Pública, que incluyó: análisis del marco legal de la entidad, análisis externo, revisión de objetivos, funciones, misión y visión, evaluación de la prestación de los servicios y calidad de los productos, estructura de la entidad, manual específico de funciones y requisitos, análisis de cargas de trabajo y planta de personal.

Advierte que en la elaboración de estos estudios técnicos y en el trámite de los Decretos que expidió el Gobierno Nacional participaron además de la administración del SENA y el Consejo Directivo Nacional de la Entidad, el Ministerio de la Protección Social como cabeza de sector, el Departamento Nacional de Planeación, al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y la Presidencia de la República.

Con base en esos estudios técnicos y una vez agotado el procedimiento legal, el 28 de enero de 2004 se expidieron los Decretos de rediseño institucional, Nos. 248 "Por el cual se modifica el Decreto 1426 de 1998 y el Decreto 3539 de 2003", 249 "Por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA", y 250 "Por el cual se adopta la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA."

El Director General del SENA en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 250 de 2004 expidió las Resoluciones Nos. 00647 del 22 de abril de 2004, 00658 del día siguiente y 0677 del 26 de abril del mismo año, distribuyendo los cargos de la planta global de la entidad entre Áreas, Oficinas, Direcciones Regionales y Centros de Formación Profesional Integral.

Así mismo, el 26 de abril del 2004, el Director General expidió una Resolución por cada Regional, incorporando a los servidores públicos en la nueva planta de personal.

Para la incorporación de los servidores públicos del SENA a la nueva planta de personal y el consecuente retiro de quienes no fueron incorporados por supresión del cargo, se tuvo en cuenta el respeto de las normas vigentes, los derechos adquiridos y las instrucciones del Gobierno Nacional, y en particular los siguientes criterios:

- Carrera administrativa: Ley 443 de 1998 y decretos reglamentarios.
- Fueros sindicales: artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo y concordantes.
- Retén social de prepensionados: Literal D del artículo 8º de la Ley 812 de 2003.
- Mujeres embarazadas: artículo 43 de la C. P. y artículo 62 de la Ley 443 de 1998.
- Retén social de madres y padres cabeza de familia y discapacitados.
- Hoja de vida de los servidores públicos y antigüedad en el servicio.
- Evaluación del desempeño.
- Funciones que realizaban los servidores públicos de la entidad.
- Manual Especifico de Funciones y Requisitos adoptado para la entidad mediante la Resolución No. 00081 del 31 de enero de 2004.

En el caso específico de la actora, ésta venía desempeñando en la entidad el cargo de Oficinista Grado 03 en la Regional Guajira que es de carrera administrativa, pero por no haber accedido al mismo mediante el concurso de méritos establecido por las normas de carrera administrativa, la funcionaria no tenía ninguna estabilidad legal, pues el nombramiento era de carácter provisional.

Así mismo indica, que en la anterior planta de personal de la entidad el SENA contaba con una planta global de 208 cargos de Oficinista Grado 03, de los cuales el Decreto 250 de 2004 en su artículo 1º suprimió 101 cargos, quedando actualmente sólo 107 cargos.

De estos 107 cargos de Oficinista Grado 03, el Director General en ejercicio de la facultad que le otorgó el artículo 6º del Decreto 250 de 2004, distribuyó en la Regional Guajira cuatro (4) cargos, en los cuales fueron incorporados empleados públicos con derechos de carrera administrativa, dos de ellos madres cabeza de familia.

En lo que hace relación a la condición de madre cabeza de familia, señala que de acuerdo con lo dispuesto en el literal D del artículo 8º de la Ley 812 de 2003, con excepción del retén social de prepensionados, los demás retenes (madre y padre cabeza de familia y discapacitados), dejaron de ser imperativos en los procesos de incorporación que se hizo en el marco del programa de renovación de la Administración Pública, pues este artículo dispuso que la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se aplicaría solo hasta el 31 de enero de 2004.

En el caso del SENA, la distribución de cargos y la incorporación de los servidores públicos a la nueva planta de personal adoptada por el Decreto 250 de 2004, se hizo a partir del 22 de abril de 2004, es decir con posterioridad al 31 de enero de 2004, fecha en que termino la vigencia de esos retenes (madre y padre cabeza de familia y discapacitados).

Igualmente afirma, que la señora Elva Marina Daza Rodríguez no reúne las condiciones establecidas en el numeral 1.3 del artículo 10 del Decreto 190 de 2003, que señala que para los efectos de la Ley 790 de 2002, se entiende por madre cabeza de familia, “la mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.”

Según la hoja de vida de la actora, ella tiene dos hijos, Lucas Paúl Brito Daza nacido el 1º de noviembre de 1982 y Yelitza Deniris Brito Daza nacida el 15 de mayo de 1985, con lo cual aparece claro que la tutelante, no cumple con el requisito exigido para ser considerada madre cabeza de familia, que sea “Mujer con hijos menores de 18 años de edad”.

