

Sentencia T-606-09

(Agosto 31; Bogotá DC)

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional contra actos administrativos

PERJUICIO IRREMEDIABLE-características

PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA DE ENTIDADES DEL ESTADO-Fundamento

PROCESO DE REESTRUCTURACION-Retiro de personal debe ir acompañado de garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido de sus derechos

PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA DE ENTIDADES DEL ESTADO-Respeto de los derechos laborales

PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA DE ENTIDADES DEL ESTADO-Protección a discapacitados, mujeres embarazadas, personas que tienen la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión y las madres y padres cabeza de familia

ADMINISTRACION PUBLICA-Jurisprudencia relativa a la desvinculación de sujetos de especial protección constitucional en programas de reestructuración

CARRERA ADMINISTRATIVA-Nombramiento en provisionalidad

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Estabilidad precaria

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Reintegro al cargo de Celador Grado 01 desde la fecha de su desvinculación

Referencia: expediente T-2.248.095

Accionante: Fernando de la Cruz Arias Perdomo

Accionado: Alcaldía Municipal de Palmira

Fallos objeto de revisión: Sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira, del 24 de marzo del 2009 que confirma la Sentencia del Juzgado 1º Civil Municipal de Palmira, del 11 de febrero de 2009.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela¹.

1.1. Elementos de la demanda:

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: trabajo, debido proceso, mínimo vital, y retén social, por ser padre cabeza de familia.

1.1.2. Hecho vulnerador: supresión del cargo de Celador -Grado 01-, que venía desempeñando en provisionalidad desde el año 2.001 y hasta el 30 de octubre de 2.0082, cuando fue retirado del servicio a raíz de la reestructuración administrativa que se llevó a efecto en el Municipio de Palmira.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. Ante la inviabilidad financiera y administrativa del Municipio de Palmira en la década de los noventa, se tomó la decisión en el año 2001 de acogerse al Proceso de Reestructuración de Pasivos previstos en la Ley 550 de 1.999; y es así cómo el Alcalde de la época y los acreedores suscribieron un acuerdo de reestructuración.

1.2.2. Según el demandante, el Alcalde de Palmira ha emprendido una campaña tendiente a lograr ese cometido, incurriendo en una serie de irregularidades que generan conflictos jurídicos para la entidad, ponen en riesgo su viabilidad y desconocen preceptos legales, dando lugar a la configuración de nulidades de los actos emitidos en desarrollo de ese propósito.

1.2.3. Para el burgomaestre, el proceso de reestructuración ha culminado y por

consiguiente han cesado los compromisos y obligaciones establecidas en el mismo, lo cual según el demandante no es cierto, por cuanto no se han dado los supuestos fácticos para la terminación del proceso de reestructuración, tal como lo establece la Ley 550 de 1.999 y el texto del acuerdo.³

1.2.4. El Alcalde, al efectuar la reforma administrativa emitió una serie de actos que, según el actor, transgreden el debido proceso, pues cuando los dictó, la entidad aún estaba dentro del proceso de reestructuración de pasivos. Estos son objeto de demanda de nulidad, pues para la fecha de su expedición, el Alcalde no tenía la competencia plena para ejercer estas actividades de reforma y/o ajuste fiscal.

1.2.5. La reforma administrativa se implementó el 24 de octubre de 2008 con la expedición de los Decretos Nos. 1086, 1087 y 1088, sin que hasta ese momento hubiese finalizado el proceso de reestructuración de pasivos. La certificación que emitió el Ministerio de Hacienda fue expedida el 31 de octubre de 2008 y los actos objeto de impugnación fueron emitidos siete (7) días antes. Por ello considera el accionante que los mencionados actos administrativos no son válidos, toda vez que fueron expedidos sin haber cumplido con los requisitos que establecía el Acuerdo Municipal que otorgaba facultades y el acuerdo de reestructuración de pasivos, lo que hace procedente al amparo constitucional.

1.2.6. Tal proceder lo afecta, por cuanto con la reforma administrativa se suprime el cargo de Celador -Grado 01-, que desempeñaba desde el año 2001 y hasta el día 30 de octubre de 2008 cuando fue retirado del servicio.

1.2.7. Además, con tal decisión, se violó el derecho al retén social por cuanto el Alcalde Municipal, remitió una circular interna el 26 de septiembre de 2008, en donde requiere que todos aquellos funcionarios que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 790 de 2002, acrediten esta calidad. En cumplimiento de lo anterior, le informa al alcalde que su hija Luisa Fernanda Arias y su esposa Esperanza Alcalde Ossa, tienen enfermedades de carácter irreversible, las cuales están diagnosticadas como Hiperplasia Suprarenal y cáncer en el útero. Esta situación era conocida por las autoridades administrativas, las cuales hicieron caso omiso a su grave situación⁴. El salario que recibía de la Alcaldía es el único ingreso con el que cuenta para el

sostenimiento de él, su esposa e hija. Su hija tiene una enfermedad congénita, pues desde su nacimiento no fue posible determinar el sexo, por lo cual debió ser objeto de intervenciones quirúrgicas que le definieron su situación a los 9 meses de vida. Desde entonces debe ingerir un medicamento formulado por el médico tratante⁵. Si su hija no cuenta con éste, se coloca en riesgo su vida, lo cual no podrá proporcionarle dada la intempestiva desvinculación del cargo que venía ocupando, lo que amerita que por la vía de la tutela se proteja su condición de padre cabeza de familia y responsable de la vida y manutención de su hogar. Por su parte, su esposa adolece de cáncer en el ovario.

