

## Sentencia T-1161/04

PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Creación, modificación y supresión de cargos/ESTABILIDAD LABORAL EN EL PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial

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. 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. 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 disminuidos.

PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial de madres cabeza de familia y discapacitados

PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial de personas próximas a pensionarse

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, adquiere particular prevalencia, como consecuencia de la protección especial de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas, pero ello 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.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de indemnizaciones laborales o reintegro al empleo

Como regla general reiterada por esta Corporación, 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. No obstante lo anterior hay que señalar, que si bien en principio no procede la tutela para obtener el reintegro a un empleo, excepcionalmente y con carácter extraordinario, tal mecanismo es 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.

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

En lo que atañe al no pago de indemnización por ser una funcionaria en provisionalidad, la Sala no comparte justificación esgrimida por la entidad demandada y en cambio considera que el reconocimiento económico si procedía aunque la tutelante se encontrara en provisionalidad, pues el cargo que venía ejerciendo la actora era de carrera administrativa, su vinculación se remontaba al año de 1988, 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, ni al parecer tampoco convocó a concurso como era su deber. En este punto cabe recordar, lo dicho por la Corte en oportunidades anteriores, 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.

Referencia: expediente T-954354

Acción de tutela instaurada por Adriana Sanabria Méndez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-.

Magistrado Ponente:

ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá y por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por Adriana Sanabria Méndez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-.

I. ANTECEDENTES

La Señora Adriana Sanabria Méndez instaura acción de tutela contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-, para que se amparen los derechos de petición, trabajo, protección como mujer cabeza de familia, al debido proceso y en conexión con los anteriores, el derecho a una vivienda digna, los cuales encuentra vulnerados con la decisión de suprimir el cargo de odontóloga que venía desempeñando y en consecuencia solicita, se ordene su reintegro en la planta de personal de la entidad demandada, así como también se proceda al pago de las sumas de dinero dejadas de percibir en el tiempo que estuvo cesante.

1.1 Afirma la actora que es odontóloga de profesión, en el año de 1988 fue nombrada como parte de la planta de personal del SENA (Resolución 1747 de 1988) en el cargo de

INSTRUCTOR TP -Grado 13-. Desde esa fecha, y hasta el día 26 de abril de 2004, prestó sus servicios a la entidad demandada en distintos cargos y en el momento en el que fue despedida se encontraba asignada como odontóloga de medio tiempo Grado 03 al Centro Metalmecánico de la Regional Distrito Capital.

1.2 Señala que convivió en unión libre con el señor Félix Leonardo Riachi, hasta el 15 de junio de 2003 de esta unión nació el día 2 de marzo de 1993 su hijo Juan Felipe Riachi.

1.3 Sostiene que en la actualidad vive con su hijo el menor Juan Felipe Riachi y con su madre, quienes dependen económicamente de su trabajo. De esta situación informó al SENA en múltiples oportunidades, como consta en las comunicaciones del 24 de abril de 2003; del 18 de febrero de 2004 y del 29 de marzo de 2004, donde solicitó que fuera incluida en el retén social como madre cabeza de familia.

1.4 De otra parte, indica que vive con su familia en un apartamento que fue adquirido con un préstamo de vivienda que le hizo la entidad accionada, por lo que el inmueble está hipotecado a su favor y que para acceder al crédito fue necesario probar su estado civil de madre soltera y mujer cabeza de familia, por lo que la entidad demandada conocía perfectamente de su situación.

1.5 Precisa que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 82 de 1993 y en armonía con lo señalado en la Ley 790 de 2002, no podía ser retirada de su empleo, dada su situación de mujer cabeza de familia.

1.6 Asevera que a pesar de que los servicios que prestaba al SENA eran de medio tiempo y que el resto del día se dedicaba a atender consulta odontológica particular, los ingresos mayores los derivaba del SENA, pues señala que la consulta particular no le suministra lo suficiente para mantener una vida económicamente independiente.

1.7 Sostiene que no obstante haber prestado sus servicios por 16 años continuos, mediante oficio 2021-13632 del 26 de abril del 2004, fue retirada del SENA con el pretexto que el cargo que desempeñaba había sido suprimido.

1.8 Para finalizar señala que por no pertenecer a la carrera administrativa, no se le pagó

indemnización alguna, que su vida está amenazada, pues los ingresos que recibe por consultas odontológicas, no le dan lo suficiente para subsistir, que no tiene cómo pagar el crédito de vivienda, por lo que tarde o temprano perderá la misma y que su hijo no tiene acceso al servicio de salud.

