

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto 555 de 2017, el cual se anexa en la parte final, se dispone aclarar la parte considerativa y resolutive de la presente providencia, en el entendido que el citado artículo 40 de la Ley 909 de 2004 es en realidad el artículo 44 del mismo cuerpo normativo.

Sentencia T-420/17

RETEN SOCIAL-Definición/RETEN SOCIAL-Destinatarios

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL-Procedencia

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD EN PROCESOS DE REESTRUCTURACION DE LA ADMINISTRACION-Protección constitucional y acciones afirmativas dentro del marco de materialización del retén social

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como tal

Las Salas de Revisión han aducido que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa per se que una madre asume la condición de ser cabeza de familia. Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones. El desempleo de la pareja no convierte a una madre en cabeza de familia, ello solo ocurre cuando el compañero se sustrae de manera permanente de sus obligaciones como padre, abandona el hogar, o se encuentra en incapacidad física, síquica, sensorial o mental.

PROTECCION ESPECIAL DE LAS MUJERES CABEZA DE FAMILIA EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Condiciones para pertenecer al retén social

La permanencia de las trabajadoras en sus empleos se dará hasta que: i) se termine el proceso de liquidación de la institución; ii) pierdan las condiciones establecidas para ser titulares de dicha salvaguarda; o iii) incurran en hechos que funden la terminación del contrato en una justa causa o que constituyan causal de destitución del cargo en el caso de

las empleadas públicas. Las autoridades que aplican las normas del retén social están obligadas a atender las condiciones materiales de la mujer al momento de decidir su inclusión o exclusión del beneficio de esta acción afirmativa. Incluso, los empleadores deben tener la total certeza del incumplimiento de las condiciones para ser madre cabeza de familia con el fin de despedirlas.

EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Orden a municipio pagar indemnización, por cuanto accionante ostenta calidad de madre cabeza de familia

En consonancia con el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, según el cual, los empleados de carrera administrativa, en caso de supresión del cargo en procesos de reestructuración de la Administración, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal y de no ser posible recibirán una indemnización, se advierte que la accionante tiene derecho a que se le pague la indemnización mencionada; por lo tanto, se ordenará al municipio, si aún no lo ha hecho, pagar a la accionante la indemnización de que trata el artículo 40 de la Ley 909 de 2004.

Referencia: Expediente T-6.036.012.

Acción de tutela instaurada por Liliana Amaya Valencia contra el municipio de Toro – Valle.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la

siguiente:

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos el 24 de octubre de 2016 por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartago - Valle, que tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante; y del 22 de noviembre de 2016 emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago - Valle, que revocó la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. La señora Liliana Amaya Valencia se encontraba vinculada a la Alcaldía municipal de Toro - Valle como Inspectora de Policía y Tránsito Grado 303, cargo que ejercía en propiedad desde el 19 de marzo de 1995.

1. El municipio de Toro - Valle inició una serie de reformas administrativas al interior de la entidad, en el marco de las directrices señaladas por el Gobierno Nacional para la renovación de la administración pública. Como consecuencia de este proceso, el cargo de la accionante fue suprimido mediante Decreto No. 73 del 8 de julio de 2016 y por Resolución No. 233 del 12 de julio de 2016 el municipio de Toro dio por terminado su nombramiento.

1. La accionante padece de Síndrome de Túnel Carpiano en ambas manos, razón por la cual se le practicó cirugía en mano derecha el 14 de febrero de 2003 y cirugía en mano izquierda el 21 de enero de 2016.¹ Debido a esta enfermedad, el 25 de agosto de 2009, la ARL POSITIVA le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 16,43 % y actualmente se encuentra en tratamiento médico con fisioterapia y medicamento para manejo de dolor de articulaciones.

1.6. Asimismo, manifiesta la señora Liliana Amaya que es madre cabeza de familia, debido a que mediante sentencia 096 del 9 de octubre de 2007, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo – Valle se privó de la patria potestad que el señor Edgar Mora Silva tenía sobre su hija menor Daniela Mora Amaya, no se fijó una cuota alimentaria a cargo del señor Mora Silva y no recibe ningún tipo de ayuda económica.

1.7. Concluye que la desvinculación al cargo que venía desempeñando como Inspectora de Policía en el municipio de Toro – Valle, sin tener en cuenta su situación de discapacidad y de madre cabeza de familia vulnera sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada y a la familia.

2. Respuesta del municipio de Toro – Valle

Mediante escrito del 12 de agosto de 2016, el Alcalde de esa entidad territorial contestó la tutela de la referencia y presentó los siguientes argumentos en su defensa:

2.1. En primer lugar, señaló que la accionante no probó su condición de madre cabeza de familia, toda vez que la autoridad ante la cual se debe acreditar esta condición son los Notarios y no ante el juez de tutela. Asimismo, manifestó que esta situación debe ser comunicada al empleador, actuación que nunca desplegó la accionante en todo el proceso de reestructuración administrativa llevado a cabo en la entidad, el cual se inició en enero de 2016 y finalizó el 8 de julio del mismo año.

2.2. En segundo lugar, argumentó que los problemas de salud de la accionante no motivaron la supresión de su cargo, además de que no hay evidencia de que la actora esté en situación de discapacidad.