En lo relacionado con el derecho al trabajo, asevera que necesariamente cuando se suprimen cargos de una entidad, un número proporcional de trabajadores tienen que ser retirados, pues si se les amparara a todos el derecho al trabajo, no serían posibles estas reestructuraciones. De tal forma que el derecho al trabajo de la accionante no ha sido vulnerado.

En lo que atañe al derecho a la salud, señala que acorde con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la tutela no prosperará por el simple hecho de que un trabajador sufra de una enfermedad, sino que es necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso de derecho. Para el caso, está plenamente demostrado que el motivo del retiro del servicio de la accionante, corresponde a la supresión del cargo que venía ocupando en la entidad sin derechos de carrera administrativa, en virtud del artículo 1º del Decreto 250 de 2004, por lo cual no se considera procedente la solicitud de reintegro.

Además sostiene, que el sistema de seguridad social en salud, dispone de diferentes mecanismos para que aquellos que no tengan una relación laboral dependiente, puedan acceder a los beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, bien sea a través del régimen contributivo de salud o del régimen de subsidios en salud.

En el caso de que la accionante posea capacidad de pago, podrá afiliarse al sistema como trabajadora independiente, propietaria de empresa, etc. En el evento de que la actora carezca de recursos económicos suficientes, la normatividad del sistema le da la viabilidad de afiliarse al régimen subsidiario. Por lo anterior, concluye que no es procedente que se tutele el derecho al trabajo por el estado de salud de la accionante.

4. Decisiones judiciales que se revisan.

4.1 Fallo de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha 31 de mayo de 2004, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha se negó el amparo impetrado, por las razones que a continuación se exponen:

1. En el expediente no está demostrado que la accionante pueda considerarse como una madre cabeza de familia, pues no demuestra que sus hijos sean menores de edad y que dependan única y exclusivamente de sus ingresos.

2. Sostiene que la protección para este tipo de trabajadoras expiró el 31 de enero de 2004, por expresa disposición legal, fecha anterior a la desvinculación, por consiguiente no habría amenaza o vulneración al derecho al trabajo por esta razón.

3. La actora no estaba vinculada al régimen de carrera administrativa, por lo cual no tenía derecho a que se le nombrara en un cargo igual o similar al cual estaba vinculada.

4. De otra parte precisa, que el motivo de la desvinculación no se debió a un trato discriminatorio e injusto por la enfermedad que padece, sino a que el cargo fue suprimido, por ello mal podríamos entender que se vulneran esos derechos a la accionante.

5. En lo relacionado con la supuesta vulneración al derecho a la educación, señala que este derecho no se vulneró en tanto la actora no se encuentra estudiando, así como tampoco aparece acreditado en el expediente que sus hijos se encuentren estudiando y que sean menores de edad para que pueda representarlos.

6. Asevera que los programas de reestructuración de las entidades públicas se hacen en uso de facultades constitucionales y de acuerdo a la normatividad legal y por ello en principio tales procesos, no vulneran derechos de los trabajadores y que además, por tratarse de temas laborales, en el supuesto caso que el trabajador, considere que se afectan sus derechos, el mecanismo para dirimir esas controversias no es la tutela, pues para ello existen las acciones laborales o las acciones contencioso administrativas contra los actos administrativos expedidos, y en ese orden de ideas niega el amparo solicitado.

4.2 Impugnación

A través de apoderada judicial, la actora impugnó el fallo, mediante escrito donde señala que no está de acuerdo con la decisión adoptada por el Despacho, cuando considera que la tutelante no estaba vinculada al régimen de carrera administrativa y por consiguiente no tenía derecho a que se le nombrara en un cargo igual o de superior categoría.

Al efecto señala, que la señora Daza Rodríguez ocupaba un cargo de Oficinista Grado 03 de carrera administrativa y no accedió a ella, por circunstancias ajenas a su voluntad. Así mismo se pregunta, si será posible que se pueda considerar transitorio un nombramiento que sobrepasa los diez (10) años de ejercicio, teniendo en cuenta que las normas legales (Ley 27/92) estipulan cuatro (4) meses como máximo para ocupar un cargo de carrera mediante nombramiento provisional.

Precisa que la entidad accionada al acudir al proceso de reestructuración y no incorporar a la nueva planta de personal a aquellos funcionarios que no “gozaban de carrera administrativa” violó sus legítimos derechos, pues estos no accedieron formalmente a la carrera administrativa, no fue por su negligencia o porque le faltaran méritos, sino por la desidia de la entidad y no puede ahora alegar la provisionalidad del cargo para justificar las irregularidades por ella toleradas.