## 2. Pruebas.

### 2.1 Documentos aportados por la parte accionante

1. Comunicación 2021-13632 del 26 de abril de 2004, mediante la cual se le retiró del servicio del SENA.
2. Carta del 5 de mayo donde da respuesta a la Comunicación 2021-13632 del 26 de abril de 2004 y en la que solicita el reintegro a la institución.
3. Derecho de petición del 18 de febrero de 2004, donde informa su situación de mujer cabeza de familia, y solicita tener en cuenta esa circunstancia al momento de reestructurar la entidad.
4. Comunicaciones del 14 de julio de 2000 y del 16 de mayo de 2003 en las que informa su estado civil y anexa concepto de un abogado sobre su caso.
5. Comunicación del 24 de abril de 2003, donde reitera su condición de mujer cabeza de familia.
6. Registro civil de nacimiento del menor, Juan Felipe Riachi Sanabria, en el que consta el reconocimiento como hijo natural que hiciera el padre.
7. Derecho de petición del 29 de marzo de 2004, solicitando se le incluya en el Retén Social del SENA, dada su condición de mujer cabeza de familia.
8. Comunicaciones de Diciembre 12 de 1988 y febrero 8 de 1991, Acta de Posesión 1952 de 1996 y Resolución 2224 de 1996, que evidencian los años que trabajó para el SENA y los distintos cargos en que se desempeñó.
9. Carta 2021 11388 del 7 de mayo de 2001, informándole del préstamo de vivienda que le fue otorgado por el SENA.

10. Escritura Pública 2057 del 17 de septiembre de 2001 mediante la cual, adquirió el apartamento e hipotecó el mismo, a favor del SENA.

## 2.2 Documentos aportados por la parte accionada:

1. Copia del Decreto 250 de 2004 “por el cual se adopta la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-.”

2. Copia de la Comunicación No. 17036 del 26 de mayo de 2004 suscrita por la Secretaría General donde se le informa a la actora su desvinculación.

3. Intervención de la entidad accionada.

A través de comunicación dirigida al Juez de primera instancia, la Secretaria General de la entidad accionada dio respuesta a la demanda de tutela instaurada donde informa que la petición presentada por la actora fue respondida dentro del término legal. De otra parte, indica que dentro del programa de Renovación de la Administración Publica, el SENA elaboró unos estudios técnicos de Rediseño Institucional de conformidad con el artículo 148 del Decreto 1572 de 1998 que señala: “Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.”

Sostiene que los estudios técnicos se hicieron siguiendo los parámetros del Departamento Administrativo de la Función Pública, que incluyó el estudio del marco legal de la entidad, un análisis externo, la revisión de los objetivos, funciones, misión y visión, así como la 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

Precisa 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, el Consejo Directivo Nacional de la Entidad, el Ministerio de la Protección Social como cabeza de sector, el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función

Pública, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y la Presidencia de la República.

Afirma que con base en esos estudios adelantados, se expidieron el 28 de enero de 2004, los Decretos de rediseño institucional números 248 “Por el cual se modifica el Decreto 1426 de 1996 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.”

En cuanto a la distribución de los cargos de la nueva planta de personal y el término para incorporar a los funcionarios en ella, los artículos 6º y 7º del Decreto 250 de 2004, dispusieron:

“ARTICULO 6º: El Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-, distribuirá los cargos de la planta global a que se refieren los artículos 3 y 4 del presente Decreto, mediante acto administrativo y ubicará el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes y programas de la entidad.”

“ARTICULO 7º: La incorporación de los funcionarios a la planta de personal establecida en los artículos 3 y 4 del presente Decreto, se efectuará dentro de los noventa (90) días siguientes a su publicación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1173 de 1999 y demás normas sobre la materia.”

Dentro del término señalado en la norma anterior, el Director General del SENA 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 del SENA 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, las instrucciones del Gobierno Nacional, así como los siguientes aspectos:

-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 Constitución Nacional y artículo 62 de la Ley 443 de 1998.
- 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 Específico 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 accionante señala que ésta venía desempeñando en la entidad el cargo de Odontóloga de Medio Tiempo Grado 03 sin derechos de carrera administrativa en el Centro Metalmecánico de la Regional Distrito Capital.