2.3. En tercer lugar, expresó que la Administración Municipal realizó el estudio de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 20042, y entre las recomendaciones referentes al cargo de la accionante se señaló:

“Con respecto a la reasignación de funciones en la actualidad en la planta de cargos se encuentra el cargo de Inspector de Policía, sobre las funciones que debe realizar la ley y los reglamentos de policía han restringido su competencia a tal punto que solo conoce de

contravenciones de policía definidas en el Decreto Ley 1355 de 1972, y un cúmulo de procesos que se presenta con mayor frecuencia deben ser resueltos por el propio Alcalde Municipal, de otro lado, la ley de infancia y adolescencia 1098 de 2006 ordenó la creación de las comisarías de familia. Para el ejercicio del cargo de comisario de familia se exige título profesional en derecho, según el Decreto Reglamentario 1084 de 2015 que determina que los municipios ubicados en una categoría del nivel del municipio de Toro, pueden realizar convenios con municipios cercanos para que estos funcionarios atiendan dos alcaldías, lo que implica que desde el nacimiento de la ley se preveía que estos cargos no requerían dedicación de tiempo completo. De la misma manera, las inspecciones de policía conforme a lo expresado con antelación tienen en la actualidad una baja carga laboral, máximo si se aspira a que los temas de tránsito se ejecuten a través de convenio con una Secretaría que cumpla esta misión en un municipio cercano, hecho que soporta la viabilidad de suprimir el cargo de Inspector de Policía, de la Secretaria de Inspección de Policía y las funciones que en la actualidad viene desempeñando esta funcionaria se le pueden asignar a la Comisaria de Familia quien ostenta título profesional en derecho.”

2.4. En cuarto lugar, manifestó que la accionante cuenta en la actualidad con la posibilidad de recibir la indemnización que contempla el artículo 44 de la Ley 909 de 20043, o lo que es lo mismo, el equivalente a 805 días de salario para lo cual la Administración cuenta con disponibilidad presupuestal suficiente, lo que le permitiría subsistir por más de dos años conforme a su mínimo vital. Adicionalmente, señaló que las cesantías fueron previstas por el legislador como mecanismo legal para proteger a un empleado mientras se vincula nuevamente al mercado laboral.

2.5. Finalmente, expresó que si la accionante no desea recibir la indemnización puede acudir a la Comisión de Personal del municipio para que su caso sea estudiado, decisión que cuenta con los recursos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, de allí que la protección invocada resulte improcedente, máximo en este caso en que se discute la legalidad de un acto administrativo de carácter general.

1. Respuesta de COOMEVA EPS

Mediante escrito del 16 de agosto de 2016, esa entidad contestó la acción de tutela de la

referencia e indicó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante. Además, señaló que las pretensiones de la tutela están dirigidas en contra de la Alcaldía de Toro – Valle, por lo tanto, debe ser desvinculada de la presente acción al configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por otra parte, manifestó que las pretensiones de la demandante no se deben dirimir mediante la acción de tutela toda vez que existe un medio de defensa diferente al amparo constitucional.

1. Respuesta de COLPENSIONES

Mediante escrito presentado el 12 de octubre de 2016, el Vicepresidente de Jurídica y Secretaría General de esa entidad contestó la tutela y solicitó que se le desvinculara del proceso de la referencia por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Para fundamentar su petición, argumentó que de conformidad con los artículos 1 y 3 del Decreto 2011 de 2013, COLPENSIONES solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, pues este es el marco de su competencia, y en consecuencia, no puede asumir otros temas diferentes pues no se encuentra legalmente facultado para ello, por lo que la acción se torna improcedente.

1. Respuesta del Concejo municipal de Toro – Valle

El 18 de octubre de 2016 esa Corporación respondió la tutela, para lo cual mencionó que esa entidad mediante Acuerdo No. 001 del 18 de enero de 2016 autorizó al Alcalde de Toro – Valle, por el término de 6 meses, para que adelantara el proceso de reestructuración administrativa del sector centralizado y descentralizado del municipio con las correspondientes atribuciones para realizar todas las actividades y expedir los actos administrativos para el legal desarrollo del proceso, procedimiento que debía regularse bajo los parámetros y lineamientos dados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la ESAP, la Constitución Política y la ley.

Señaló que el Acuerdo No. 001 del 18 de enero de 2016 fue aprobado, sancionado y remitido a la oficina jurídica de la Gobernación del departamento para su revisión, el cual se desarrolló dentro de los parámetros constitucionales y legales consagrados en el numeral 6º del artículo 313 de la Constitución.

Argumentó que la autorización para la reestructuración era el primer paso para llevar a cabo dicho procedimiento, sin embargo, esa corporación no tiene injerencia alguna cuando el Alcalde hace caso omiso a las recomendaciones del Concejo municipal y decide apartarse de los parámetros y lineamientos constitucionales y legales, y sin ajustarse a ellos tome determinaciones contrarias al debido proceso.

Concluyó que todos los actos administrativos que se profirieron en el desarrollo del proceso de reestructuración fueron ejecutados mediante decretos o resoluciones que son decisiones discrecionales del ejecutivo y en las cuales el Concejo no puede intervenir.

1. Sentencia de primera instancia – Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartago – Valle

El juez de primera instancia, en fallo del 24 de octubre de 2016, señaló que resulta inadmisibles el despido injustificado de un trabajador como consecuencia de su situación de discapacidad o invalidez, pues esa situación conllevaría incluso a una vulneración del principio de igualdad, puesto que se estaría dando un tratamiento igual a quien se halla en una situación de desigualdad manifiesta, dejando a un lado el concepto de desigualdad material.

También manifestó que la jurisprudencia ha establecido que la comprobación de esa situación discriminatoria depende de tres aspectos: i) que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada o en estado de debilidad manifiesta; ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y iii) que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio “de la Protección Social”.

Respecto del primer requisito, argumentó que la situación de discapacidad o de debilidad manifiesta se encuentra demostrada, pues de los documentos que obran en el expediente

puede colegirse que la accionante fue diagnosticada con una enfermedad laboral que le ha venido afectando sus dos manos, y fue calificada de la mano derecha con una pérdida de capacidad laboral del 16.43 % por parte de la ARL POSITIVA. Asimismo, sobre la mano izquierda esa ARL le entregó en noviembre de 2015 una serie de recomendaciones para el desempeño de sus funciones, las cuales fueron reiteradas en marzo de 2016 con carácter de permanentes.

Lo anterior permite concluir que a la accionante no puede dársele un tratamiento igual que a los otros empleados que se encuentran totalmente sanos, pues no solo ha sufrido una merma en su capacidad de trabajo sino que a la fecha y de acuerdo a lo informado en su declaración se halla en tratamiento – terapias – debido a la cirugía que se le practicó en la mano izquierda en enero de 2016.