1.2.8. De la administración municipal recibió un memorando donde se le informa que “al quedar suprimida la planta de la cual hace parte y específicamente al ser suprimido el cargo que venía desempeñando, ha sido retirado del servicio, a partir de la misma fecha, por no haber sido incorporado a la nueva planta de personal”. Aclara, que aún cuando el cargo en provisionalidad que desempeñaba, de acuerdo a la Ley 909 de 2004 es de carrera administrativa, la desvinculación debe realizarse por acto administrativo debidamente motivado, lo que no ocurrió en su caso y por tal motivo se le viola el debido proceso.

2. Respuesta de la entidad accionada.

El Municipio de Palmira dio respuesta a la acción de tutela, donde informa:

2.1. El 1º de diciembre de 2001, el Municipio de Palmira suscribió con sus acreedores un acuerdo de reestructuración de pasivos, en el cual se comprometió a pagar acreencias y adoptar una serie de medidas tendientes al fortalecimiento institucional de la entidad, las cuales fueron cumplidas.

2.2. El 21 de octubre de 2008, el Municipio de Palmira y los acreedores firmaron un acuerdo en presencia de una delegada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En esa fecha y una vez obtenida la firma del acta de terminación anticipada del acuerdo de reestructuración de pasivos, la Administración Municipal solicitó a la Dirección de Apoyo fiscal de Ministerio de Hacienda el registro del acta de terminación, la cual fue radicada en ese Ministerio.

2.3. Igualmente se recibió copia del memorando N° 1-32008-023375 del 30 de

octubre de 2008, suscrito por la Promotora del Acuerdo de Reestructuración, mediante el cual se deja constancia de la terminación del acuerdo de reestructuración de pasivos suscrito entre el Municipio y sus acreedores. Así, el ente territorial, para dar por terminado el proceso de reestructuración utilizó todos los procedimientos necesarios para ello, e incluso radicó acta de terminación anticipada del acuerdo de reestructuración de pasivos.

2.5. El Alcalde expide tales Decretos, previo el estudio técnico que reflejó la necesidad financiera y organizacional de reformar la Administración Municipal en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales.

2.6. Para el caso concreto no ha existido violación alguna a los derechos fundamentales, como quiera que el tutelante no ha dirigido petición a la Administración que no hubiera sido atendida. Lo que busca el demandante es distraer al juez de tutela de los elementos constituidos de un acuerdo de reestructuración amparándose en el derecho al debido proceso.

2.7. La condición de padre cabeza de familia y el retén social, no se aplicaba a las entidades del sector Municipal, pues la Ley 790 de 2002 es para las del orden Nacional. No obstante, aclara que la administración Municipal de Palmira, para las personas que respondieron oportunamente e incluso las extemporáneas, está evaluando alternativas para atenuar los efectos que produce la pérdida del empleo al interior de una familia. Por lo expuesto, solicita denegar el amparo.

3. Decisiones objeto de revisión:

3.1. Primera Instancia (Sentencia del Juzgado 1º Civil Municipal de Palmira del 11 de febrero de 2009).

El juez constitucional debe limitarse a restablecer derechos fundamentales, no a efectuar el examen de legalidad de actos administrativos o dejar sin efecto los mismos. Ello corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por la vía del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

El actor pretende cuestionar el acuerdo de reestructuración que se celebró con los

acreedores del Municipio de Palmira, amparándose en el debido proceso. Sin embargo a éste no se le ha violado tal derecho, en la medida que la administración municipal, lo que hizo fue darle cumplimiento al proceso de reestructuración de pasivos y su terminación anticipada en el año 2008. El Alcalde profirió los Decretos Nos. 1086, 1087 y 1088 de 2008, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en uso de las facultades otorgadas por el Concejo Municipal (Acuerdo No. 066 del 24 de abril 2008), que en nada se relaciona con el acuerdo de acreedores e igualmente cumplió con los requisitos de la Ley 550 de 1999.

Mediante el Decreto 1086 de 2008 se adoptó su nueva estructura organizacional, y en el Decreto 1087 de 2008, se determinó la respectiva planta de cargos. Al quedar suprimida de la planta de cargos, el que venía desempeñando el actor, éste fue retirado del servicio, situación que tiene respaldo Constitucional y Legal.

Advierte, que no obstante que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, prevé que ésta es aplicable a la reestructuración de entidades del orden nacional, y sólo para las mujeres cabeza de familia, en la sentencia C-1039 de 2.003, la protección se hizo extensiva a los padres en aras de proteger los derechos de los menores de edad y del grupo familiar. Igualmente, la Corte consideró que las prerrogativas de que trata la Ley 790 de 2.002, debían extenderse a las situaciones de liquidación forzosa administrativa de entidades descentralizadas del orden territorial⁶. Por lo tanto, es posible aplicar dicha ley a la reestructuración administrativa de un ente territorial.

Ahora bien, para que el tutelante pudiera ser beneficiario del retén social, debe cumplir los requisitos para que se considere padre cabeza de familia. Para el caso, el juzgado concluye que el demandante no cumple con tales requisitos, pues no está acreditado en el expediente que haya asumido el cuidado y el sustento exclusivo de su hija y que su esposa -pese al problema médico que presenta-, se encuentre incapacitada para laborar o su presencia resulte totalmente indispensable para la atención de su menor hija enferma o que el medicamento que dice requiere, necesite la presencia de la madre. El demandante, ni para la época de la reestructuración, ni posteriormente, solicitó al Municipio de Palmira, que fuera incluido dentro de los beneficiarios del retén social y sus posibles alternativas. Prueba de ello, es la respuesta dada en el interrogatorio que le practicara el juzgado, cuando a la pregunta realizada -dígame al despacho cual fue la respuesta del

alcalde cuando se enteró que usted hacía parte del retén social- se limita a responder que la dependencia de Talento Humano del Municipio sabía del problema suyo, pero reconoce que él no le envió directamente un comunicado al Alcalde haciéndole saber de su problema (en la demanda dijo que le había informado oficialmente al alcalde). Más adelante dijo, “es por eso que cuando el alcalde Municipal nos solicitó los documentos para quienes estábamos en condiciones del retén social se enteró de toda mi situación personal y familiar”.