En el caso de su representada sostiene, que si bien es cierto que fueron suprimidas varias plazas del cargo que ésta ocupaba, quedando vigente para la Regional Guajira solo cuatro (4) de ellas, al no ser incorporada la tutelante en razón a que no gozaba del derecho a la estabilidad por tener un nombramiento provisional u ordinario, no se estimó el estado de debilidad manifiesta de la actora. En ese orden de ideas estima que es procedente la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque la salud de la misma exige medidas inminentes, dado que está de por medio su vida.

4.3 Fallo de Segunda Instancia.

La Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en decisión adoptada el 15 de julio de 2004 confirmó el fallo de primera instancia con fundamento en lo siguiente:

1. Considera que la supresión del cargo es una causal de retiro del servicio prevista para los empleados públicos, indiferente si son de libre nombramiento y remoción de período fijo o de carrera administrativa, lo cual encuentra justificación en el hecho de que el interés particular de los funcionarios está llamado a ceder ante el interés general del mejoramiento del servicio. Por ello, no se puede aceptar que el derecho a la estabilidad laboral comporte la

obligación de la administración de mantener a un funcionario indefinida e incondicionalmente en el cargo.

2. Precisa que la decisión de la entidad accionada, en este caso, de suprimir el cargo que venía desempeñando la actora, está soportada en el Decreto 250 de enero 28 de 2004, lo que está en armonía con lo establecido en el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política, por ello estima entonces que no puede afirmarse que dicha decisión viole derecho fundamental alguno.

3. Sostiene igualmente, que le asiste razón al a quo y a la entidad accionada, cuando afirman que la actora no se halla cobijada por la Ley 790 de 2002, que trata sobre la protección laboral del gobierno a las servidoras públicas madres cabeza de familia, en razón de que en el expediente no está probado que los hijos que dice tener sean menores de 18 años de edad y dependan exclusivamente de ella, requisitos que el Decreto 190 de 2003 establece al definir el concepto madre cabeza de familia.

4. De igual manera indica, que cuando se produjo la supresión del cargo (26 de abril de 2004), ya había expirado la vigencia del artículo 12 de la mencionada Ley 790 de 2002, que establecía la protección a la mujer cabeza de familia por un plazo no mayor de 12 meses.

5. En lo que hace referencia al derecho a la educación, estima que armonizado el contenido normativo de los artículos 44 y 67 de la Constitución Política, y dado que las personas mayores de edad no pueden ser tratadas como niños, forzoso es concluir que la educación como derecho fundamental es la que se suministra a las personas entre los 5 y 15 años de edad y que comprende en términos de esta última preceptiva constitucional, un año de preescolar y 9 de educación básica.

Entonces, como quiera que por afirmación de la misma accionante, sus hijos se hallan en la etapa de la educación superior, constituye razón suficientemente válida para afirmar que no se está en presencia de un derecho fundamental constitucional.

6. Por último manifiesta, que si en gracia de discusión se aceptara que hubo violación al derecho fundamental constitucional en el proceder del SENA, consistente en dar por terminada la relación laboral de la actora por supresión del empleo que desempeñaba, de igual manera no resultaría procedente el amparo, toda vez que existe otro medio expedito de

defensa, como es la acción de nulidad del acto administrativo correspondiente, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Art. 85 C.C.A)

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la anterior providencia proferida dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1.991.

2. Materia sujeta a examen.

La actora, quien fue desvinculada de la entidad accionada por supresión del cargo, pretende que mediante esta acción se ordene su reintegro, pues sostiene que con la decisión adoptada se vulneran sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al trabajo y a la educación, dado que padece de cáncer y es madre cabeza de familia.

Corresponde a esta Sala decidir entonces, si en el caso sometido a revisión la acción de tutela es procedente.

Antes de entrar a resolver el asunto planteado, la Sala considera oportuno referirse a la jurisprudencia adoptada por la Corte en diferentes fallos, donde se han analizado entre otros asuntos, los relativos a la protección constitucional de las mujeres cabeza de familia y sus hijos menores o personas discapacitadas, a la facultad de la Administración Pública de adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio, así como lo referente a la estabilidad laboral de las personas que ocupan cargos en provisionalidad.

3. La protección constitucional de la mujer cabeza de familia y su relación con la protección de los derechos fundamentales de los niños

Debido a la tradición de discriminación y marginamiento a los que ha sido sometida la mujer y ante el creciente número de ellas que por diversos motivos, se han convertido en cabezas de familia,¹ el artículo 45 Superior estableció que: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere

desempleada o desamparada” y más adelante agregó que “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

Ahora bien, en desarrollo del mandato constitucional en cita, el Congreso de la República expidió la Ley 82 de 1993, mediante la cual definió el concepto de “mujer cabeza de familia” de la siguiente manera:

“(…) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada², tenga bajo su cargo, 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 los demás miembros del núcleo familiar.”