En segundo lugar, manifestó que de acuerdo a la respuesta dada por la accionada y confrontada con los hechos expuestos en la tutela y las pruebas allegadas, se puede colegir que la Alcaldía de Toro tenía conocimiento de la condición de salud de la señora Amaya Valencia, no solo porque la calificación de pérdida laboral reposa en su hoja de vida, sino porque la ARL le impartió direccionamientos para la continuación de sus funciones laborales al interior de la Alcaldía, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el municipio.

Evidenció que en casos como el de la accionante, el empleador debe corroborar con la ARL del afectado, dado que fue una lesión que fue producida por enfermedad laboral, antes de decidir sobre su retiro y en el caso que este no se haya recuperado, debe solicitar autorización ante el Ministerio “de la Protección Social”.

1. Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 28 de octubre de 2016, el municipio accionado presentó escrito de impugnación en el que reiteró los argumentos presentados en la contestación de la tutela, esto es, que la desvinculación de la accionante en el cargo que ocupaba en carrera en el municipio de Toro respetó el debido proceso; que la acción de tutela es improcedente, toda vez que no se han agotado los mecanismos de defensa contra el acto que la desvinculó; y, la tutelante no se encuentra indefensa, pues cuenta con

mecanismos legales para su protección como el contemplado en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

1. Fallo de segunda instancia – Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago – Valle

Mediante sentencia del 22 de noviembre de 2016 el juez de segunda instancia revocó el fallo proferido por el a quo, toda vez que a su juicio, la accionante no es sujeto de especial protección al no ser prepensionada y porque la enfermedad que padece no fue la causa de su desvinculación, por lo cual la acción de tutela se torna improcedente pues cuenta con otros mecanismos de defensa y no demostró un perjuicio irremediable.

1. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

* Acta de posesión No. 011 del 19 de marzo de 1996 de la señora Liliana Amaya Valencia como Inspector de Policía y Tránsito Municipal.⁴

* Certificaciones proferidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la CNSC, en las que se indica que la accionante fue inscrita en el registro público de empleados de carrera administrativa en el cargo de Inspector de Policía y Tránsito Municipal Código 1040 Grado 303 del municipio de Toro – Valle del Cauca.⁵

* Certificación de Pérdida de Capacidad Laboral de la señora Liliana Amaya, expedido por POSITIVA Compañía de Seguros, el 5 de marzo de 2009, en un porcentaje del 16,43 %, por Síndrome de Túnel Carpiano en ambas manos.⁶

* Fallo del 9 de octubre de 2007 proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo – Valle, en el que se quitó la patria potestad de la menor Daniela Mora Amaya (hija de la

accionante) a su padre, el señor Edgar Mora Silva y no se le fijó cuota alimentaria.⁷ Comunicación del 22 de febrero de 2012 realizada por la accionante a la Secretaria de Gobierno y al Jefe de Personal del municipio de Toro, en el que pone en su conocimiento el fallo mencionado y en la que indica que la patria potestad, custodia, cuidado personal y económico de la menor está a su cargo.⁸

* Certificación del 18 de febrero de 2016, expedida por el representante legal de la empresa NEFROPLUS S.A.S., en la que se indica que la señora Liliana Amaya Valencia realiza terapia física en Cartago – Valle, de lunes a viernes de 10am a 11am por autorización de 20 sesiones por cirugía del túnel carpiano.⁹

* Registro Civil de Nacimiento de la menor Daniela Mora Amaya, con fecha de nacimiento 9 de mayo de 2000.¹⁰

* Oficio del municipio de Toro del 11 de julio de 2016, dirigido a la señora Liliana Amaya, en el que le informan que su cargo fue suprimido y su consecuente retiro del servicio; asimismo, sobre el derecho que le asiste respecto de elegir entre la indemnización del parágrafo 2 del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o la reincorporación a un empleo de igual categoría al que venía ejerciendo. Asimismo, fue informada que esta podía acudir directamente ante la Comisión de Personal de la Entidad para que conozca y resuelva su reclamación sobre la eventual vulneración de su derecho de incorporación a la nueva planta de personal o el desmejoramiento de sus condiciones laborales por efecto de la incorporación, reclamación que debía ceñirse al Decreto 760 de 2005 dentro de los 5 días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo; y, en segunda instancia podía acudir a la Comisión Nacional del Servicio Civil. ¹¹

* Comunicación dirigida al Alcalde del municipio de Toro – Valle, del 21 de julio de 2016, en el que la accionante le informa que rechaza la indemnización ofrecida en el oficio del 11 de julio

de 2006 y solicita sea reintegrada en un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando.

* Decreto No. 73 del 8 de julio de 2016 “Por el cual se establece la Planta de personal de la Alcaldía del Municipio de Toro, Valle del Cauca.”¹²

* Resolución No. 233 del 12 de julio de 2016 “Por la cual se terminan unos nombramientos en provisionalidad de unos funcionarios de la planta de cargos de la administración Municipal de Toro Valle”, en cuyo artículo 3° dispone: “Termínese el nombramiento del siguiente funcionario ubicado en propiedad en empleos de carrera administrativa de la Administración Central del Municipio de Toro Valle, por supresión del respectivo cargo según Decreto 73 del 8 de julio de 2016. LILIANA AMAYA VALENCIA, identificada con cédula de ciudadanía 31.413.164 del empleo Inspectora de Policía código 303 grado 01, de la planta global de la Administración Central del Municipio de Toro Valle.”¹³

* Oficio del 8 de agosto de 2016, mediante el cual el Alcalde del municipio de Toro - Valle contesta la solicitud realizada por la accionante respecto de su reintegro a la entidad, en el que le informa: “(...) Respecto a su solicitud de reintegro al cargo que venía ejerciendo, no es posible, dado que el cargo fue suprimido. Respecto a la vinculación a un cargo de superior jerarquía al que venía ocupando, no existe en la nueva planta de personal, un cargo de dicha naturaleza que se adecúe a su perfil. Con relación a su petición de que se tenga como madre cabeza de familia, no aporta el documento de que trata la Sentencia T-353/10 la Corte Constitucional y Ley 82 de 1993 (...).”¹⁴

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

1. Planteamiento del problema jurídico y metodología para su solución

De acuerdo a los antecedentes descritos en precedencia, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar, si se vulneran los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada y a la familia, de un empleado de carrera, cuando la entidad pública en proceso de reestructuración a la cual se encuentra vinculado, termina su nombramiento sin tener en cuenta su calidad de madre cabeza de familia y su situación de discapacidad. En caso afirmativo, será pertinente determinar el límite temporal de la permanencia en el empleo de los sujetos de especial protección, vinculados en entidades que se encuentren en procesos de este tipo.

