

Sentencia T-451/07

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Especial protección laboral

CARRERA ADMINISTRATIVA-Méritos

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regulación/CARRERA ADMINISTRATIVA-Requisitos para retiro del servicio en empleo de carrera

CARRERA ADMINISTRATIVA-Causal de procedencia del retiro

Referencia: expediente T-1546546

Acción de tutela instaurada por Deyana Benítez Valeth contra el Municipio de Córdoba (B.)

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007).

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 su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Jueces Promiscuo Municipal de Córdoba (Bolívar) y Promiscuo del Circuito de Carmen de Bolívar, dentro de la acción de tutela instaurada por Deyana Benítez Valeth contra el municipio de Córdoba.

I. ANTECEDENTES

La accionante reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la especial protección y asistencia de que gozan las mujeres durante el embarazo y después del parto, porque fue declarada insubsistente, sin consideración a su condición de madre cabeza de familia de un recién nacido.

1. Hechos

Según las pruebas allegadas al expediente, se pueden tener como ciertos los siguientes hechos:

1. El día 21 de junio de 2006 Saludcoop EPS le otorgó a la señora Deyana Benítez Valeth licencia de maternidad, hasta el 12 de septiembre de la misma anualidad.

1. El día 6 de octubre de 2006, el Secretario del Interior y Jefe de Relaciones Personales de la Alcaldía Municipal de Córdoba, le notificó a la actora que mediante Decreto No. 260 de la fecha, “ha sido declarada insubsistente en el cargo por el cual fue posesionada como Secretaria Auxiliar en la Inspección Central y luego trasladada provisionalmente a la Secretaría de Planeación y Obras Públicas, a partir de la fecha”.

2. Pruebas

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopia de la liquidación de prestaciones económicas, fechada el 19 de julio de 2006, que da cuenta de la licencia por maternidad, expedida por Saludcoop EPS a nombre de la señora Deyana Benítez Valeth.

-Fotocopia del Decreto No. 260, expedido por el Alcalde del municipio de Córdoba, el 6 de octubre de 2006, por medio del cual se declara insubsistente a la señora Benítez Valeth “quien fue posesionada en el cargo de SECRETARÍA AUXILIAR EN LA INSPECCIÓN CENTRAL y luego trasladada provisionalmente a la Secretaria de Planeación y Obras Públicas (..)”.

Para el efecto, consideró el funcionario:

“Qué la administración de Córdoba Bolívar, necesita desarrollar un programa del desarrollo de la Gobernabilidad y la ejecución de planes y proyectos en el orden municipal.

Que dentro de estos planteamientos se hace necesario realizar unos cambios dentro del rol

administrativo municipal de funcionarios de libre nombramiento y remoción en concordancia con la ley 909 de 2004 capítulo segundo -clasificación de los empleos públicos- artículo quinto.

Que es deber del Alcalde velar por la buena marcha de la administración”.

-Fotocopia de la comunicación del 6 de octubre de 2006, suscrita por el Secretario del Interior y Jefe de Relaciones Personales de la Alcaldía de Córdoba, recibida por la actora el día antes señalado, para comunicarle a la misma la declaración de insubsistencia.

3. La demanda

La señora Deyana Benítez Valeth instaaura acción de tutela en contra del Municipio de Córdoba (B.), con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales, porque fue declarada insubsistente, sin tener en cuenta la especial protección constitucional de que gozan las mujeres en estado de embarazo y después del parto.

Manifiesta la actora que a partir del 1° de septiembre de 2004 ejerció el cargo de Secretaría de la Inspección Central de Policía del municipio accionado, “hasta el 6 de septiembre del 2006 (sic), que me declararon insubsistente”.

Señala que desde el 21 de junio de 2006 y hasta el 12 de septiembre del mismo año, disfrutó de licencia de maternidad, concedida por Saludcoop E.P.S.

Afirma que tan pronto como conoció que sería declarada insubsistente le recordó al señor Alcalde sus derechos, con el fin de que no se hiciera efectivo el despido, señalando que “en estos momentos no me podían sacar porque estaba en periodo de lactancia” y que el funcionario le manifestó que “el caso mío estaba en consulta pero que si le decían que me podía sacar lo hacía porque estaba en un proceso político y tenía que ayudar a su gente”.