Con la categoría de “mujer cabeza de familia” se pretende entonces apoyar a la mujer a soportar la carga que por razones sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos, al tiempo que se busca preservar condiciones de vida digna a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella.³

En igual forma, la jurisprudencia de esta Corporación⁴ ha dado aplicación a la protección constitucional de la madre cabeza de familia y ha señalado que ésta guarda especial relación con los derechos fundamentales de los niños que de ella dependen, dada la situación de fragilidad e indefensión de los mismos.

En efecto en la Sentencia C-964 de 2003, M.P., Alvaro Tafur Galvis se dijo al referirse al mandato superior, sobre la primacía de los derechos de los niños y su incidencia en la jurisprudencia sobre los beneficios que se otorgan a la mujer cabeza de familia, lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 44 superior:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o

moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

La Corte de manera reiterada⁵ se ha ocupado del alcance de dicho texto superior para resaltar la primacía de los derechos de los niños y la especial obligación que tienen tanto el Estado, como la sociedad y la familia de protegerlos.”

Y mas adelante expresó:

“En su caso dada la situación de fragilidad en que ellos se encuentran por la ausencia del padre o de la madre y la necesidad de hacer prevalecer sus derechos, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de dichos artículos en el entendido que los beneficios que se establecen en ellos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia deberán igualmente otorgarse a los hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación de la mujer cabeza de familia, en los términos a que alude el artículo 2.”

De lo afirmado se deduce entonces, que las medidas de protección establecidas para la mujer cabeza de familia guardan una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los niños, que por lo demás, como lo señala el artículo 44 superior prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte el artículo 28 del Código del Menor dispone que “se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años.”

4. Análisis de la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y el contenido normativo del Decreto 190 de 2003 y el literal D artículo 8º de la Ley 812 de 2003.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 790 de 2002, dicha norma se dictó

con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, en desarrollo de ese objetivo, y frente a las medidas de desvinculación de personal que la misma comporta, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 establece que 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 misma ley.”

El Gobierno Nacional expidió luego, el Decreto No. 190 de 2003 y en su artículo 16 dispuso que la protección establecida en la Ley 790 de 2002 se aplicaría a partir del 1° de septiembre de 2002, y hasta su culminación, la cual no podría exceder en todo caso del 31 de enero de 2004, limitando de esta manera el beneficio que se había otorgado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, lo cual en criterio de la Corte no se ajusta a la Constitución, por cuanto una norma de inferior jerarquía como es el Decreto 190 de 2003, no podía entrar a modificar una norma de carácter superior. 6

Posteriormente el Congreso de la República expidió la Ley 812 de 2003, que contiene el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003-2006 y en el literal D del artículo 8º, estipuló que los beneficios establecidos en el capítulo II de la Ley 790 de 2002, se aplicarían a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de la Administración Pública del orden nacional a partir de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004, confirmando de esta manera el contenido normativo previsto por el artículo 16 del Decreto 190 de 2003.

De igual manera el literal D artículo 8º de la Ley 812 de 2003 dispuso, que únicamente los servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse gozarían del beneficio de la estabilidad laboral hasta que se diera el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez,

perdiendo así, las madres cabeza de familia, y los discapacitados física, sensorial y psicológicamente el beneficio establecido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Al respecto, cabe mencionar, que la Corte en la Sentencia T-792 de 2004,⁷ procedió a analizar lo dispuesto en el literal D del artículo 8º de la Ley 812 de 2003 y concluyó que con dicha normatividad se desconocen los postulados del Estado Social de Derecho, en tanto, se establece una discriminación injustificada, pues sólo protege a las personas que se encuentran próximas a recibir la pensión de vejez o jubilación, pero desconoce los derechos de las madres cabeza de familia y personas discapacitadas. 8

De esta manera, debe tenerse presente, que cuando una de las partes de la relación laboral está conformada por un sujeto especialmente protegido según la Constitución -mujer cabeza de familia, niños, discapacitados- el principio a la estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.), adquiere particular prevalencia, como consecuencia de la protección especial que ha de existir con respecto a este grupo de personas, pero claro está, mientras no exista una causal justificativa del despido pues la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. 9

5. De la facultad de la Administración Pública de adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio.

Sea lo primero señalar que la Administración Pública está facultada para adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio, por lo tanto, se encuentra legitimada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exigen, en cumplimiento de los fines impuestos por el artículo 209 de la Constitución.¹⁰

Siendo ello así, la facultad de suprimir cargos públicos, inclusive los que corresponden a la carrera administrativa, por motivos de necesidades de servicio está debidamente autorizada por la Constitución Nacional.¹¹

No obstante lo afirmado, cabe aclarar que dicha facultad no puede ejercerse de forma

arbitraria o ilimitada, pues la propia Constitución en su artículo 25, establece la protección especial a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, así como el derecho que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas, disposición que a su vez está en armonía con lo dispuesto en el artículo 53 Superior que señala que “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores”, lo que impide entonces que, bajo la excusa de la reestructuración, liquidación, supresión, tecnificación o cambio de propietarios de las empresas, estos derechos se vean desconocidos o disminuídos.¹²

6. La estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad.

En este punto cabe recordar, lo dicho por la Corte en oportunidades anteriores,¹³ en el sentido de que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad o en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción.