Informa además, que conforme a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Nacional y los criterios establecidos por el artículo 5º de la Ley 443 de 1998, el cargo de odontólogo de medio tiempo grado 03 del SENA que venía ocupando la accionante es de carrera administrativa, pero que por no haber accedido al cargo la accionante mediante el concurso de méritos establecido por las normas de carrera administrativa, la funcionaria no tiene ninguna estabilidad legal; por el contrario, este nombramiento tiene carácter temporal pues así lo establece el artículo 4º del Decreto 1572 de 1998 al disponer: “Entiéndase por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria un empleo de carrera, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata.”

En la anterior planta de personal de la entidad, el SENA contaba con una planta global de 18 cargos de odontólogo de medio tiempo grado 03, de los cuales el Decreto 250 de 2004 en su artículo 1º suprimió 16 cargos, quedando actualmente en la entidad sólo dos cargos.

De estos dos cargos de odontólogo de medio tiempo 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 Distrito Capital un (1) cargo, en el cual fue incorporada una empleada pública que venía ocupando el cargo.

En cuanto a la condición de madre cabeza de familia señala que la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y reglamentada por el Decreto 190 de 2003, denominada retén social, fue concebida desde el principio en forma temporal y no indeterminada en el tiempo, como lo pretende la accionante.

Posteriormente el Decreto 190 de 2003, que reglamentó la Ley 790 de 2002, dispuso en su artículo 16 que dicha protección se extendía hasta el 31 de enero de 2004.

Luego la Ley 812 de 2003, hizo énfasis sobre la vigencia temporal de esta protección especial precisando en el literal D del artículo 8º, que con excepción del retén social de prepensionados, los demás retenes (madre y padre cabeza de familia y discapacitados), fueron aplicables en los procesos de incorporación que se hagan en el marco del programa de renovación de la Administración Pública, hasta el 31 de enero de 2004.

Por lo anterior, considera que la protección que reclama la accionante, no estaba vigente para el 26 de abril de 2004, pues si la distribución de cargos y la incorporación de los servidores públicos a la nueva planta de personal adoptada por el SENA en el Decreto 250 de 2004, se hizo con posterioridad al 31 de enero de 2004, ya había vencido el término de la vigencia de esos retenes (madre y padre cabeza de familia y discapacitados).

En cuanto al pago de indemnización, señala que dado el carácter provisional que la accionante tenía con la entidad, no es procedente el reconocimiento y pago de indemnización, pues en virtud de lo dispuesto en el Decreto 250 de 2004 y en armonía con lo señalado en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, la indemnización se paga por la pérdida de los derechos de carrera administrativa, que la actora no tenía.

De otro lado precisa, que el pago del reconocimiento económico que contemplaba la Ley 790 de 2002, para los empleados públicos de Libre Nombramiento y Remoción diferentes a Nivel Directivo y las personas vinculadas por nombramiento provisional en cargos de carrera administrativa, no está vigente.

En efecto, sostiene que por disposición del literal D del artículo 8º de la Ley 812 de 2003 sobre “RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”, se dispuso que “los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002, se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, a partir del 1º de Septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004” (subrayado fuera de texto). Como la accionante fue retirada de la entidad el 26 de abril de 2004, no le es aplicable este reconocimiento económico.

En lo relacionado con el derecho al trabajo y la petición de tutela, sostiene que es una consecuencia legal que cuando se suprimen cargos de una entidad, un número proporcional de trabajadores tenga que ser retirado; si se les amparara a todos el derecho al trabajo, no serían posibles estas reestructuraciones. La vocación de permanecer en un empleo público de una entidad del Estado es una circunstancia que surge durante una relación laboral, accesoria al derecho al trabajo, en consecuencia no es un derecho fundamental, por ende tampoco puede ligarse con la integridad familiar y los derechos del niño como lo pretende la actora.

Así mismo indica que el reintegro no es amparable por vía de tutela; más aún, cuando como ha quedado demostrado que para el caso la supresión del empleo obedece al interés general, que persigue el programa de Renovación de la Administración Pública que adelanta el Gobierno Nacional, de tal forma que el derecho al trabajo de la accionante no ha sido vulnerado.

Por último señala que además la tutela es improcedente, pues de un lado el derecho de petición fue resuelto oportunamente y de otro, en cuanto a la reclamación de carácter laboral, la accionante tiene otros mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para demandar los actos administrativos que ella considera vulneran sus derechos.

#### 4. Decisiones judiciales que se revisan.

##### 4.1 Fallo de Primera Instancia.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en decisión adoptada el 2 de junio de 2004, estimó que para el caso no le asiste razón en su inconformidad a la actora, por cuanto la

entidad accionada dio respuesta a los derechos de petición presentados por ella. De igual manera consideró, que una vez finalizado el acuerdo laboral, no es de recibo acudir a esta acción, por cuanto la vía expedita es el proceso ordinario laboral, pues es allí donde se debe adelantar el correspondiente debate probatorio para exigir el reintegro, pues lo contrario supondría invadir competencias ajenas.