Sostiene que quizás el demandante al saber que su incorporación era en un cargo provisional que se había suprimido, no hizo reclamación alguna, pues estimó que por no estar inscrito en carrera administrativa no tenía derecho a solicitar la reincorporación u optar por la indemnización (Ley 909/04 y Decreto 1227), de allí que a la terminación de la relación laboral solo podía recibir el pago de sus respectivas prestaciones sociales.

Advierte que el reintegro procede de manera excepcional si se está ante un perjuicio irremediable, pero para el caso, el Sr. Fernando de la Cruz Arias Perdomo es una persona con 39 años de edad, que si bien perdió su trabajo en el Municipio de Palmira, en el cual laboraba de manera provisional, tal suceso se le comunicó el 24 de octubre de 2.008 y desde esa fecha hasta la presentación de la demanda, ha podido subvencionar sus gastos familiares y personales que ascienden a la suma de \$ 970.000.00, trabajando en lo que llama rebusque y como “moto ratón” actividad que le ha permitido desarrollar su fuerza productiva y que pese a las circunstancias de que su menor hija y su esposa sufren de padecimientos médicos serios, ha podido garantizar su mínimo vital. Sobre la atención y suministro de los medicamentos para ellas, precisa que por el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, la EPS y/o ARS a la que vienen afiliadas, deberán seguir las atendiendo, por lo que por este aspecto tampoco hay perjuicio irremediable, que haga viable la tutela transitoria.

En consecuencia, el Juez niega el amparo, al encontrar que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para hacer valer los derechos que acusa como vulnerados al haberse suprimido su cargo por reestructuración administrativa del Municipio de Palmira, igualmente por no encontrarse acreditado un perjuicio irremediable que haga viable la tutela transitoria, tampoco se prueba transgresión del mínimo vital y expone finalmente que no reúne los requisitos para ser beneficiario del retén social en calidad de padre cabeza

de familia lo que tampoco acreditó.

3.2. Impugnación

El actor, mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2009, señala que presenta recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia.⁷

3.3. Segunda Instancia. (Sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira del 24 de marzo del 2009).

Confirma la sentencia de primera instancia al considerar que la acción de tutela es un medio judicial subsidiario, que no puede reemplazar procedimientos ya previstos en la legislación para hacer valer los propios derechos. Tampoco fue creada para amparar derechos de rango legal.

La acción de tutela está circunscrita a salvaguardar la efectividad de los derechos fundamentales cuando el ordenamiento jurídico no ofrece al afectado ninguna otra vía judicial de amparo, pues si esto último ocurre y el medio correspondiente es idóneo, ninguna razón tiene la aplicación del procedimiento excepcional y supletorio. Por tanto, concluye que la sentencia de primera instancia que deniega por improcedente el amparo, debe confirmarse.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 14 de mayo de 2009, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de la Corte Constitucional.

2. El Problema Jurídico.

Corresponde para el caso decidir, si al actor se le han vulnerado sus derechos al trabajo, debido proceso y mínimo vital, con la decisión de la demandada de desvincularlo del cargo que ejercía en provisionalidad y a raíz de la reestructuración administrativa que se

llevó a efecto en la Alcaldía Municipal de Palmira.

Para resolver este aspecto, la Sala: (i) Reiterará la jurisprudencia relativa a la procedibilidad excepcional de la acción tutela contra actos administrativos; (ii) Se referirá a varios aspectos en torno al perjuicio irremediable (características, ocurrencia en procesos de reestructuración administrativa y frente a los sujetos de especial protección constitucional); (iii) se reiterará la jurisprudencia relativa a la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa. Posteriormente, la Corte estudiaría el caso concreto.

2.1. Procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos.

Por ser la acción de tutela un mecanismo residual y subsidiario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados, no procede: “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.⁸ La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.⁹ El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte¹⁰ para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la C.P., más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.¹¹

De igual manera la Corte ha señalado que en principio la acción de tutela no es el medio idóneo para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De esa manera el amparo constitucional solo cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable¹².

Adicionalmente este Tribunal ha señalado, que cuando la pretensión de quien ha sido retirado del servicio es lograr su reintegro, tal solicitud debe tramitarse, en principio, por el mecanismo establecido por el legislador para tal fin o sea, a través de la acción

contenciosa administrativa respectiva¹³. La posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio es excepcional, para lo cual es necesario establecer la existencia de un perjuicio irremediable y acudir de manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo¹⁴. En este punto cabe advertir que la acción de tutela tampoco procede para el reintegro de servidores públicos desvinculados por acto administrativo. En este sentido en la Sentencia SU-250 de 1998 la Corte afirmó que “la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo”¹⁵, siendo procedente sólo en aquellos casos que se pruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

En conclusión, se debe insistir que como regla general la tutela no procede como mecanismo principal contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, excepcionalmente esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.¹⁶

2.2 Perjuicio irremediable.

2.2.1. Características del perjuicio irremediable.

2.2.2. La jurisprudencia constitucional¹⁷ ha establecido varios criterios para determinar si se está ante la existencia de un perjuicio irremediable y en tal sentido ha dicho que este se configura cuando existe: “la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”¹⁸

2.2.3. Adicionalmente, la jurisprudencia ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser

verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. Bajo estos parámetros, la Corte ha reiterado, que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos, adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc.¹⁹

2.2.4. El perjuicio irremediable en procesos de reestructuración administrativa.

2.2.4.1. El artículo 209 Superior, estipula que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, en donde el aparato estatal debe estar diseñado dentro de criterios de mérito y eficiencia, lo que lo faculta para crear, modificar, suprimir y reorganizar los cargos de su planta de personal cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exige. El diseño institucional contempla variables macroeconómicas, cambios sociales, y necesidad de reducir el gasto fiscal, lo cual se ajusta a la Carta²⁰, en la medida en que la eficiencia en el manejo económico de la función pública es un presupuesto necesario para el cumplimiento de los fines del Estado. De allí, que se pueden realizar procesos de adaptación en las estructuras que involucren modificaciones en las plantas de personal.