En ese orden de ideas el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello. Así lo determinó esta Corporación cuando en la Sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo lo siguiente:

“La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al

grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.¹⁴

Adicional al hecho de que es legítimo separar a un funcionario público de su cargo por razones del servicio, el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela. Así lo ha dicho esta Corporación:

“El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho...

“Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados (T-047/95. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Se concluye entonces que, por un lado, la Administración está habilitada para separar a sus funcionarios de acuerdo con exigencias circunstanciales y previa motivación justificada, y que el derecho a permanecer en un cargo no es un derecho fundamental, por lo que no puede ser amparado, en principio, por vía de tutela.

No obstante, la Corte ha establecido que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable, si logra demostrarse de manera particular, que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene. Aplicando esta jurisprudencia en relación con el derecho al trabajo, la misma Corporación ha dicho que la prerrogativa de permanecer en un cargo determinado eventualmente puede llegar a dañar un derecho fundamental, dependiendo de las circunstancias particulares del caso.

En relación con este tópico, dijo la Corte:

“Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible”.(Subrayas por fuera del original)

De igual manera en la Sentencia T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se dijo:

“Como se advirtió en la parte general de esta providencia, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.” (subrayado original)

Y en la Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se indicó además:

“Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

7. La general improcedencia de la tutela para el reintegro de empleados públicos.

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.¹⁵

De igual manera ha señalado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos, pues en la medida que está prevista en el ordenamiento jurídico la acción de reintegro, existe otro medio alternativo de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la utilización de la acción de tutela para este fin.

A ese respecto en la Sentencia T-519 de 2003 dijo la Corte:

“La Corte ha sostenido que la tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral. Solamente cuando se trate de personas en estado de debilidad manifiesta o mujeres en embarazo, prosperaría la tutela, observando el caso concreto. Dijo esta Corporación:

“Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

(..)

No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es

viable.”¹⁶

No obstante lo expresado cabe precisar, que si bien en principio no procede la tutela para obtener el reintegro a un empleo, excepcionalmente y con carácter extraordinario, tal mecanismo puede resultar apto para tal fin, cuando el medio judicial ordinario -miradas las circunstancias del caso en concreto-, resulta inadecuado para la efectividad de los derechos fundamentales violados o en peligro, o cuando la persona solicitante se encuentra ante un perjuicio inminente al estar afectado el mínimo vital suyo o de su familia.¹⁷

8. Despido de empleado. Se debe probar la relación de causalidad en caso de persona enferma.

En reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que cuando un trabajador es desvinculado del cargo que venía ejerciendo y se comprueba que en el fondo del asunto la enfermedad que lo aqueja, fue el motivo que ocasionó su retiro, dicha decisión ha de considerarse arbitraria y por tanto, para este caso, procede el amparo por vía de tutela.

Ahora bien si la desvinculación del demandante, no fue originada por su enfermedad, la acción de tutela no procede, pues es necesario probar el nexo causal existente entre el despido y la enfermedad que aqueja al trabajador.

A este respecto dijo la Corte en la Sentencia T-765 de 2003¹⁸, lo siguiente:

“3. En los casos en los cuales se presenta la enfermedad de una persona vinculada laboralmente, y posteriormente su despido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, exige que para considerar este acto como discriminatorio, se debe probar la relación causal entre la terminación del contrato y el padecimiento del accionante.

3.1. En un reciente pronunciamiento (sentencia T-519 de junio de 2003), la Corte hace un recuento jurisprudencial afirmando que cuando se comprueba que la causal del despido de una persona, fue en realidad su estado de salud, procede la acción de tutela, como mecanismo de protección a fin de evitar una conducta arbitraria.

(...)

“No obstante, no es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la persona que el empleador decida desvincular de manera unilateral sin justa causa. Para que la protección vía tutela prospere debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición. Es decir, debe haber nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral. Ha dicho la Corte:

(...)

“Cuando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la Corte ha encontrado que la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa”.

Finalmente concluye la sentencia:

“(i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente.”

Es decir, independientemente de las razones de origen legal que puedan existir para desvincular a una persona, el hecho de comprobar que el fondo del asunto, es la enfermedad que la aqueja, hace que dicha decisión se considere arbitraria y por tanto procede el amparo por vía de tutela.”

Este criterio ha sido reiterado en las sentencias T-519 de 2003, C-801 de 2003 y C-800 de 2003.