Para resolver el problema jurídico planteado, se examinarán los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar el cumplimiento del “retén social” (ii) protección especial para las personas en situación de discapacidad en el proceso de reestructuración de las entidades públicas (iii) protección especial de las mujeres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración administrativa y las condiciones para pertenecer al retén social y (iv) solución al caso.

1. La procedencia de la acción de tutela para garantizar el cumplimiento del “retén social”.

La Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha reiterado que la acción de tutela, dado su carácter excepcional, solo se estima procedente siempre que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, toda vez que esta no puede desplazar ni sustituir las herramientas ordinarias establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁵.

Sin embargo, este Tribunal también ha sostenido que esta regla tiene dos excepciones, esto

es, cuando es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales¹⁶.

Ahora bien, el Congreso de la República expidió la Ley 790 de 2002, la cual estableció “la política denominada Retén Social, que es una medida afirmativa de protección laboral tendiente a dar cumplimiento a la igualdad real y efectiva consagrada en la Constitución, que busca que en los procesos de reforma institucional se otorgue una protección mayor, en materia de permanencia y estabilidad en el empleo a ciertas categorías de sujetos, son ellas las personas con limitaciones físicas, mental, visual o auditiva; las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas próximas a pensionarse”¹⁷.

Asimismo, la ley 812 de 2003¹⁸ estableció que el retén social podía ser aplicado hasta el 31 de enero de 2004. Empero, en sentencia C-991 de 2004¹⁹, la Corte Constitucional consideró que esos límites no se ajustan a la Constitución Política, pues los mandatos superiores que dan origen al denominado retén social no se agotan en una fecha específica, y por lo tanto deben ser aplicados mientras se extienda el programa de renovación administrativa del Estado²⁰.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado de manera recurrente que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para dirimir conflictos de carácter laboral, como quiera que la competencia de dichos asuntos está asignada a la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativa, según el caso²¹. Empero, esta Corporación ha manifestado que aún ante la existencia de otros medios ordinarios de protección, la acción de tutela procede para reclamar la aplicación de los beneficios derivados del “retén social”, por las siguientes razones:

i. Las personas beneficiarias del “retén social” están en “condiciones especiales de vulnerabilidad, por tratarse de personas que son madres o padres cabeza de familia; disminuidos físicos y mentales o estar próximos a pensionarse (sentencia SU-389 de 2005).”

En efecto, ello se fundamenta en la idea del estado social de derecho, el cual busca hacer efectiva tanto la igualdad material, como la formal, haciendo indispensable formular acciones afirmativas conminadas a salvaguardar los intereses de los grupos discriminados o quienes se encuadren en circunstancias de debilidad manifiesta.²⁴

En conclusión, el “retén social” constituye una garantía de estabilidad laboral dirigida a las madres y padres cabeza de familia, las personas en condición de discapacidad y los servidores públicos a quienes les falte tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensionarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002. Lo anterior, no indica que sea una protección absoluta, sino que los destinatarios de la misma deben reunir unos requerimientos básicos para hacerse acreedores de la garantía que ofrece esta figura, y así solo podrán ser desvinculados en presencia de una justa causa.²⁵

1. Protección especial para las personas en situación de discapacidad en el proceso de reestructuración de las entidades públicas

En cuanto a los beneficios laborales señalados en la Ley 790 de 2002, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que, en los procesos de reestructuración de la administración pública, el Estado debe guardar especial cuidado con los servidores públicos que, por sus condiciones particulares, tendrían dificultad para encontrar un nuevo empleo o cuando la terminación de la relación laboral les afecta gravemente su subsistencia y la estabilidad de su núcleo familiar. Por esa razón, ha concluido que esa medida de discriminación positiva “constituye un avance significativo en la salvaguarda laboral de un cierto grupo de personas y es claro ejemplo de la evolución de las medidas estatales tendientes a compensar la desigualdad y la discriminación en ese ámbito, conforme lo dispone el artículo 13 constitucional.”²⁶

Es así como cuando el amparo versa sobre los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional como consecuencia del estado de debilidad manifiesta en el que se encuentran y de la especial protección que el texto superior les brinda, se pueda hacer un examen menos estricto de las reglas de procedencia²⁷.

Como se vio en el acápite anterior, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, señala 3 grupos de

beneficiarios, a saber: i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores públicos que cumplen con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicios, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de 3 años contados a partir de la promulgación de la ley.

Por su parte, el Decreto 190 de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002, definió en su artículo 1º dichos grupos de la siguiente manera:

“1.3. Madres cabeza de familia sin alternativa económica: 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.

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

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

b) Limitación visual: A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) Limitación física o mental: Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta

los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez”

Lo anterior muestra con claridad que, de acuerdo con las normas generales que reglamentan los beneficios de estabilidad laboral regulados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, los beneficios de la acción afirmativa de estabilidad laboral reforzada se aplican a los servidores públicos con limitación física, mental, visual o auditiva, cuya condición debe demostrarse mediante la calificación médica de la EPS y/o las Juntas Calificadoras correspondientes a la Empresa Promotora de Salud o a la administradora de riesgos profesionales a la que se encuentra afiliado el trabajador.²⁸

1. La protección especial de las mujeres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración administrativa y las condiciones para pertenecer al retén social.