2.2.4.2. Sobre la potestad de reestructuración administrativa, este Tribunal ha señalado, que la estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inalterables, pues las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, los factores económicos, entre otras muchas razones, hacen necesaria la reestructuración de las entidades públicas. Igualmente no se puede desconocer, que cada vez que se adelantan procesos de reestructuración del Estado, sus efectos repercuten no solo en la comunidad beneficiaria o receptora de los servicios prestados en desarrollo de una función administrativa, sino en sus propios trabajadores, quienes son los directamente afectados con la medida. Por lo tanto, en ambos casos, la reestructuración deberá hacerse respetando la Constitución y los derechos fundamentales de los

sujetos involucrados. Sobre el particular, la Corte²¹ ha advertido, que la potestad de reestructuración con que cuenta la administración a nivel territorial, no debe ser entendida de manera absoluta, por cuanto debe ejercerse dentro de los límites y parámetros de la Constitución y de la ley²², dentro de los cuales se encuentra el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido en la sentencia T-014 de 2007²³, se señaló:

“la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta por cuanto se enmarca dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual ha llevado a concluir que ‘la potestad impositiva de las entidades territoriales no es autónoma sino subordinada a la ley’²⁴. La doctrina constitucional ha sostenido, pues, que, en virtud del modelo de República unitaria establecido por la Constitución de 1991, la autonomía reconocida a los entes territoriales en Colombia es relativa y, en ningún caso puede rebasar los límites que le imponen la Constitución y la ley. Así lo ha expresado esta Corporación:

‘La autonomía de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro de los marcos señalados en la Carta Política y con plena observancia de las condiciones que establezca la ley, como corresponde a un Estado social de derecho constituido en forma de República unitaria. Es decir, no se trata de una autonomía en términos absolutos, sino por el contrario, de carácter relativo. De todo lo anterior se deduce que si bien es cierto que la Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, que se encuentran limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal en lo que respecta a la distribución y manejo de los recursos que deben tener en cuenta aquellas pautas generales encaminadas a satisfacer las verdaderas necesidades de las regiones, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.’²⁵”

2.2.4.3. En consecuencia, si bien las entidades estatales tienen la potestad de reestructuración, tal facultad no puede ejercerse de manera arbitraria e ilimitada, pues la Constitución Política, establece la protección especial a cargo del Estado frente a distintas modalidades laborales, así como el derecho que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas. Sobre este punto la Corte²⁶ ha señalado, que al

interior de tales procesos se deben respetar y proteger los derechos de los trabajadores.²⁷ Lo anterior por cuanto se estima, que no obstante que la reestructuración de una entidad persigue fines constitucionales legítimos, al tener estos procesos una incidencia social sobre los servidores públicos que ven truncada su esperanza de estabilidad laboral, frente a las necesidades de optimización de la estructura estatal. Por ello, la Corte²⁸ ha establecido que, aún aceptando la prevalencia del interés general en la supresión de cargos en las entidades estatales, el principio de equilibrio en las cargas públicas, genera la necesidad de reparar el daño causado a los empleados que no tienen el deber de renunciar, aún en procura de proteger el interés general, a sus derechos laborales, trascendentales en el marco del Estado social de derecho²⁹. De igual manera la Corte en la sentencia C-880 de 2003, reiteró que la estabilidad laboral de los servidores públicos, a pesar de ser una expresión de los derechos laborales (art. 53 C.P.), y de la función pública (art. 125 de la Carta), no es un derecho absoluto, de manera que su protección se logra, en principio, estableciendo una reparación adecuada para los funcionarios que se vean afectados por procesos de reestructuración administrativa.

2.2.4.4 Lo anterior deja en claro, que si bien en términos abstractos, el Estado puede separar a un servidor público de su cargo en los procesos de reestructuración, pues “el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino atribuciones derivadas del derecho al trabajo”³⁰, también lo es que un ejercicio arbitrario de esa facultad puede implicar, en casos concretos, la afectación de derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Teniendo en cuenta, las consecuencias adversas que para algunos trabajadores puede implicar los procesos de reestructuración del Estado en la medida en que sus cargos pueden ser suprimidos y con ello su vínculo laboral con la entidad, el Legislador ha previsto la incorporación del trabajador en otras instituciones del Estado, si ello fuere posible, o el pago de indemnizaciones, que por lo demás constituyen la forma tradicional de minimizar el daño causado.³¹

2.2.4.5. Existe, sin embargo, un grupo de empleados que pueden verse más perjudicados por la supresión de cargos. Se trata de sujetos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Por ello, tanto el ordenamiento superior como la

jurisprudencia, han previsto la necesidad de brindar un especial amparo, para quienes el pago de la indemnización resulta insuficiente, en relación con las obligaciones que la Constitución impuso al Estado para su protección³². Entre estos sujetos se encuentran los discapacitados, las mujeres embarazadas, las personas que tienen la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión, y las madres y padres cabeza de familia.

2.3. Perjuicio irremediable en procesos de reestructuración administrativa, frente a los sujetos de especial protección constitucional.