#### 4.2 Fallo de Segunda Instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante decisión adoptada el 29 de junio de 2004 confirmó el fallo de primera instancia, pues estimó que no hay lugar a la procedencia de la acción, si se tiene en cuenta que no se demostró en el proceso que con la actuación administrativa de la demandada se esté causando un perjuicio irremediable a la accionante, que justifique esta acción como mecanismo transitorio, pues como fácilmente puede deducirse de la misma narración fáctica, la actora cuenta con otros medios de defensa judicial para conjurar la posible agresión a sus derechos que considera vulnerados por la demandada.

Además señala, que como lo indicó la accionada, si bien el cargo de odontólogo de medio tiempo grado 03 desempeñado por la actora es de carrera administrativa, como ésta no accedió al mismo mediante el concurso de méritos, la funcionaria no tiene ningún tipo de estabilidad legal y por el contrario, el mismo tiene el carácter de temporal de acuerdo al artículo 4º del Decreto 1572 de 1998.

En lo referente a que la demandante es cabeza de familia, precisa que la protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el Decreto 190 de 2003, denominada retén social, fue concebida como temporal y no indeterminada en el tiempo como lo pretende la accionante.

De igual manera señala que la Ley 812 de 2003, hizo énfasis sobre la vigencia temporal de esta protección especial y en el literal D del artículo 8º dispuso que con excepción del retén social de los prepensionados, los demás retenes (madre cabeza de familia y discapacitados), fueron aplicables en los procesos de incorporación que se hicieron en el marco del programa de renovación de la Administración Pública hasta el 31 de marzo de 2004. En ese orden de ideas considera, que la protección que reclama la accionante, no estaba vigente para el 26 de abril del 2004, fecha en que fueron reincorporados o retirados del servicio los servidores

públicos de dicha entidad.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 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 instaura acción de tutela contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, para que se amparen los derechos de petición, trabajo, protección como mujer cabeza de familia, debido proceso y en conexión con los anteriores, el derecho a una vivienda digna, los cuales encuentra vulnerados con la decisión de suprimir el cargo que venía desempeñando y en consecuencia solicita que, se ordene su reintegro como odontóloga en la planta de personal de la entidad demandada, así como también se proceda al pago de las sumas de dinero dejadas de percibir en el tiempo que estuvo cesante.

Corresponde a esta Sala decidir entonces, si en el caso sometido a revisión la acción de tutela es procedente, teniendo en cuenta que quien reclama la protección de sus derechos es una mujer cabeza de familia que laboraba como odontóloga de medio tiempo en el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, entidad que fue reestructurada por decisión del Gobierno Nacional.

Antes de entrar a resolver el asunto planteado, la Sala considera oportuno referirse a la jurisprudencia adoptada por la Corte en diferentes fallos, dentro de los cuales se destacan los dictados recientemente a través de las sentencias T-925 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-876 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-792 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-519 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, donde, entre otros asuntos se analizaron los relativos a la facultad de la Administración Pública de adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio, la protección constitucional de las mujeres cabeza y sus hijos menores o personas

dependientes, así como a la estabilidad laboral reforzada consagrada en el programa de renovación de la administración pública a favor de determinados grupos de personas.

3. 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. 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.<sup>1</sup>

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 disminuidos.<sup>2</sup>

4. 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,<sup>3</sup> 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 casada<sup>4</sup>, 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.<sup>5</sup>

En igual forma, la jurisprudencia de esta Corporación ha dado aplicación<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

Idéntico criterio fue también desarrollado por la Corte en la Sentencia C-1039 de 2003<sup>9</sup> en la que analizó la constitucionalidad de la expresión “madres” contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

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.

5. 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 1° de la Ley 790 de 2002, dicha norma se dictó con el objeto 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 inmediación 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.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

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. 10

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,<sup>11</sup> 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.

En esa providencia esta Corporación afirmó:

“En el presente caso aunque esta Corporación no se pronunciará sobre la constitucionalidad del artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, se observa que la medida tomada por el legislador de beneficiar únicamente a las personas que se encuentren próximas a pensionarse, y desproteger a las madres cabeza de familia y discapacitados no encuentra una proporción de razonabilidad.