En virtud del derecho a la igualdad la Carta Política de 1991 estableció una protección especial para ciertos sujetos, entre los que se encuentran las mujeres cabeza de familia. Esta salvaguarda es resultado de un trato diferenciado que obliga al Estado a tomar acciones afirmativas para beneficiar a las personas que tienen un alto grado de vulnerabilidad. Por eso, el legislador estableció la política de protección a esta población en los procesos de reestructuración administrativa del Estado, otorgándoles estabilidad laboral reforzada a tal punto que puedan continuar en sus empleos hasta que termine el proceso de liquidación de la entidad, siempre que cumplan con las condiciones fijadas por el legislador y la jurisprudencia.

De esta manera, el artículo 13 de la Constitución Política²⁹ establece la obligación del Estado de propender por la igualdad real y efectiva, así como de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

Este deber es uno de los contenidos del derecho a la igualdad, que implica la promoción y

protección a los desfavorecidos a través del trato diferenciado. La observancia de este cometido constitucional se materializa en las denominadas acciones afirmativas³⁰. Sobre su naturaleza, en la Sentencia C-371 de 2000 la Corte explicó lo siguiente: “con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan³¹, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación³².”

La Carta Política no solo se contenta con consagrar una cláusula abierta en el artículo 13, sino que señala los grupos “destinatarios de las mencionadas acciones, uno de los cuales son las mujeres, específicamente las que sean cabeza de familia”³³. En este sentido el artículo 43 de la Constitución Política indica que “(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Ahora bien, el despliegue de las acciones afirmativas excede en muchas ocasiones la competencia del juez, por eso el primer llamado a intervenir en el diseño y ejecución de las acciones afirmativas es el Legislador, como “órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades”³⁴.

Se reitera que el retén social consiste en que ciertos sujetos tendrán una estabilidad laboral reforzada de modo que se mantendrán en sus cargos hasta que finalice el proceso de liquidación, o se presente la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho procedimiento³⁵. No obstante, la Corte ha advertido que el retén social no es una garantía absoluta, pues cada grupo de beneficiarios debe cumplir unos requisitos básicos para ser protegido con esta figura, además que pueden ser desvinculados de la empresa cuando exista justa causa³⁶.

Así, respecto de la protección de las madres cabeza de familia el legislador aprobó la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial” a la mujer inmersa en dicha condición, el inciso 2° del artículo 2 de dicha norma, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, dispone:

“(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina

de hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica o socialmente, en forma permanente hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

En la misma sentencia³⁸ se estableció que, de acuerdo con el carácter de la acción de tutela, además de la condición de sujeto de especial protección, debe demostrarse que se dio aviso oportuno a la entidad encargada de hacer efectivo el contenido de dicha protección³⁹, esto con el fin de demostrar que se emplearon los medios que el titular tenía a su alcance para buscar el reconocimiento de la garantía iusfundamental.

Sobre estas condiciones la Sala procederá hacer algunas precisiones realizadas en la jurisprudencia:

En primer lugar, esta Corporación ha aclarado que una mujer no deja de ser madre cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad. Deberá constatarse si las mismas se encuentran imposibilitadas para trabajar, tal como ocurre con los hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 que se encuentran estudiando⁴⁰. En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-283 de 2006⁴¹, señaló:“(…) no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el Programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada.” (Subrayado fuera del texto original)

En segundo lugar las Salas de Revisión han aducido que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa per se que una madre asume la condición de ser cabeza de familia. Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones. El desempleo de la pareja no convierte a una madre

en cabeza de familia, ello solo ocurre cuando el compañero se sustrae de manera permanente de sus obligaciones como padre, abandona el hogar, o se encuentra en incapacidad física, síquica, sensorial o mental⁴².

Así mismo, no se soslaya que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. “En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia”⁴³.

En tercer orden, la Sala aclara que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, debido a que esta tipología se adquiere con las circunstancias materiales que la configuran. Una muestra de ello, ocurrió en la sentencia C-034 de 1999, fallo en el que la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia, porque lo esencial son las cuestiones materiales. Por ende, las entidades encargadas de aplicar las normas del retén social no pueden negar su protección o excluir a las madres de dicha salvaguarda con argumentos formalistas. De igual forma, tienen vedado exigir una tarifa probatoria para demostrar la sustracción de las obligaciones alimentarias de sus parejas.

De acuerdo con lo anterior, en los eventos en que una mujer se encuentra protegida por el retén social podrá ser excluida de ese beneficio cuando deje de cumplir los requisitos que se enuncian a continuación: i) que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) que su pareja se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde por incapacidad física, sensorial, síquica o la muerte; y (v) que exista la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. Además, debe demostrarse que se dio aviso oportuno a la entidad encargada de hacer efectivo el contenido de dicha protección⁴⁴.

La permanencia de las trabajadoras en sus empleos se dará hasta que: i) se termine el proceso de liquidación de la institución; ii) pierdan las condiciones establecidas para ser titulares de dicha salvaguarda; o iii) incurran en hechos que funden la terminación del contrato en una justa causa o que constituyan causal de destitución del cargo en el caso de

las empleadas públicas. Las autoridades que aplican las normas del retén social están obligadas a atender las condiciones materiales de la mujer al momento de decidir su inclusión o exclusión del beneficio de esta acción afirmativa. Incluso, los empleadores deben tener la total certeza del incumplimiento de las condiciones para ser madre cabeza de familia con el fin de despedirlas.

1. Análisis del caso

Con base en lo mencionado en el numeral 3 de esta providencia, se tiene que pese a que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para la protección de sus derechos fundamentales, la acción de tutela es procedente, toda vez que esta hace parte del retén social, pues i) la entidad para la cual laboraba fue objeto de reestructuración administrativa, ii) por aducir tener una pérdida de capacidad laboral y iii) ser madre cabeza de familia, es decir, al encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, y en consecuencia se procederá a estudiar si la demandante era beneficiaria de la acción afirmativa de estabilidad reforzada en el empleo.

Incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 190 de 2003 para considerarse a la accionante como persona con limitación física o mental

Como se mencionó en el capítulo 4 de las consideraciones de esta providencia, el Decreto 190 de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002, definió en su artículo 1º los grupos beneficiarios del retén social, y en su parte pertinente a quienes tienen limitaciones físicas o mentales, señala que se considerarán como tales a aquellas personas que sean calificadas con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el 25 % y el 50 %, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Ahora bien, del material probatorio se advierte que la accionante fue calificada el 5 de marzo de 2009 por la ARL POSITIVA con una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje de 16,43 %, por Síndrome de Túnel Carpiano en ambas manos, certificación que obra en su hoja de vida.

Lo anterior muestra con claridad que antes de la desvinculación del empleo y una vez

anunciado el proceso de liquidación del municipio de Toro – Valle, la señora Liliana Amaya Valencia informó a su empleador que, de acuerdo con la calificación de pérdida de capacidad laboral adelantada por la ARL POSITIVA presenta pérdida de capacidad laboral en un 16,43 %.

Sin embargo, esta situación no demuestra la limitación física que la haga sujeto de especial protección del Estado, en los términos de los artículos 1º, 13, 25, 42 y 47 de la Constitución y del Decreto 190 de 2003 y por consiguiente, beneficiaria de la acción afirmativa que garantice su estabilidad laboral, pues su calificación no se encuentra dentro del rango establecido para ello, esto es entre el 25 % y 50 %.

De los requisitos de la accionante para considerarse madre cabeza de familia

A continuación, pasa la Sala al estudio de las condiciones de la señora Amaya Valencia para determinar si debe ser beneficiaria de la protección prevista para madres cabeza de familia en eventos de reestructuración administrativa.

En el presente caso se aprecia que la accionante se encuentra a cargo de su hija menor de edad y que, según manifiesta, el padre de la menor se ha sustraído del cumplimiento de las obligaciones derivadas de su crianza, tan es así que inició proceso de privación de patria potestad en el que esta se le quitó al padre de la menor mediante fallo del 9 de octubre de 2007 y no le asignó cuota de alimentos, por lo que sobre la accionante recae la responsabilidad exclusiva a este respecto. Asimismo, se observa que dicha situación fue puesta en conocimiento del municipio accionado el 22 de febrero de 2012, es decir, mucho tiempo antes de haberse iniciado el proceso de reestructuración administrativa al interior de la entidad.

Este escenario lleva a la conclusión que se cumplen los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que sea reconocida la condición de madre cabeza de familia y, por consiguiente, para que sea otorgada la protección que de ella deriva.

Ahora bien, pese a la anterior situación, se advierte que, tal como lo informó la accionada en

la contestación de la tutela, el reintegro de la accionante al cargo que desempeñaba como Inspectora de Policía en el municipio de Toro – Valle se torna imposible, pues en la entidad reestructurada no existe un cargo igual o equivalente al que la tutelante desempeñaba, pues como se plasmó en el estudio y recomendaciones de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, era viable la supresión del cargo de la misma toda vez que: i) de acuerdo con la ley y los reglamentos se ha restringido la competencia de los Inspectores de Policía a tal punto que solo conocen de contravenciones de policía; ii) la mayoría de procesos que conocen los Inspectores deben ser resueltos por el Alcalde Municipal; iii) por la baja carga laboral de los Inspectores de Policía, sus funciones pueden ser ejercidas por el Comisario de Familia; y, iv) se aspira a que los temas de tránsito se ejecuten a través de convenio con una Secretaría que cumpla esta misión en un municipio cercano.

Por otra parte, es importante recalcar que tal como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, la tutelante solicitó al municipio accionado que fuera reubicada en un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, sin embargo, este respondió que no existía un cargo de tales características en la nueva planta creada. Asimismo, el municipio le indicó el procedimiento que debía llevar a cabo ante la Comisión de Personal de la entidad y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en primera y segunda instancia respectivamente, en caso de querer hacer valer su derecho preferencial a ser incorporada en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal, de conformidad con los artículos 28 y siguientes del Decreto 760 de 2005, procedimiento que no llevó a cabo la señora Liliana Amaya.

Así las cosas, en la parte resolutive de esta providencia, se revocará el fallo proferido el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago – Valle, mediante el cual declaró improcedente la acción interpuesta, para en su lugar negar la tutela, por las razones expuestas en precedencia.

III. DECISIÓN

La Sala reitera que la permanencia en la entidad objeto de reestructuración o liquidación de los sujetos de especial protección que pertenecen al retén social, está sujeta, entre otros aspectos, a la terminación del proceso de liquidación de la institución.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago - Valle 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se declaró improcedente el amparo solicitado y en su lugar se NIEGA la tutela interpuesta.

Segundo.- ORDENAR al municipio de Toro - Valle, si aún no lo ha hecho, pagar a la señora Liliana Amaya Valencia la indemnización de que trata el artículo 40 de la Ley 909 de 2004.

Tercero.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de primera instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

Referencia: Aclaración y corrección de oficio de la Sentencia T-420 de 2017.

Expediente T-6.036.012. Acción de tutela instaurada por Liliana Amaya Valencia contra el

municipio de Toro – Valle del Cauca.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

ANTECEDENTES

1. Mediante Sentencia T-420 de 2017, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional denegó el amparo interpuesto por la señora Liliana Amaya Valencia contra la Alcaldía de Toro – Valle del Cauca. La Sala concluyó que a pesar de que se encontraba en una condición de madre cabeza de familia, no procedía la protección de estabilidad laboral reforzada para el cargo que estaba desempeñando como Inspectora de Policía y Tránsito Grado 303, en propiedad, en razón a que (i) no cumplía con una pérdida de capacidad laboral entre el 25 % y 50 % que la hiciera beneficiaria de la protección establecida en los artículos 1º, 13, 25, 42 y 47 de la Constitución y del Decreto 190 de 2003; y (ii) el reintegro de la accionante al cargo que desempeñaba era imposible dado que en la reestructuración de la entidad no existía un cargo igual o equivalente al que desempeñaba.