2.3.1. El artículo 13 de la C.P., estableció la obligación del Estado de procurar la igualdad real y efectiva, de adoptar medidas en favor de los grupos discriminados y marginados, y de proteger a aquellas personas en circunstancias de manifiesta debilidad³³. Uno de los instrumentos para lograr ese cometido constitucional dentro de un Estado Social de Derecho son las acciones afirmativas³⁴, cuya implementación en primer orden corresponde al legislador³⁵. Las medidas afirmativas buscan proteger a aquellas personas que se encuentran en condiciones de desigualdad y manifiesta debilidad, o que históricamente han sido discriminadas³⁶. Así, en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la C.P., se ha otorgado especial protección a madres y padres cabeza de familia, pre-pensionados y aquellas personas con limitación física, mental, visual o auditiva etc.

2.3.2. Bajo esta óptica, si bien los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del Estado, tal situación debe propender por causar el menor daño posible a las personas que se encuentren en una situación especial de protección, que exija por parte del Estado un amparo adicional a sus derechos; por ello, si se desconocieran tales prerrogativas la acción de tutela sería procedente para proteger los derechos de un grupo especial de personas.

2.3.3. En lo que respecta a los sujetos de especial protección frente al retiro del servicio en asuntos de reestructuración administrativa, la sentencia SU-388 de 2005, sentó unos parámetros para determinar la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en que se procura la protección por desconocimiento del retén social consagrado

en la Ley 790 de 2002.³⁷ Dichos requisitos fueron sintetizados en la sentencia T-200 de 2006³⁸, cuando dijo:

“a. En primer lugar, la Corte indicó que para el caso de personas beneficiarias del retén social, la acción de tutela es un mecanismo idóneo de defensa pues, frente a la transitoriedad del proceso de liquidación de las empresas de las que fueron desvinculadas, ninguna otra acción judicial se ofrece como alternativa idónea para amparar la integridad de sus derechos fundamentales.

b. Que lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta la situación de indefensión de las personas beneficiarias de las medidas del retén social y el hecho de que, por su condición, la Constitución les ofrece trato privilegiado.

c. En tercer lugar, la Corte enfatizó que la forma de conservar la plena integridad de los derechos fundamentales de los servidores públicos era el reintegro y la pérdida de eficacia de las indemnizaciones reconocidas. De hecho, agregó, ‘el pago de la indemnización debe ser concebido como la última alternativa para reparar el daño derivado de la liquidación de la empresa, por cuanto corresponde al derecho en cabeza de todos los servidores públicos y no sólo de los sujetos de especial protección’.

d. Por lo anterior, en la resolución de los casos en que la tutela fue concedida, la Corte ordenó compensar la indemnización con los emolumentos dejados de percibir por los trabajadores desvinculados.

En las condiciones descritas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-388 de 2005, es claro entonces que la acción de tutela se erige como mecanismo eficaz para obtener la protección de los derechos fundamentales de trabajadores que fueron desvinculados de empresas estatales en reestructuración o liquidación en desconocimiento de las normas sobre retén social instauradas por la Ley 790 de 2002.

Las previsiones anteriores sirven (sic.) responden a los argumentos según los cuales, el hecho de que los demandantes de tutela hayan entablado acciones ordinarias o contencioso administrativas para obtener el reintegro constituye causal de improcedencia de la acción de tutela. De lo afirmado por la Corte en la Sentencia SU-388 de 2005 se deduce que, por el contrario, la vía idónea para obtener el reintegro cuando se trata de

sujetos de especial protección es la acción del artículo 86 constitucional.”

Sobre el retén social, la citada sentencia SU-388 de 2005, señaló: “Lo anterior permite dejar en claro que si bien es cierto que, en términos abstractos, el Estado puede separar a un servidor público de su cargo en los procesos de reestructuración (pues “el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino atribuciones derivadas del derecho al trabajo”³⁹), también lo es que un ejercicio arbitrario de esa facultad puede implicar, en casos concretos, la afectación de derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Esto ocurre, justamente, cuando la administración desatiende claros mandatos Superiores que en armonía con disposiciones legales permiten derivar la presencia de un derecho subjetivo directamente exigible.”.

Y en la sentencia T-593 de 200640, se advirtió que, en procesos de reestructuración, los sujetos de especial protección deben estar cubiertos por alternativas adicionales en comparación con los demás trabajadores que se vean afectados con las medidas reestructurantes. Sobre el particular dijo: “En este orden de ideas, cuando se conjuga el deber del Estado de procurar la estabilidad a sus trabajadores en procesos de reestructuración administrativa con el deber de adoptar acciones afirmativas en beneficio de los grupos históricamente discriminados, no es equivocado predicar una estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección. Siendo ello así, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica así lo demandan [...]”.

2.3.4. Así entonces, que si en una actuación desplegada por la Administración Pública en los procesos de reestructuración del Estado no se respetan los mandatos constitucionales y legales establecidos para tal fin, es posible que con su proceder se vulneren derechos fundamentales que sean susceptibles de ser protegidos en sede de tutela. Por ello, resulta pertinente advertir, que en los procesos de reestructuración administrativa que impliquen supresión de cargos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del

que es titular. Cabe advertir, que las personas que cumplan con los requisitos para ser beneficiarias de la estabilidad laboral reforzada, deben comunicar su situación al empleador, para que dicha protección pueda hacerse efectiva.

2.3.5. También es imperativo aclarar que en las sentencias T-768 de 2005 y T-232 de 2006, esta Corte consideró que se debía extender el ámbito de aplicación de la Ley 790 de 2002 a las situaciones de liquidación forzosa administrativa de entidades descentralizadas del orden territorial. Al respecto, la sentencia T-768 de 2005 señala que:

“...aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.”