Señala que “el día viernes 6 de septiembre (sic)” tan pronto como fue notificada de la declaración de insubsistencia, “subí a hablar con el secretario del Interior señor RODOLFO EZPELETA, ya que el Alcalde no se encontraba y le manifesté que en estos momentos no me podían despedir, le mostré unas consultas que había hecho por Internet y me dijo que ellos habían consultado con sus asesores y si lo podía hacer, que además él tenía una prima que incluso la despidieron estando embarazada y eso no quedó en nada, le dije que me diera un

motivo por el cual me despedían, por que (sic) a nadie pueden despedir de su trabajo sin una causa justificada y me respondió que entendiera que estábamos en un proceso político y tenían que ayudar a su gente, tal como me lo había dicho el señor alcalde (sic) (..)".

Sostiene que es madre cabeza de hogar, que no convive con el padre de su hijo, que el pequeño tiene solo tres meses de edad y ha padecido varios quebrantos de salud, toda vez que "sufrió infección urinaria y posteriormente le dio Bronquiolitis", razón por la cual debe permanecer en chequeos médicos permanentes.

Para concluir afirma que "no tengo recursos económicos, quedamos desamparados en cuestión de salud, [a]demás subsistíamos económicamente de la asignación salarial que recibía a cambio de los servicios prestados".

En consecuencia solicita le sean tutelados sus derechos fundamentales y se le ordene a la entidad accionada la "reintegre al cargo que venía desempeñando, debido a que mi despido fue injustificado y por encontrarme en periodo de lactancia".

4. Respuesta de la entidad accionada

Mediante Oficio 097 del 13 de octubre de 2006, el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Córdoba-Bolívar notificó al Alcalde del municipio la admisión de la acción de tutela de la referencia y le concedió el término de dos días para su intervención, los cuales transcurrieron en silencio.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Fallo de primera instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba (Bolívar), en sentencia del 31 de octubre del 2006, concede el amparo de tutela promovido por la señora Deyana Benítez Valeth contra el Municipio, por considerar que "su despido de la Inspección Central de Policía de Córdoba Bolívar, donde se desempeñaba como secretaria, se produjo con violación a los derechos fundamentales señalados, sin tenerse en cuenta en lo más mínimo, las consecuencias de un despido en esas condiciones, de una mujer en estado de gravidez, debidamente amparado por la Constitución Política".

Destaca el fallador de instancia, que, además del derecho a la estabilidad laboral reforzada, en razón de su maternidad, la actora “en su condición de Madre cabeza de familia y (..) en las condiciones en que queda el recién nacido” tiene derecho a una protección especial, toda vez que “los derechos de los niños prevalezcan sobre todos los de los demás,” particularmente “durante el primer año de vida”.

1. Impugnación

En memorial allegado al expediente de tutela, el Alcalde del Municipio accionado impugna la decisión.

Destaca el funcionario que la señora Deyana Benítez Valeth no demuestra los hechos en los que sustenta su pretensión de amparo, comoquiera que afirma haber sido declarada “insubsistente el día seis (6) del mes de septiembre del año 2006”, en tanto el Decreto se profirió el “6 de octubre del año 2006”.

Manifiesta que si la desvinculación se hubiera realizado en la fecha señalada por la accionante “se estaría efectivamente violando la estabilidad laboral reforzada por el embarazo y la licencia de maternidad y la lactancia”, pero dado que la señora Benítez Valeth fue declarada insubsistente el día 6 de octubre del 2006, “ya se le había vencido la licencia de maternidad y lactancia en consideración, a que entró a gozar de la misma el día seis (6) del mes de junio del año 2006 (sic), por lo que al sacar la cuenta hasta la fecha de la desvinculación real (..), habrían transcurrido cuatro meses, es decir, un mes más del señalado en la ley como periodo de refuerzo de la estabilidad laboral”.

Señala, además, que “la accionante no probó sumariamente, sus situaciones personales expuestas”, de igual manera considera que el despacho desconoció que si bien la actora “había sido posesionada como Secretaria Auxiliar en la Inspección Central, había sido luego trasladada en provisionalidad a la Secretaria de Planeación y Obras Públicas (...), se tenía que ella era una empleada en provisionalidad, además, de ser de libre nombramiento y remoción, lo cual facultaba a la administración para que en cualquier momento, fuera del periodo de estabilidad reforzada por el embarazo, maternidad y lactancia pudiese ser desvinculada”.