Con base en estos hallazgos, la Sala procedió a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004,⁴⁵ en la cual se establece que “los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia, de la (...) reestructuración, supresión (...), organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.” (Énfasis de la Sala).

Dando aplicación a esta normativa al caso concreto, la Sala de Revisión ordenó al municipio de Toro – Valle, pagar a la señora Liliana Amaya Valencia la indemnización de que trata el artículo 40 (quiso decir 44) de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

“Por otra parte, es importante recalcar que tal como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, la tutelante solicitó al municipio accionado que fuera reubicada en un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, sin embargo, este respondió que no existía un cargo de tales características en la nueva planta creada. Asimismo, el municipio le indicó el procedimiento que debía llevar a cabo ante la Comisión de Personal de la entidad y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en primera y segunda instancia respectivamente, en caso de querer hacer valer su derecho preferencial a ser incorporada en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal, de conformidad con los artículos 28 y siguientes del Decreto 760 de 2005, procedimiento que no llevó a cabo la señora Liliana Amaya.

Así las cosas y en consonancia con el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, según el cual, los empleados de carrera administrativa, en caso de supresión del cargo en procesos de reestructuración de la Administración, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal y de no ser posible recibirán una indemnización, se advierte que la accionante tiene derecho a que se le pague la indemnización mencionada; por lo tanto, se ordenará al municipio de Toro - Valle, si aún no lo ha hecho, pagar a la señora Liliana Amaya Valencia la indemnización de que trata el artículo 40 de la Ley 909 de 2004.”

1. Mediante escrito allegado al despacho de la Magistrada Sustanciadora el pasado 20 de octubre de 2017, el Alcalde Municipal de Toro - Valle del Cauca, puso de presente que el apoderado de la accionante solicitó el cumplimiento de la Sentencia T-420 de 2017 y manifestó que no renunciaría a su intención de continuar con el trámite administrativo que inició ante la Comisión Nacional del Servicio Civil con el fin de incorporar a la accionante a la planta de cargos del Municipio, como tampoco renunciaría al trámite judicial de nulidad y restablecimiento del derecho con el mismo objeto.

La autoridad municipal señaló que el actuar del apoderado judicial de la señora Amaya Valencia era contrario a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, pues ésta establece “el derecho al empleado de carrera de optar o por la indemnización o por la incorporación al cargo, en ningún caso por las dos”. Por tanto, manifestó que era esencial aclarar la orden proferida en la Sentencia T-420 de 2017, “dado que el artículo invocado no corresponde al señalado en la

ley” y establecer el alcance de la providencia emitida por la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia “podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”. La Corte ha establecido al respecto que “la posibilidad de aclarar una providencia depende de la existencia una razón objetiva de duda que impida el entendimiento de la misma, siempre que tal perplejidad repercuta en la parte resolutive del fallo, o en la parte motiva cuando de manera directa esta última influya sobre la decisión adoptada”.⁴⁶

1. Por su parte, el artículo 286 del Código General del Proceso establece que “Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto (...) Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.

1. La jurisprudencia de esta Corte ha interpretado esta disposición normativa para proceder a corregir sus sentencias cuando el error en el que se incurrió es esencial para determinar los efectos de la decisión. Al respecto ha establecido que “en razón de la intangibilidad de las decisiones judiciales y del principio de cosa juzgada, por regla general no son viables las solicitudes de corrección de sentencias, sino en cuanto se trate de errores evidentes e incontrovertibles de tipo aritmético, sintáctico o semántico que se encuentren en la parte resolutive del fallo o en la parte motiva que tenga una repercusión directa en el contenido de la providencia judicial”.⁴⁷

1. En esta ocasión la Sala corregirá y aclarará de oficio las cuestiones que están generando controversia para dar cumplimiento a la Sentencia T-420 de 2017, por considerar que se trata de un evento que amerita una decisión de fondo, sobre el cual depende la adecuada destinación de dineros públicos y ante un inminente incidente de desacato contra la Alcaldía Municipal de Toro – Valle del Cauca.

1. Lo primero que debe precisarse, es que tanto los considerandos de la sentencia, concretamente los vertidos en el título 6 sobre el análisis del “Caso concreto” de la señora Liliana Amaya Valencia, como el numeral segundo de la parte resolutive, hacen referencia específica a la norma contemplada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y no al artículo 40, erróneamente citado. Esto se puede deducir del mismo párrafo de las consideraciones en el que se afirmó:

“Así las cosas y en consonancia con el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, según el cual, los empleados de carrera administrativa, en caso de supresión del cargo en procesos de reestructuración de la Administración, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal y de no ser posible recibirán una indemnización, se advierte que la accionante tiene derecho a que se le pague la indemnización mencionada; por lo tanto, se ordenará al municipio de Toro – Valle, si aún no lo ha hecho, pagar a la señora Liliana Amaya Valencia la indemnización de que trata el artículo 40 de la Ley 909 de 2004”.

Se puede apreciar que el contenido de este considerando es idéntico a lo establecido en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004,⁴⁸ y no a lo consagrado en el artículo 40,⁴⁹ el cual no es aplicable al caso concreto.