3. La estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia

3.1. En reiterada jurisprudencia esta Corporación⁴¹, ha sostenido que la estabilidad de los funcionarios que ocupan cargos de carrera no se menoscaba o disminuye por la circunstancia de que se encuentren desempeñando dichos cargos en provisionalidad⁴². La regla general, de conformidad con el artículo 125 de la C.P., es que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera, es decir, que su designación y provisión se encuentre determinada por méritos a través de la realización de un concurso público⁴³. La propia legislación prevé dos formas de acceso o nombramiento en los cargos de carrera: el nombramiento en propiedad, derivado de la

selección a través de un concurso de méritos; y el nombramiento en provisionalidad, el cual se hace condicionado a que se efectúe la selección por concurso de méritos y en consecuencia el respectivo nombramiento en propiedad, o con el fin de reemplazar vacancias temporales o definitivas de los servidores públicos que se encuentran nombrados en propiedad para tales cargos⁴⁴.

3.2. Las excepciones al principio general de carrera administrativa deben ser establecidas taxativamente por la Constitución y la Ley. Así lo establece el artículo 125 Superior, cuando dispone que los empleos deben ser proveídos por medio del sistema de carrera administrativa, salvo los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

3.3. Acorde con lo expresado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de manera reiterada, que mientras los cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral mayor -en cuanto los funcionarios que ocupan dichos cargos no pueden ser desvinculados del servicio sino sólo con fundamento en razones objetivas de la administración, tales como las causales previstas en la ley, el desempeño insatisfactorio de las funciones públicas o como consecuencia de sanciones de carácter penal o disciplinario-, los cargos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por una estabilidad laboral precaria en cuanto dependen de la discrecionalidad del nominador, quien puede desvincularlos o declararlos insubsistentes sin necesidad de fundamentar con razones y motivos su decisión en el acto administrativo correspondiente.⁴⁵

3.4. Ahora bien, en relación con los cargos en provisionalidad, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa al afirmar que la estabilidad laboral propia de los cargos de carrera es plenamente aplicable a los cargos en provisionalidad, a diferencia de lo que sucede con la estabilidad laboral precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción. En este sentido esta Corte ha afirmado:

“Ahora bien, la ley ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales, “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”.⁴⁶

“Respecto a esta particularidad la Corte ha considerado que, pese al carácter

eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción.⁴⁷ En tal sentido esta Corporación ha reiterado que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.⁴⁸ Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.”⁴⁹

Por estas razones es que la Corte ha diferenciado entre la estabilidad precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción y la estabilidad de los cargos de carrera administrativa en provisionalidad, a los cuales se les aplican los mismos criterios de estabilidad que a los cargos de carrera administrativa⁵⁰. Reitera la Sala que una consideración contraria, respecto de la estabilidad de los cargos de carrera en provisionalidad, significaría la desnaturalización de la figura de la provisionalidad, lo que conllevaría una injustificada afectación de los derechos laborales de los servidores públicos.

3.5. Para esta Corporación la garantía de estabilidad laboral de la provisionalidad en los cargos de carrera administrativa, exige la existencia de una motivación que respalde la desvinculación del funcionario público. Por tanto, la separación del cargo en provisionalidad debe tener como fundamento o justa causa el insatisfactorio cumplimiento de las funciones designadas, la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos, todo lo cual debe determinarse atendiendo al respecto y protección del principio del debido y el derecho de defensa.

4. Caso concreto.

4.1. El señor Fernando de la Cruz Arias Perdomo instaura acción de tutela contra la

Alcaldía Municipal de Palmira, pues sostiene que con la reestructuración administrativa que se adelantó en dicha entidad y a través de la cual se suprime el cargo de celador que ocupaba en provisionalidad, se vulneró sus derechos al trabajo, mínimo vital, seguridad social y retén social (alega tener la calidad de padre cabeza de familia).

4.2. La Alcaldía Municipal por su parte sostuvo, que no se han vulnerado los derechos fundamentales del demandante, pues los actos administrativos cuestionados⁵¹, se expidieron en cumplimiento de las atribuciones constitucionales y legales y en uso de las facultades otorgadas por el Concejo Municipal -Acuerdo Municipal N° 006 del 24 de abril de 2008-, y los exigidos por la Ley 550 de 1999. Además, la condición de padre cabeza de familia y retén social, no se aplicaba a nivel Municipal, pues la Ley 790 de 2002 se expidió solo “para la rama ejecutiva del orden Nacional”. No obstante, informa que la administración local, para las personas que respondieron oportunamente e incluso las extemporáneas, está evaluando alternativas para atenuar los efectos que produce la pérdida del empleo al interior de sus familias. Por lo expuesto, solicita denegar el amparo.

4.3. Los jueces de instancia, consideraron que la tutela resultaba improcedente por existir otro mecanismo judicial y no acreditar el actor, la calidad de padre cabeza de familia y el perjuicio irremediable.

4.4. Esta Corporación, ha señalado que por regla general, la tutela no procede para obtener el reintegro laboral, pues son asuntos que deben ser debatidos en las vías judiciales ordinarias. No obstante, ha determinado que en casos excepcionales la tutela procede para ordenar el reintegro.

4.5. Ahora bien, como se indicó en el punto 4.1. de esta providencia, según la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁵². Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial,

la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.⁵³

4.6. Así mismo, cabe mencionar, que la Corte ha estudiado la posible vulneración al derecho a la igualdad, que se puede presentar cuando el peticionario no es incluido en el retén social. Lo anterior, si existen indicios que permitan concluir que existe afectación al mínimo vital del actor y su núcleo familiar y no se pueda esperar el resultado de un proceso ordinario.

4.7. Antes de decidir el asunto sometido a consideración, la Sala estima necesario hacer referencia al proceso de reestructuración adelantado por parte de la Alcaldía de Palmira. A ese respecto, se advierte que los actos mediante los cuales se modificó la planta de personal y se suprimieron varios cargos -entre ellos el de celador que ocupaba del accionante-, fueron expedidos en desarrollo de la reestructuración administrativa que se adelantó en la Alcaldía, con fundamento en las facultades conferidas por el Acuerdo Municipal No. 006 de fecha de 2008.