9. El análisis de la procedencia de la acción de tutela en el asunto sub examine.

En el presente caso la actora a través de apoderada judicial, instaura acción de tutela contra la entidad demandada, pues estima que con la decisión adoptada el 26 de abril de 2004 de suprimir el cargo que venía desempeñando de oficinista Grado 03 en la Regional Guajira, se le han vulnerado los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, en conexidad con el derecho al trabajo, y a la educación, pues no se tuvo en cuenta que padece de cáncer y es madre cabeza de familia.

En tal medida solicita que se ordene su reintegro en la planta de personal de la entidad demandada al cargo que venía ejerciendo o a otro de igual o superior categoría.

Por su parte, la entidad demandada aduce que la tutela resulta improcedente, pues si bien el cargo que venía desempeñando la actora es de carrera administrativa, por no haber accedido al mismo mediante el concurso de méritos, no tiene ninguna estabilidad legal.

En lo relativo a la protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a favor de las madres cabeza de familia, sostiene que ésta fue concebida desde un principio en forma temporal y no indeterminada en el tiempo, como lo pretende la actora. Además precisa que el literal D del artículo 8º de la Ley 812 de 2003, solo mantuvo el retén social para los empleados públicos que estuvieran próximos a pensionarse.

De otra parte aclara, que la distribución de cargos y la incorporación de los servidores públicos a la nueva planta de personal del SENA adoptada mediante el Decreto 250 de 2004, se hizo con posterioridad al 31 de enero de 2004, fecha en que terminó la vigencia de los retenes para las madres cabeza de familia y los discapacitados.

Los jueces de instancia, consideraron que la tutela resultaba improcedente por existir otro mecanismo judicial y por no acreditar la actora, la calidad de madre cabeza de familia.

1.- Como bien lo indicaron los jueces de instancia, en el expediente no está demostrado que la accionante pueda considerarse como una madre cabeza de familia, pues de acuerdo con los datos que aparecen registrados en la hoja de vida que reposa en la entidad accionada, los hijos de la tutelante son Lucas Paúl Brito Daza, nacido el 1º de noviembre de 1982 y Yelitza Deniris Brito Daza, nacida el 15 de mayo de 1985, esto es, que ambos son mayores de

edad.

Aparte de lo anterior, cabe destacar que la señora Daza Rodríguez no aportó pruebas donde demostrara que sus hijos son menores de edad y dependan económicamente de ella, con lo cual no se cumple el requisito que exige la ley que para ser considerada como tal. La actora ni siquiera acreditó que sus hijos se encuentren estudiando en universidades privadas como se afirma en la demanda.

2. En lo que hace relación con la salud de la actora, debe señalarse que en el expediente no aparece acreditada prueba alguna donde se demuestre que la desvinculación del señora Daza Rodríguez obedeció a un trato discriminatorio e injusto por la enfermedad que padece la misma; todo lo contrario, lo que aparece claro es que el retiro del servicio se debió a que el cargo fue suprimido.

En efecto, para el caso está plenamente demostrado que el motivo del retiro del servicio de la accionante, corresponde a la supresión del cargo que venía ocupando en la entidad accionada, pues de los 107 cargos de Oficinista Grado 03 que tenía el Sena, al efectuarse el proceso de reestructuración de la entidad, el Director General en ejercicio de la facultad que le otorgó el Decreto 250 de 2004, distribuyó en la Regional Guajira cuatro (4) cargos, en los cuales fueron incorporados empleados públicos con derechos de carrera administrativa, dos de ellos madres cabeza de familia.

De otro lado tampoco está demostrado que la actora se halle en un estado de debilidad manifiesta que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio, pues según las propias afirmaciones de la apoderada judicial de la actora, las capacidades intelectuales y las fuerzas para trabajar de la misma, no se han visto afectadas o disminuidas con la enfermedad que padece.

Cabe señalar igualmente que para atacar la decisión adoptada, existen las acciones contenciosas administrativas contra los actos administrativos expedidos, y en ese orden de ideas se estima que no es procedente el amparo solicitado, pues existe otro medio expedito de defensa. Como se expresó anteriormente, la tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral y la supresión del cargo es una causal de retiro del servicio prevista para los empleados públicos.

3. Por último cabe destacar que en el presente caso, ninguna de las partes hacen alusión a lo referente al pago de la indemnización, pues en tanto la demandante fija sus aspiraciones exclusivamente en la solicitud de reintegro en el cargo que venía desempeñando, la entidad demandada sostiene que por desempeñar la actora el cargo en provisionalidad, la podía desvincular simple y llanamente al efectuar el proceso de reestructuración de la entidad.

De otra parte si se analiza el contenido del artículo 5º del Decreto 250 del 28 de enero de 2004,¹⁹ se encuentra que dicha norma solo contempla que los “empleados públicos de carrera” a quienes se les suprima el cargo en desarrollo de la reestructuración adelantada en esa entidad se les podrá reconocer indemnización.