Resalta que dada la calidad de empleada pública de la actora, su derecho a la estabilidad reforzada por maternidad y lactancia se rige por “(..) los artículos 21 del decreto 3135 de 1968 y 39, 40 del decreto 1848 de 1969, textos normativos en los cuales se consagra la prohibición de despido pero en todo caso, durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, situación que no es presentada en el caso de la señora Deyana Benítez, quien fue desvinculada a los cuatro meses después del parto, es decir, un mes fuera del término consagrado en los artículos señalados”.

Para concluir el funcionario destaca que la actora manifestó que “fue desvinculada por razones políticas (...) con lo cual se desvirtuaría entonces, que la motivación del despido no sería el embarazo, la maternidad y la lactancia(...) con lo cual no quiere decir que esta situación sea cierta”.

Finalmente sostiene que la señora Benítez Valeth puede acudir “ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con lo cual se hacía improcedente el mecanismo de acción de tutela”.

5.3 Fallo de segunda instancia

El Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar, mediante providencia del 18 de enero de 2007, revoca la decisión proferida el 31 de octubre anterior, con base en que “la declaratoria de insubsistencia de la accionante fue declarada conforme a los parámetros legales que rigen y que protegen a la mujer embarazada antes y después del parto, habida cuenta que el despido fue realizado por fuera del tiempo en que dicha funcionaria gozaba del tiempo del fuero de maternidad y lactancia.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de 23 de febrero de 2007, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala resolver si el Alcalde del municipio de Córdoba (Bolívar), en cuanto declaró a la actora insubsistente del cargo de Secretaria Auxiliar en la Inspección Central, que la misma ocupaba provisionalmente, habiendo sido trasladada de la Secretaría Auxiliar de la Inspección Central, vulneró sus derechos fundamentales.

Ahora bien, el Juez Promiscuo del Circuito del Carmen Bolívar revoca la decisión que concede el amparo, al considerar que la declaración de insubsistencia a que se hace mención se adecua a los parámetros legales que rigen las designaciones de las empleadas públicas en provisionalidad, habida cuenta que, para entonces, la licencia de maternidad concedida a la actora había concluido y con ella su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

No obstante, el artículo 123 de la Carta Política dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y el artículo 125 del mismo ordenamiento determina que el retiro de dichos cargos se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por violación del régimen disciplinario, de manera que esta Sala habrá de reiterar la jurisprudencia de esta Corte relacionada con el derecho de los empleados públicos a la estabilidad, salvo las excepciones previstas en la Constitución y en la ley, pero, previamente, dada el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, se deberá analizar la procedencia de la acción.

3. Consideraciones preliminares

3.1 Procedencia de la acción

El artículo 43 constitucional dispone que el Estado apoyará especialmente a la mujer cabeza de familia y el artículo 50 del mismo ordenamiento sujeta a todo niño menor de un año a la protección especial del Estado.

Indica al respecto la jurisprudencia constitucional:

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro

del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44).”¹.

Señala la jurisprudencia de esta Corte, además, que las previsiones constitucionales dirigidas a proteger especialmente a las mujeres cabeza de familia obligan a las autoridades públicas a adoptar y a llevar a la práctica medidas que realicen efectivamente el amparo constitucional a que se hace mención, de manera que la mujer cuente con una asistencia amplia y en todos los órdenes, mientras responda por la congrua subsistencia de hijos menores, de personas discapacitadas o de personas de la tercera edad² –artículos 9°, 42, 44, 50 y 93 C.P. 10 y 11 PDSEC y 13 y 14 PSS-3.

La Ley 82 de 1993⁴ desarrolla las disposiciones constitucionales en mención, “desde el momento en que ocurra el mismo evento”, en el entendido de que la protección comprende a “quien siendo soltera o casada, 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 ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”⁵ –se destaca-.

En armonía con lo expuesto la Ley 790 de 2002 dispone que las madres cabeza de familia sin alternativa económica, “no podrán ser retirad[a]s del servicio”⁶.