4.8. Como se expuso en las consideraciones generales de esta providencia (punto 4.2), la Administración Pública para lograr el cumplimiento de los fines del Estado, cuenta con la facultad de dinamizar y modificar la estructura estatal, armonizándola y ajustándola a las necesidades del momento, con el propósito de mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del mismo. Dichas facultades constitucionalmente permitidas para llevar a cabo estos procesos puede ir desde acciones encaminadas a suprimir trámites o agilizar procesos, hasta la propia reestructuración del Estado, es decir, la facultad tanto de crear, suprimir o fusionar entes públicos como los empleos de las propias entidades⁵⁴ siempre de conformidad a la Constitución y la Ley. Por tanto, la reestructuración de una entidad de orden territorial, resulta legítima siempre que no se vulneren derechos fundamentales de los trabajadores y se les dé un trato privilegiado a los sujetos de especial protección.

4.9. No obstante lo expresado, como se manifestó en la parte considerativa de esta providencia (punto 4.3.), la supresión de cargos, debe adelantarse brindando una especial protección a los sujetos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

4.10. Estudiada la situación del demandante y de su núcleo familiar, se estima que el actor, en su calidad de padre cabeza de familia, puede ser considerado sujeto de especial protección. Lo anterior, por cuanto de las afirmaciones emitidas por el actor en el interrogatorio de parte⁵⁵ que se realizó el 4 de febrero de 2009 a solicitud del Juez de primera instancia, se constata que:

i) El actor de 39 años de edad, laboró como vigilante para la entidad demandada, inicialmente por contrato de prestación de servicios (año 2000) y luego (año 2001) en provisional hasta el 30 de octubre de 2008, cuando fue retirado del servicio.

ii.) En la actualidad, se dedica al “rebusque” en lo que le resulte y está de manera independiente desempeñándose como “moto ratón”, trabaja de 7:30 a.m. a 12 m. y de 2 a 6 de la tarde, se gana \$ 12.000 diarios, que equivalen a un poco más de \$ 300.000 mensuales.

iii.) Su grupo familiar está compuesto por su compañera permanente quien no labora, tiene una hija de 10 años que padece de la enfermedad llamada hiperplasia suprarrenal, ella debe tomar un medicamento ASTRONIN H que cuesta \$ 49.500, le dura 20 días más o menos y otra que se llama FISOPRE que vale más o menos \$ 42.000.00 y dura más o menos 20 días. Estos medicamentos son vitales para la vida de la menor. Además, paga arriendo por valor de \$170.000 y los demás gastos equivalen aproximadamente a \$700.000 (total de gastos mensuales \$ 970.000 aproximadamente).

iv.) Asevera que el Departamento de Talento Humano del Municipio, sabía de sus problemas y no obstante lo anterior procedió a desvincularlo del servicio.

4.11. Frente a lo expuesto, queda claro que, en principio, cuenta con la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, como son las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, la regla jurisprudencial consolidada establece la procedencia excepcional de la acción de tutela en todos aquellos eventos en los cuales se configura un perjuicio irremediable. En estos casos procede la tutela para ordenar el

reintegro del funcionario público al cargo del cual fue desvinculado como medida provisional.

4.12. Ante la situación descrita anteriormente, se estima que para el caso se está ante la existencia de un perjuicio irremediable para el actor y su núcleo familiar, que los coloca en estado de debilidad manifiesta, ya que los ingresos que recibe el demandante al realizar actividades catalogadas de subempleo no cubren los gastos que el mismo requiere para atender la subsistencia de él y su familia y para atender los costos de salud que deparan las graves patologías que sufre tanto su compañera permanente (que no labora)⁵⁶ como su hija, lo que hace procedente el amparo como mecanismo transitorio.

4.13. Acorde con lo expuesto, esta Sala de Revisión concluye que la Alcaldía de Palmira vulneró los derechos fundamentales del accionante al excluirlo del retén social en el proceso de restructuración administrativa y en tal medida, el reintegro solicitado por el actor debe ser concedido. En consecuencia, se revocará el fallo de segunda instancia, y en su lugar, se concederá la tutela a los derechos al trabajo, mínimo vital, seguridad social y retén social del demandante y se ordenará al Alcalde del Municipio de Palmira, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reintegre al señor Fernando de la Cruz Arias Perdomo al cargo que desempeñaba o a uno equivalente, desde la fecha en la cual fue desvinculada de la entidad y hasta que sea reintegrado.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada el 24 de marzo de 2009, por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira, proferida dentro del presente proceso, y en su lugar, TUTELAR, como mecanismo transitorio, los derechos al trabajo, mínimo vital, seguridad social y retén social del señor Fernando de la Cruz Arias Perdomo.

Segundo.- ORDENAR al Municipio de Palmira que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre inmediatamente al señor Fernando de la Cruz Arias Perdomo al cargo de “Celador, grado 01”, o a uno de igual o superior categoría, con efectos desde la fecha de su desvinculación.

Cuarto.- El Juzgado de primera instancia notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La acción de tutela se presentó el 28 de enero de 2009 (folio 85 cuaderno 1º del expediente)

2 La comunicación por la cual se le informa sobre la supresión del cargo de celador tiene fecha de octubre 24 de 2008 (folio 4 a 6 del expediente)

3 El actor sostiene que uno de los compromisos señalados en el acuerdo de

reestructuración y que no se ha cumplido, lo constituye la creación de un patrimonio autónomo pensional. Además, hasta el día 28 de octubre de 2008 la Administración Municipal no había registrado un documento oficial ante la Dirección de Apoyo Fiscal tendiente a sustentar la supuesta terminación anticipada del proceso de reestructuración, como corresponde. De igual manera el Representante de los Pensionados ante el Comité de Vigilancia, denunció una serie de irregularidades ante la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia de Sociedades.