Al respecto la Sala estima, que el reconocimiento económico para el caso es procedente, pues aunque la tutelante se encontrara en provisionalidad, el cargo que venía ejerciendo la actora era de carrera administrativa, además su vinculación se remontaba al año de 1993, tal situación fue además tolerada por la entidad accionada, quien dentro del término establecido en la ley, no procedió a desvincularla del cargo por este motivo.

En este punto cabe recordar, lo dicho por la Corte en oportunidades anteriores,²⁰ en el sentido de que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad o en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción.

En ese orden de ideas, la Sala considera, que acorde con lo expresado a la accionante debió reconocérsele una indemnización en iguales condiciones a las que correspondería a un funcionario de carrera administrativa y en tal medida ordenará al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, o quien haga sus veces, para que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho todavía, inicie las gestiones necesarias para el pago de la referida indemnización, el que en ningún momento podrá exceder de 10 días.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, **REVOCASE PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 15 de julio de 2004 por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, mediante la cual, se confirmó el fallo proferido el 31 de mayo de 2004 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha en el sentido de que si bien para el caso, se confirma que no es procedente ordenar el reintegro solicitado por la señora Elva Marina Daza Rodríguez, el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA- al proceder a la desvinculación de la actora, ha debido indemnizarla previamente.

Segundo: **ORDENASE** al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, que si no hubiere pagado la indemnización a que tiene derecho la actora, inicie en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, las gestiones necesarias para proceder al pago de la indemnización respectiva en los mismos términos en que se hizo dicho reconocimiento a los empleados públicos de carrera a quienes se les suprimió el cargo en virtud de lo dispuesto en el Decreto 250 del 28 de enero de 2004 “por el cual se adopta la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

El término para realizar dicho reconocimiento en ningún momento podrá exceder de 10 días.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-184/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-964/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-044 /04 M.P. Jaime Araújo Rentería.

2 En la sentencia C-034 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra la Corte consideró que el artículo 2° de la Ley 82 de 1993 no violaba el principio de igualdad así definiera “mujer cabeza de familia” sólo en función de la mujer “soltera o casada”, dejando de lado otros estados civiles como la unión libre, debido a que el estado civil no es lo esencial para establecer tal condición, sino el hecho de estar al frente de una familia, al cargo de niños o personas incapaces. Al respecto dijo la Corte: “Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia puede constituirse o en virtud del matrimonio “o por la voluntad responsable de conformarla” por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir “por vínculos naturales o jurídicos”, razón ésta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como “cabeza de familia” su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella “tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de 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”, lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un ‘compañero permanente’.”Corte Constitucional, sentencia C-034/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

3 Ver las Sentencias T-925 y T-1161 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-792 de 2004 M. Jaime Araújo Rentería, C- 184/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-225 de 1998, M.P.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Ver, entre otras las sentencias T-925 y T-1161 de 2004 y C-964 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-593 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-414 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Ver entre otras las sentencia T-531/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-019/93 M.P. Ciro Angarita Barón, C-041/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-442/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-597/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz .

6 Ver Sentencia T-792 de 2004, M.P. Jaime Araujo Renteria.

7 M.P. Jaime Araujo Renteria.

8 En la providencia en cita esta Corporación afirmó:

Así pues, corresponde a esta Corporación de acuerdo con su jurisprudencia efectuar un test de razonabilidad, teniendo como sustento el principio de igualdad consagrado constitucionalmente en el artículo 13.

En el caso en estudio, la medida tomada por el legislador en el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, excluye a un grupo de personas, madres cabeza de familia y discapacitados que se encuentran en condiciones de debilidad y vulnerabilidad manifiesta, en el caso de la demandante concurren las dos calidades, madre cabeza de familia y además persona discapacitada.

Relacionando lo anteriormente expuesto con el caso en concreto tenemos que:

La norma prevista en el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, recae directamente sobre un grupo marginado y socialmente vulnerable, personas próximas a obtener su pensión de vejez o jubilación.

La precitada norma de la Ley 812 de 2003, hace una clara diferenciación entre grupos claramente débiles. De un lado personas próximas a recibir la pensión de vejez o jubilación, y del otro, mujeres cabeza de familia y discapacitados.

La terminación de los beneficios consagrados en la Ley 790 de 2002 únicamente para las

madres cabeza de familia y discapacitados, crea un privilegio radicado solamente para las personas que se encuentren próximas a pensionarse.

Así las cosas, tenemos que el fin buscado por la norma, proteger a personas próximas a pensionarse, es constitucional y legítimo. En segundo lugar, el medio empleado, es decir, excluyendo a las madres cabeza de familia y a los discapacitados de los beneficios consagrados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no es acorde a la Constitución y finalmente el fin perseguido no es proporcional con el medio empleado, al generar sin razón constitucional una discriminación negativa en cabeza de grupos claramente débiles como son las madres cabeza de familia y los discapacitados.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación concluye, que la norma prevista en la Ley 812 de 2003 creó una desigualdad en favor de un grupo especial de personas que se encuentran próximas a pensionarse, en detrimento de dos grupos claramente discriminados y protegidos por la Constitución, como lo son las madres cabeza de familia y los discapacitados.