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 13.12

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:

1. 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.

1. 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.

1. 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.”

Y en la misma providencia, al analizar el derecho al trabajo de las madres cabeza de familia, indicó igualmente lo siguiente:

“La Constitución Política en su artículo 5º estipuló el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, así mismo, el artículo 42 ibidem estableció la obligación del Estado colombiano y de la sociedad de garantizar la integridad de ésta.

No obstante la anterior definición que la Constitución Política ha dado de la institución familiar, se puede presentar el caso en que la cabeza visible de una familia recaiga precisamente en la madre, cuando lo anterior sucede, el Estado y la sociedad, deben proveer todo lo necesario para prestar un apoyo real a esa madre que normalmente atraviesa dificultades debido a su especial status. En efecto, el apoyo reforzado del que gozan las mujeres cabeza de familia, es un mandato que proviene de la propia Constitución, y el cual debe ser observado por todas las autoridades públicas.

El soporte que la Constitución Política otorga a las madres cabeza de familia, además de buscar una igualdad material con el sexo masculino, se dirige principalmente a que el Estado la proteja en todas las esferas de su vida, para con esto también proteger, como ya se dijo, a

la familia como núcleo esencial de la sociedad.

El amparo del cual son beneficiarias las madres cabeza de familia, abarca igualmente la protección laboral, frente a esa situación se puede establecer que gozan de una estabilidad laboral reforzada, estabilidad que se traduce en una permanencia en el empleo. En este sentido cabe anotar que no en balde se reconoce este derecho a la mujer que ha asumido la importante función social de velar, muchas veces haciendo ingentes esfuerzos, por el bienestar material y afectivo de quienes la rodean. Es precisamente por ello que el legislador ha entendido que se ajusta a los fines del Estado Social de derecho conceder la protección laboral de la que se ha hablado. Ante el especial rol, que por vicisitudes derivadas de causas disímiles, desempeñan estas mujeres, otorgar beneficios particulares a las madres cabeza de familia es una aplicación directa de aquel principio de igualdad que esta corporación ha reiterado en tantas oportunidades de dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes.”

En armonía con lo expresado se ha de concluir 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 de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas, pero ello claro está, mientras no exista una causal justificativa del despido<sup>13</sup>, 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.<sup>14</sup>

6. El carácter subsidiario de la acción de tutela y la exigencia de un perjuicio irremediable como requisito de procedibilidad cuando existe otra vía judicial.

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. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así ha dicho esta Corporación en relación con el contenido

del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución cuando dijo:

“El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”<sup>15</sup>.

Ahora bien, en cuanto hace relación con el perjuicio irremediable, cabe recordar que esta Corporación 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.<sup>16</sup>

En la Sentencia T-1316 de 200117, dijo la Corte en relación con las características propias del perjuicio irremediable:

“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 características<sup>18</sup>:

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 edad<sup>19</sup>. 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.”

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

Como regla general reiterada por esta Corporación, 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.”<sup>20</sup>

No obstante lo anterior hay que señalar, que si bien en principio no procede la tutela para obtener el reintegro a un empleo, excepcionalmente y con carácter extraordinario, tal mecanismo es 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.<sup>21</sup>

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

En el presente caso la actora 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 como odontóloga de medio tiempo en el Centro Metalmecánico de la Regional Distrito Capital, se le han vulnerado los derechos de petición, trabajo, protección como mujer cabeza de familia, debido proceso y en conexión con los anteriores, el derecho a una vivienda digna.

En tal medida solicita que se ordene su reintegro en la planta de personal de la entidad demandada, así como también se proceda al pago de las sumas de dinero dejadas de percibir en el tiempo que estuvo cesante.

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 cargo 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.

En cuanto al pago de indemnización, señala que dado el carácter provisional del empleo de la actora por el tipo de vinculación que la accionante tenía con la entidad, no es procedente el reconocimiento y pago de indemnización por la supresión del cargo en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 250 del 28 de enero de 2004, y en armonía con lo señalado en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, la indemnización se paga por la pérdida de los derechos de carrera administrativa, que la actora no tenía.

Una vez analizado el asunto de la referencia, la Sala estima que el reintegro solicitado por la actora debe ser denegado, por cuanto la exigencia contemplada en el artículo 12 de la Ley

790 de 2002 que a la letra dice: “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” (negrilla y subrayado adicionado), no se cumple para el caso.