Quiere decir, entonces, que la protección que el ordenamiento constitucional confiere a las servidoras públicas, cabeza de familia, sin alternativa económica, comporta su derecho a permanecer en el empleo. También la Ley 82 de 1993 facilita el ingreso de las mujeres cabeza de hogar y el de sus hijos, bajo condiciones especiales, a la seguridad social, a los establecimientos de educación primaria y secundaria, a textos escolares, a servicios bibliotecarios y auxilios educativos, a programas de vivienda, a procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios, a la capacitación, el desarrollo de microempresas y las líneas especiales de crédito.

Sostiene la jurisprudencia constitucional, además, que el incumplimiento de las normas constitucionales y legales relacionadas con la protección especial a la que tienen derecho las mujeres cabeza de hogar constituye “un acto de discriminación y una tremenda injusticia”⁷, que permite la intervención del juez de amparo, con el fin de asegurar el respeto real y efectivo de las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso, que instan a los Estados Partes a dotar a los asociados de recursos sencillos y eficaces para la protección de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, se podría afirmar que la actora puede promover acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Decreto 260 de 2006, proferido por el Alcalde del municipio de Córdoba para declarar insubsistente, empero la señora Benítez Valeth denuncia una situación apremiante que requiere de medidas urgentes que corresponde tomar al juez de amparo, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo para pronunciarse sobre la legalidad del acto de despido y el derecho de la actora a las indemnizaciones del caso.

De manera que como la señora Deyana Benítez Valeth, no cuenta con alternativa económica que le permita responder por su hijo menor de un año y sus afirmaciones no fueron contradichas, es claro que la acción que se revisa es procedente, toda vez que el artículo 43 de la Carta Política establece un apoyo especial para las mujeres que responden por hijos menores y el artículo 86 de la Carta Política confiere a los jueces de amparo competencia para emitir órdenes de inmediato cumplimiento, entre otros aspectos, dirigidas a “compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia y (..) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad”⁸.

3.2 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera

En armonía con el Capítulo II del Título V de la Carta Política, relativo a la Función Pública, esta Corte haya señalado que el ordenamiento constitucional funda el acceso y la permanencia en el poder público en el mérito y las calidades personales⁹, no sólo porque así lo indica el artículo 123 constitucional, sino en razón de que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad, imparcialidad y publicidad”¹⁰.

Quiere decir entonces que la selección de los ciudadanos que demuestren mayores

capacidades para participar en el ejercicio y control político y las decisiones sobre su permanencia y promoción, basadas únicamente en los méritos y en las calidades personales, realizan los principios orientadores de la función pública en cuanto garantizan eficacia en el desempeño y el derecho de los ciudadanos a acceder a los cargos y entidades del Estado, en igualdad de condiciones -artículos 40 y 209 C.P.-.

Dispone el artículo 123 constitucional que los cargos en los empleos públicos son de carrera, excepto los de elección popular, libre nombramiento y remoción de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, señala la norma, además, que el retiro de los cargos de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la constitución y en la ley.

El artículo 5º de la Ley 909 de 2004¹¹, en desarrollo de la normativa constitucional a que se hace mención, relaciona los empleos en los órganos y entidades del Estado que no son de carrera.

Dispone la norma, en lo que tiene que ver con los empleos en las entidades territoriales:

“CAPITULO II.

CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS.

ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(..)

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado¹².

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces¹³.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(..)

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas

Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales¹⁴;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”¹⁵

Ahora bien, al resolver sobre la inconstitucionalidad de algunos apartes del artículo 1° de la Ley 61 de 1987, porque al decir del ciudadano demandante la norma daba distinto tratamiento a cargos del nivel territorial en materia de carrera administrativa, esta Corte consideró indispensable poner de presente que no resulta posible establecer equivalencias, en aras de excluir cargos de la estabilidad prevista en el artículo 125 de la Carta, con base en la denominación de los mismos; pero que no existe razón valedera para que el legislador excluya del régimen de carrera a nivel territorial, empleos cuyas funciones i) no tienen que ver con “la adopción de actuaciones primordiales dentro de la función pública” o “el señalamiento de directrices generales”, ii) “ni se ubican en la más alta jerarquía dentro de la estructura organizativa de las entidades territoriales” y iii) “tampoco exigen la especial confianza que entraña el carácter de *intuitu personae*.”¹⁶

Señala la decisión:

“Con arreglo a los mismos criterios que entonces tuvo en cuenta la Corte, debe procederse ahora al análisis de los apartes acusados del artículo 4o. de la Ley 27 de 1992, con miras a determinar si la distinción entre los trabajadores que, para el nivel territorial, efectuó el legislador se aviene o no al principio de igualdad, independientemente de la coincidencia en la denominación de los empleos.