En este orden de ideas, siendo la demandante discapacitada y madre cabeza de familia de dos hijos menores de edad, - los cuales gozan de prevalencia en sus derechos - de acuerdo con lo previsto por el artículo 1, numeral 3 y 4 del Decreto 190 de 2003 (folios 5 - 6, 11 - 15, 18, 73), calidad reconocida por la empresa Telecom - en liquidación (folio 62), es claro que la discriminación realizada contra ella, vulnera sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política.

Esta Corporación considera que dicho aparte del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 contraría en su caso concreto los postulados del Estado social de derecho al crear una discriminación en perjuicio de esta madre cabeza de familia y discapacitada, manifiestamente débil al igual que las personas que se encuentran próximas a recibir su pensión de vejez o jubilación.

En efecto, el proteger únicamente a las personas que están próximas a recibir su pensión de jubilación o de vejez, y desproteger a las madres cabeza de familia y a los discapacitados, genera una desigualdad no razonable. (..)

De acuerdo con la anterior jurisprudencia, se tiene que el legislador al excluir de los beneficios del “retén social” a las madres cabeza de familia y a los discapacitados y, al mismo tiempo, favorecer a los empleados próximos a pensionarse actuó por fuera de los mandatos impuestos por la Constitución, por una clara violación, como antes se argumentó del principio de igualdad consagrado constitucionalmente.”

9 Sentencia C-174/04 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

10 En la Sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo lo siguiente: “En primer lugar, es sabido que la Administración Pública está legítimamente facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exija. No sería posible cumplir con los fines de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad impuestos por el artículo 209 de la Carta Política, si la Administración no pudiera distribuir y manejar libremente sus recursos según se lo exigieran las necesidades del servicio.”

11 Ver sentencia T-876 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 *Ibíd.*

13 Ver Sentencias T-884 de 2000, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-876 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

14 Cfr. Sentencia SU-250/98 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

15 En lo que hace relación con el perjuicio irremediable, cabe recordar que esta Corte ha indicado que para que proceda la tutela como mecanismo transitorio, se debe determinar la irremediabilidad del perjuicio y para tal efecto es necesario tomar en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia que exige que se tomen medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. En ese sentido se dijo en relación con las características propias del perjuicio irremediable en la Sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny

Yepes, lo siguiente:

“4. Por su parte, cuando la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, esto es, a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, su procedencia resulta condicionada a la amenaza de un perjuicio irremediable, que según la jurisprudencia tiene las siguientes características¹⁵:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

5. En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad¹⁵. Con relación a ellos, la Corte se pregunta lo siguiente: ¿debe la exigencia del perjuicio irremediable aplicarse con la misma rigurosidad que para las demás personas? Y si ello es así, ¿cuál es entonces la especial protección constitucional para tales grupos?

La Sala estima que siempre que la acción de tutela sea utilizada como mecanismo transitorio, su procedencia está condicionada a la existencia de un perjuicio irremediable: ese fue precisamente el requisito impuesto por el Constituyente y no puede ni la Corte, ni ningún otro juez, pasarlo inadvertido.”

16 Ver sentencia T-576/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero (En esta ocasión, la Corte conoció de una tutela en la cual un exnotario había sido retirado del servicio sin que, según su criterio existiera justa causa para tal fin, y sin que se hubiera realizado el concurso reglamentario para ocupar el nuevo cargo. La Corte negó la existencia de un derecho fundamental a una estabilidad laboral, pero encontró que el acto administrativo mediante el cual había sido desvinculado el funcionario no estaba debidamente motivado. Por tal motivo tuteló el derecho fundamental al debido proceso y ordenó al gobierno proferir un nuevo acto administrativo en el que expusiera las razones para el retiro.)

17 Ver Sentencia T-1002 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández.

18 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

19 El artículo 5º del Decreto 250 del 28 de enero de 2004 “por el cual se adopta la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, se dispuso que a “Los empleados públicos de carrera a quienes se les suprima el cargo en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del presente Decreto y que no sean incorporados a la planta de personal de que trata el artículo 3º del presente Decreto tendrán derecho a optar por la indemnización o por la incorporación a empleo equivalente, de conformidad con lo consagrado en la Ley 443 de 1998 y en los Decretos Reglamentarios 1572 de 1998 y 2504 de 1998 y con sujeción al procedimiento establecido en el Decreto Ley 1568 de 1998.” (negrilla y subrayado adicionado)

20 Ver Sentencias T-884 de 2000, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-876 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.