En efecto en el asunto sub exámine se observa que la actora es una persona profesional que se encuentra en plena capacidad productiva y que según ella misma lo reconoce en la demanda “atiende consulta odontológica de carácter particular”, inclusive desde antes de haber sido desvinculada del cargo de odontóloga de medio tiempo y en ese orden de ideas al no cumplirse con el requisito de “carecer de alternativa económica” exigido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 el fallo de segunda instancia deberá ser confirmado.

Ahora bien, en lo que atañe al no pago de indemnización por ser una funcionaria en provisionalidad, la Sala no comparte justificación esgrimida por la entidad demandada y en cambio considera que el reconocimiento económico si procedía aunque la tutelante se encontrara en provisionalidad, pues el cargo que venía ejerciendo la actora era de carrera administrativa, su vinculación se remontaba al año de 1988, 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, ni al parecer tampoco convocó a concurso como era su deber.

En este punto cabe recordar, lo dicho por la Corte en oportunidades anteriores,<sup>22</sup> 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:

“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.

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.<sup>23</sup>

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”.(Sentencia T-047/95, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Subrayas por fuera del original)

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. ”

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.

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.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado, la Sala estima, que para el caso de la Señora Sanabria Méndez,

no era procedente dar aplicación al artículo 5º del Decreto 250 del 28 de enero de 2004,<sup>24</sup> que dispuso que sólo a los “empleados públicos de carrera” a quienes se les suprima el cargo en desarrollo de la reestructuración adelantada en esa entidad se les reconocería indemnización, pues ha debido tenerse presente que la tutelante venía ejerciendo un cargo en provisionalidad desde el año 1988, que además según lo ha manifestado la Corte, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa -como es el caso de la actora-, no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad.

En ese orden de ideas, la Sala considera que acorde con lo expresado anteriormente 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 29 de junio de 2004 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- en cuanto declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Adriana Sanabria Méndez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

2 Ibídem.

3 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.

4 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).

5 Ver la Sentencia C- 184/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-792 de 2004 M. Jaime Araújo Rentería y T-925 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis, SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muños.

6 Ver, entre otras las sentencias T-593 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-414 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

7 La Corte en la Sentencia C-964 de 2002 M.P Alvaro Tafur Galvis, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, en el entendido que los beneficios que se establecen en favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia deberán igualmente otorgarse a los hijos menores propios o a 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.

8 Sentencia C-964 de 2002 M.P Alvaro Tafur Galvis.

9 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

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

11 M.P. Jaime Araujo Renteria.

12 De acuerdo con los criterios de esta Corte, ver sentencia C 673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, el test de razonabilidad se realiza a partir de los siguientes pasos: “1. El análisis del fin buscado por la medida, 2. El análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin”.

Según la jurisprudencia citada, es necesario aplicar un test estricto de razonabilidad “1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho fundamental constitucional; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio”. (Negrillas fuera de texto).

“Estos criterios no son reglas sino elementos de juicio para determinar, en cada caso concreto, la intensidad del análisis que corresponde realizar al juez constitucional”.

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

14 Al respecto en la Sentencia C-174/04, aludiendo al caso de los discapacitados la Corte señaló que “precisamente el respeto a la dignidad de estas personas en el estado social de derecho conlleva la exigencia plena de sus responsabilidades y de sus deberes”. En el mismo sentido en la Sentencia T-207 de 1999 dijo la Corte: “(L) los discapacitados tienen(n) derecho a recibir un tratamiento especial para poder integrarse plenamente a la sociedad. Ello implica que la sociedad debe intentar adaptarse a las condiciones de los mismos. Con todo, debe quedar en claro que ese trato especial no significa despojarlos de sus deberes ni exonerarlos de manera anticipada por sus faltas. En la misma medida en que el Estado y la sociedad les brindan a los discapacitados posibilidades de integrarse a la vida social, los discapacitados adquieren distintos deberes para con las organizaciones política y social, que les podrán ser exigidos como a cualquier otro ciudadano” Sentencia T-207/99 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver, entre otras las sentencia C-410/01 y C-403/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

15 Sentencia T-106 /93 M.P. Antonio Barrera Carbonell

16 Sentencia T-225 de 1993. M . P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

18 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T- 225/93 MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ver también, entre muchas otras, las Sentencias T-403/94, T-485/94, T- 015/ 95, T-050/96, T-576/98, T-468 /99, SU-879/00 y T-383/01

19 Sobre el particular ver, entre otras, las Sentencias T-277/99, T-801/98, T-143/98, T-351/97, T-224/96 y T-339/95.

20 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.)

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

22 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.

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

24 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)