Estima la Corporación en relación con los empleos acusados del numeral 1o. del artículo 4o. de la Ley 27 de 1992, en atención a su naturaleza y en perfecta armonía con los criterios expuestos, no existe fundamento valedero para incluir como cargos de libre nombramiento y remoción los de Jefes de Oficina, de Sección, de División, de Departamento y de Dependencia que tengan un nivel igual o superior a Jefe de Sección, toda vez que el desempeño de estos cargos no comporta la adopción de actuaciones primordiales dentro de la función pública, con carácter definitivo o el señalamiento de directrices generales, ni se ubican en la más alta

jerarquía dentro de la estructura organizativa de las entidades territoriales y tampoco exigen la especial confianza que entraña el carácter de *intuitu personae*, cuyos motivos indican claramente que no hay razón para excluirlos de la garantía de estabilidad que el artículo 125 superior reconoce a los trabajadores del Estado, puesto que siendo por completo compatibles con el sistema de carrera, nada explica ni justifica que se les someta a las reglas propias del empleado de libre nombramiento y remoción.

Iguals apreciaciones a las aquí expuestas, sirven para sustentar la inconstitucionalidad de la inclusión de los cargos de Jefe de Departamento, de División o de Dependencia que tenga un nivel igual o superior a Jefe de Sección que hace el numeral segundo del artículo cuestionado, empleos que, por acomodarse al régimen de carrera administrativa, no ameritan la discriminación señalada para considerarlas como cargos de libre nombramiento y remoción”.

Esta Sala concluye, entonces, que los cargos de Secretarías en la Inspección de Policía y en la oficina de Planeación y Obras Públicas en el municipio de Córdoba, departamento de Bolívar, son de carrera y por consiguiente los funcionarios que los ocupaban tienen derecho a permanecer en ellos, atendiendo sus méritos y calidades, como lo dispone el artículo 125 de la Carta Política.

Lo anterior i) porque, como quedó explicado, los empleos en las entidades u órganos del Estado son de carrera salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley, fundadas en el carácter directivo del empleo y en la confianza y manejo de las funciones encomendadas y ii) en razón de que los servidores que realizan actividades operativas, entre ellas las que tienen que ver con las labores secretariales en las oficinas públicas, no responden por el desarrollo de directrices y planes institucionales, ni desempeñan funciones indelegables en razón de sus condiciones personales.

3.3 El retiro de los empleos de carrera, deberá efectuarse mediante acto motivado

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa. Señala la norma, en lo que tiene que ver con el retiro de los cargos de carrera administrativa:

“(..)

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa¹⁷;

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez “en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”¹⁸.

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

“en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio”¹⁹”.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado²⁰”.

Se explica, entonces, porqué esta Corte tiene definido que la decisión de retirar al servidor que ocupa un cargo de carrera debe motivarse, de manera objetiva, racional y proporcional, acorde con las finalidades del servicio que el nominador pretende satisfacer, dado que el mandato constitucional que indica cómo proceder para efectos de prescindir de los servicios de quien ocupa un cargo de carrera se inspira en la estabilidad, fundada en “el desempeño satisfactorio del empleo y en el acatamiento a las normas disciplinarias ²¹”.

Pero la motivación del acto a que se hace mención, en cuanto afecta situaciones individuales, no tiene que ver únicamente con la sujeción a los principios que rigen la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, sino también con el respeto de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y a la garantía constitucional del debido proceso del afectado, razón por la cual, en cumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 2°, 6°, 13, 29 y 53 constitucionales, todo acto de despido deberá contener cuando menos “la expresión de dichos motivos y la precisión de los fundamentos de derecho que respaldan la voluntad de la Administración al expedirlo” ²².

Señala al respecto la providencia que se trae a colación:

“De conformidad con los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos que contienen decisiones, que afectan a los particulares y los que resuelven los recursos previstos en la vía gubernativa, deben motivarse, los primeros al menos en forma sumaria y los segundos con los fundamentos de hecho y de derecho, y los de conveniencia si fuere el caso. Los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural de los mismos y es por ello que su ausencia o su falsedad, genera la nulidad del acto. La motivación del acto administrativo ha de entenderse como la expresión de dichos motivos y la precisión de los fundamentos de derecho que respaldan la voluntad de la Administración al expedirlo.