1. En segundo lugar, es preciso señalar que la Sala de Revisión ordenó el pago de la indemnización conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004. Con fundamento en esta norma los empleados públicos de carrera administrativa que estén en una situación como la de la accionante, tienen el derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible, podrán optar

por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

Dado el material probatorio en sede de Revisión, la Sala encontró que no era posible incorporar a la actora a la nueva planta de personal de la entidad demandada, y por esto, procedió a ordenar el pago de la indemnización. La norma es clara al establecer que pretender la incorporación a la planta de personal o a un empleo igual o equivalente y pretender la indemnización, son objetos excluyentes. Al optar por la incorporación, se renuncia a la indemnización; y al optar por la indemnización se renuncia a pretender la incorporación. En ese sentido, la accionante tiene el derecho de optar por la indemnización ordenada, con las consecuencias que se deriven de su aceptación en las instancias judiciales que adelanta. Si la rechazara, no podría implicar un incumplimiento por parte de la Alcaldía de las órdenes impartidas en la sentencia de tutela.

Por las razones anteriores, la suscrita magistrada, por medio del presente auto,

RESUELVE:

Primero.- CORREGIR la parte considerativa y resolutive de la Sentencia T-420 de 2017 en el sentido de que el artículo aplicable al caso que se analizó es el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

Segundo.- En consecuencia, CORREGIR el numeral segundo de la parte resolutive de la Sentencia T-420 de 2017, el cual quedará así:

“Segundo.- ORDENAR al municipio de Toro – Valle, si aún no lo ha hecho, pagar a la señora Liliana Amaya Valencia la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004”

Tercero.- COMUNICAR a las partes de la sentencia de la referencia que, de acuerdo con el contenido del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, es un derecho de la accionante optar por alguna de las dos alternativas que presenta la disposición sin que sean acumulativas, tal como se precisó en la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto.- COMUNICAR, a través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, la presente providencia a la accionante Liliana Amaya Valencia y a la entidad accionada, la

Alcaldía Municipal Toro – Valle del Cauca. Para el efecto, se remitirá copia íntegra del auto.

Quinto.- COMUNICAR, a través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, la presente providencia al Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartago – Valle, por ser la autoridad judicial competente de dar cumplimiento a la sentencia T-420 de 2017, conforme a los artículos 27 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Para el efecto, se remitirá copia íntegra del auto.

Comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Folio 26, expediente 2.

2 Artículo 46. Reformas de plantas de personal. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional. Toda modificación a las plantas de

personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

3 Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

Parágrafo 1º. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas. Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

4 Folio 15, expediente 1.

5 Folios 16 y 17, expediente 1.

6 Folios 47 y 48, expediente 2.

7 Folio 112-118, expediente 2.

8 Folio 32, expediente 2.

9 Folio 270, expediente 2

10 Folio 33, expediente 2.

11 Folios 42 y 43, expediente 2.

12 Folios 76 – 79, expediente 1.

13 Folios 80-84, expediente 1.

14 Folio 147, expediente 1.

15 Ver Sentencias T-099 de 2008, T-1268 de 2005, T-480 de 1993 y T-106 de 1993.

16 Sentencias T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. Puntualmente en la Sentencia T-1268 de 2005, la Corte sostuvo: “Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto”.

17 Sentencia T-623 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

18 Plan Nacional de desarrollo 2003 – 2007 camino a un estado comunitario, gobierno Uribe.

19 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 Sentencias T-692 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 Ver sentencias T-178 de 2009, T-768 de 2005 y T-514 de 2003, entre otras.

22 Sentencia T-178 de 2009.

23 Ver sentencias T-1239 de 2008, T-989 de 2008 y T-009 de 2008, entre otras.

25 Sentencias C-991 de 2004, T-1239 de 2008, T-261 de 2010, T-623 de 2011, entre otras.

26 Sentencia C-677 de 2006.

27 Sentencia T-456 de 2004: “(...) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”. En igual sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-238 de 2009, T-180 de 2009, T-515A de 2006 y T-789 de 2003.

28 Sentencia T-1031/06 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

29 La norma en comento establece: “(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. ¶ El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

30 Sentencias T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-174 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-044 de 2004 M.P. Jaime Araujo Renteria, C-184 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-500 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

31 Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación Inversa e Igualdad”, en Amelia Varcárcel (compiladora), El Concepto de Igualdad, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

32 Greenwalt Kent. “Discrimination and Reverse Discrimination.” New York: Alfred A. Knopf. 1983. Citado en: Michel Rosenfeld. Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry. Yale University Press. New York. 1991.

33 Sentencia T-827 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

34 Sentencias T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

35 Sentencias C-184 de 2003 (marzo 4), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-964 de 2003 (octubre 21), M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-044 de 2004 (enero 27), M. P. Jaime Araujo Rentería y T-646 de 2006 (agosto 8), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

36 Sentencia T-261 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

37 Sentencia SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

38 Sentencia SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

39 Aspecto que ha sido reiterado de forma uniforme por la jurisprudencia de las Salas de Revisión, entre cuya jurisprudencia cabe resaltar la sentencia C-231 de 2006 y T849 de 2010.

40 Sentencias T-827 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

41 M.P. Rodrigo Escobar Gil

42 Sentencias T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

43 Sentencias T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

44 Aspecto que ha sido reiterado de forma uniforme por la jurisprudencia de las Salas de Revisión, entre cuya jurisprudencia cabe resaltar la sentencia C-231 de 2006 y T849 de 2010.

45 Cuya referencia en la parte considerativa y resolutive de la providencia se hizo con el número 40.

46 Corte Constitucional, Auto 025 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Reitera lo establecido en el Auto 082 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla), Auto 058 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis) y Auto 004 de 2000 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

47 Corte Constitucional, Auto 072 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

48 “Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. (...)”

49 “Artículo 40. Instrumentos de evaluación. De acuerdo con los criterios establecidos en esta ley y en las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las entidades desarrollarán sus sistemas de evaluación del desempeño y los presentarán para aprobación de esta Comisión.

Es responsabilidad del jefe de cada organismo la adopción de un sistema de evaluación acorde con los criterios legalmente establecidos. No adoptarlo o no ajustarse a tales criterios constituye falta disciplinaria grave para el directivo responsable.

La Comisión Nacional del Servicio Civil desarrollará un sistema de evaluación del desempeño como sistema tipo, que deberá ser adoptado por las entidades mientras desarrollan sus propios sistemas.”