La obligación para la Administración, de motivar sus decisiones constituye un mecanismo de protección jurídica del administrado enfrente a las prerrogativas del poder público, que se concretan en los atributos de los actos administrativos, que son obligatorios y se ejecutan de

oficio por la autoridad que los expide. Así el particular, a través del conocimiento de la causa que originó la decisión que lo afecta y de sus fundamentos de derecho, tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, y eventualmente, el juez administrativo podrá establecer si los motivos que expresa la administración fueron reales y ciertos, y si la autoridad que expidió el acto se ajustó a derecho²³”.

De manera que si se pretende declarar insubsistente a quien ocupa un cargo de carrera, arguyendo razones del buen servicio, el nominador tiene que “efectuar un juicio sobre la conducta del funcionario y referir dicho juicio al incumplimiento de sus deberes funcionales, no sólo en el ámbito previsto en la Ley 909 de 2004, sino también en el ámbito disciplinario”.

Por ello esta Corte, en cuanto el numeral c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el Parágrafo 1 de la misma disposición, establecían el retiro “Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada”, resolvió declarar inexecutable “las normas acusadas puesto que éstas permiten que la sanción de retiro sea impuesta sin el lleno de las garantías para el funcionario de carrera”.

Señala la providencia:

“Sin embargo, les asiste la razón a los demandantes al considerar que la causal cuestionada tiene claras connotaciones disciplinarias. Como se demostró en la sección anterior de esta sentencia, al leer conjuntamente el literal c) y el parágrafo que define “mal servicio”, se concluye que la causal de retiro por razones del buen servicio equivale a (i) una sanción que (ii) tiene una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario.

Se trata de una sanción, no de una medida administrativa, porque implica una consecuencia jurídica negativa que afecta de manera severa el derecho básico del funcionario de carrera consistente en permanecer en ella. En efecto, este será retirado de la carrera. La consecuencia en ese aspecto es semejante a la que se seguirá de la sanción disciplinaria de destitución, así el retiro por razones de buen servicio no genere antecedentes disciplinarios per se.

Además, la proyección de esta causal hacia el ámbito disciplinario no es eventual sino necesaria. Como se dijo anteriormente, el incumplimiento grave de funciones según la

descripción que hace la norma bajo estudio, equivale a una de las conductas que dan lugar a investigación disciplinaria por trasgresión de los deberes funcionales. La ocurrencia del incumplimiento a que hacen referencia el literal c y el párrafo del artículo 41 cuestionados, además, conduce necesariamente a que el nominador deba efectuar un juicio sobre la conducta del funcionario y referir dicho juicio al incumplimiento de sus deberes funcionales, no sólo en el ámbito previsto en la Ley 909 de 2004, sino también en el ámbito disciplinario. Finalmente, si bien las finalidades que orientan la aplicación de la Ley 909 de 2004 son garantizar una prestación eficiente de los servicios y asegurar el logro del interés general, tales finalidades también orientan las acciones que se emprendan en el ámbito disciplinario.

Dadas estas proyecciones necesarias hacia el ámbito disciplinario, el debido proceso aplicable es el propio del derecho disciplinario, con la plenitud de garantías en él previstas. No es esto lo que prevén las normas acusadas puesto que éstas permiten que la sanción de retiro sea impuesta sin el lleno de las garantías para el funcionario de carrera”.

No cabe duda, entonces, que el acto que retira del servicio a una persona que ocupa un cargo de carrera, argumentando razones del buen servicio, sin que medie una previa investigación disciplinaria, quebranta los artículos 125 y 29 de la Carta Política, en cuanto el ordenamiento constitucional funda en el mérito y las calidades personales el ingreso a los empleos de carrera en los órganos y entidades de Estado y en la evaluación satisfactoria y control de desempeño la permanencia en los mismos.

4. Caso Concreto

4.1 La señora Deyana Benítez Valeth reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales, porque la entidad accionada la declaró insubsistente en el cargo que desempeñaba como secretaria auxiliar de la Inspección de Policía del municipio de Córdoba (B).

Destaca su condición de mujer cabeza de familia, afirma que fue despedida tan pronto como concluyó su licencia de maternidad y reclama el apoyo y asistencia del Estado, para responder por su hijo de solo tres meses de edad.

El Alcalde del municipio accionado, por su parte, solicita negar el amparo, porque la actora fue despedida un vez culminado su periodo de estabilidad reforzada por maternidad y debido

a que la protección de los seis meses subsiguientes al parto, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, para protección de la mujer en periodo de lactancia, no rige en los empleos en los órganos y entidades del Estado.

4.3 El Juez de primera instancia concede el amparo, en consecuencia ordena a la entidad demandada reintegrar a la actora al cargo de Secretaria de la Inspección Central de Policía Municipal de Córdoba y el Juez de segunda instancia revoca la decisión, en consideración a que el despido de la actora se produjo concluida la licencia de maternidad y la actora podía ser declarada insubsistente en consideración a su designación en provisionalidad.

4.4 Probado se encuentra que, mediante Decreto No. 260 del 6 de octubre de 2006, la Alcaldía Municipal de Córdoba resolvió declarar insubsiste a la señora Deyana Benítez Valeth, desconociendo el artículo 125 constitucional, a cuyo tenor el retiro de los cargos de carrera “se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario; y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley”, como quedó explicado.

De manera que la Sentencia de segunda instancia será revocada, para, en su lugar, confirmar la providencia que concede la protección.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho del municipio accionado de disponer el retiro de la señora Deyana Benítez Valeth, luego de su reintegro, si fuere del caso, previo la calificación no satisfactoria de su desempeño o una vez establecida la violación del régimen disciplinario, con el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por la ley para determinar sus méritos y calidades.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar el 18 de enero del 2007, para decidir la acción de tutela instaurada por Deyana Benítez Valeth contra la Alcaldía Municipal de Córdoba, en su lugar CONFIRMAR el

fallo que concede a la actora la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la lactancia, proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba - Bolívar el 31 de octubre de 2006.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

2 El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, al igual que el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, precisan el deber de los Estados Partes de hacer efectivos los derechos que esos instrumentos internacionales regulan, por ello disponen que se adoptarán las medidas que resulten necesarias para conferir a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” -PDESC artículo 10, PSS artículo 15-.

3 Sentencias C-371 de 2000 Carlos Gaviria Díaz y SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 “Por la cual se expiden normas para hacer realidad la protección especial a la que tienen derecho las mujeres cabeza de familia.”

5 Sobre la conformidad con la Carta Política de la expresión “siendo soltera o casada” del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, ver la Sentencia C-034 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

6 Sentencia C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad, en atención al cargo formulado contra la expresión madres contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2003 porque al decir del ciudadano demandante la expresión demandada “discrimina al hombre al excluirlo de la protección laboral especial descrita en la norma que la contiene, toda vez que se tiene a la mujer como beneficiaria de una situación en la cual también estaría inmerso el hombre, pues estos son iguales en cuanto a derechos y deberes”, declaró constitucional de manera condicionada la disposición”.

7 Sentencia T- 283 de 2006 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

8 Sentencia C-184 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, mediante la decisión en cita esta Corte declaró constitucional el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, “en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.

9 Sobre el acceso a la función pública, mediante un sistema “diseñado para que ingresen y permanezcan en él aquellas personas que tengan suficientes calidades morales, académicas, intelectuales y laborales”, se puede consultar la sentencia C-954 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. En igual sentido C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994 y C-040 de 1995.

10 Idem.

11 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

12 Sentencias C-368 y C-506 de 1999 Ms. Ps. Eduardo Cifuentes Muñoz y Fabio Morón Díaz respectivamente.

13 Sentencias C- 506 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz, C-599 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-161 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

14 Artículo 1º Ley 1093 de 2006. Diario oficial 46.395 18 de septiembre de 2006.

15 Idem.

16 Sentencia C-514 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

17 El numeral c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-501 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 Sentencia C-501 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 Sentencia C-1189-05, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

20 El Parágrafo 1 de la Ley 909 de 2005 fue declarado inexecutable, mediante Sentencia C-501 de 2005.

21 Sentencia C-1381 de 2000- nota 39-.

22 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta C.P. Consuelo Sarria Olcos, 14 de junio de 1996, radicación número 7629.

23 Idem.