4 Manifestación realizada en la demanda de tutela y ratificada en la declaración juramentada tomada por el juez de primera instancia, ver folios 82 y 98 del expediente.

5 Anexa orden médica.

6 Ver sentencias T-768 de 2.005 y T-232 de 2.006.

7 Folio 252 cuadernos N. 1º del expediente.

8 Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002 T-432 de 2002 SU-646 de 1999 T-007 de 1992.

9 Ver artículo 86 de la C. P. y artículo 6-1 del Decreto 2591 de 1991.

10 En materia de prestaciones laborales el principio de subsidiariedad en la Sentencia T-808 de 1999.

11 Dijo la Corte en la sentencia T-132 de 2006: “Así pues, la acción de tutela fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se tiene, entonces, que para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales. La acción de tutela es procedente para amparar derechos de carácter fundamental que se encuentran seriamente amenazados, así como derechos meramente asistenciales cuya vulneración compromete gravemente un

derecho directamente fundamental¹¹”.

12 Al respecto la Corte sostuvo en la sentencia T-514 de 2003: “La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.”

14 Ver entre otras las siguiente sentencias: T-951 de 2004, en esta sentencia se concedió la tutela de forma transitoria a empleada en provisionalidad del Departamento de Risaralda que fue desvinculada mediante un acto administrativo sin motivación; T-132 de 2005 en esta sentencia se decidió el caso de ex empleada de Empresa Social del Estado que se encontraba desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería en provisionalidad y fue desvinculada mediante acto administrativo no motivado. La Corte amparó su derecho al debido proceso y ordenó a la entidad motivar el acto de desvinculación, si no lo hiciera o no existiesen motivos ordena, en subsidio su reintegro.

15 Criterio reiterado en la sentencia T-1101 de 2001.

16 Ver sentencia T-078 de 2009.

17 En la sentencia T-634 de 2006, la Corte dijo en relación con el perjuicio irremediable: “Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un

perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).”

18 Sentencia T-225 de 1993.

19 Sentencias T-083 de 2004, T-556 de 2004, T-691 de 2005, T-996 A de 2005, T-668 de 2007, entre otras.

20 Ver las sentencias C-209 de 1997, y la C-880 de 2003. En el mismo sentido C-479 de 1992, C-527 de 1994 y C-074 de 1993.

21 Ver sentencia T-078 de 2009.

22 Sentencia C-533 de 2005.

23 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

24 Sentencia C-538 de 2002. Esta misma tesis ha sido plasmada por la Corte Constitucional en las sentencias C-520 de 1994, C-089 de 2001, C-873 de 2002, entre muchas otras.

25 Sentencia C-520 de 1994.

26 Ver entre otras las sentencias T- 321 de 1999, reiterada en la Sentencia T-512 de 2001.

27 En la sentencia C-209 de 1997, la Corporación fijó su posición en los siguientes términos: "Como se ha establecido por esta Corporación, el señalamiento de las políticas administrativas o económicas del Estado desarrollan el ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando, con las mismas se protejan los bienes y derechos consagrados en la Carta Política y garanticen la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, la libertad de empresa y el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, de los mismos, que forman parte del orden público constitucional.

En desarrollo de dichas políticas el proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (C.P., art.2o.). Dichos procesos, en su mayoría, han sido analizados por esta Corporación, la cual desde el punto de vista de la incidencia de los mismos en las condiciones laborales de los trabajadores, ha señalado que reflejan los principios y valores constitucionales en cuanto aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y las garantías y derechos adquiridos por los trabajadores.

Es así como, el Estado, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc. y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente. Lo anterior se confirma con el carácter instrumental que tiene aquella frente a las políticas de gobierno, en lo relacionado con la ordenación y racionalización de la prestación de las funciones de responsabilidad del Ejecutivo, dentro de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma de

las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).²⁷

En consecuencia, el proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo ; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social.”

28 Ver también las sentencias T-876 de 2004, y T-1161 de 2004.

29 Ver las sentencias C-880 de 2003, T-512 de 2001, T-733 de 2001 y, en relación con la protección a la mujer cabeza de familia en el “proceso de renovación del Estado”, entre otras, se pueden consultar la T-1183 de 2005 y la SU-388 de 2005. Legalmente, se han establecido las siguientes previsiones destinadas a proteger la estabilidad laboral, en caso de supresión de cargos: Ley 443 de 1998, Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones, que en su artículo 39 establece: “Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional” y Ley 909 de 2004, Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Artículo 44: “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”.

30 Sentencia T-374 de 2000. En el mismo sentido ver la sentencia T-800 de 1998.

31 Sentencia C-880 de 2003.

32 Sin pretensión de exhaustividad, la Constitución señaló que el Estado tiene la obligación de ofrecer una protección especial a los siguientes grupos: personas en estado de debilidad manifiesta (C.P. 13.2), mujeres cabeza de familia (43), menores de edad (44), adolescentes (45), personas de la tercera edad (46) y los discapacitados (47). En relación con grupos en condición de debilidad manifiesta, la jurisprudencia constitucional ha amparado también los derechos de los desplazados, las personas en estado de indigencia, los presos, los enfermos de SIDA, los enfermos de cáncer, etc.

33 Artículo 13.- “(...). 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.”

34 Al respecto pueden consultarse las sentencias C-112 de 2000, T-500 de 2002 y C-174 de 2004, entre otras.

35 A ese respecto, la Corte en la sentencia C-371 de 2000 dijo: “Con la expresión acciones afirmativas 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 afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.”

36 En la sentencia C-044 de 2004 (MP. Jaime Araújo Rentería) se dijo: Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es

decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano y un orden político, económico y social justo.”

37 El artículo 12 de la Ley 790 estableció una medida especial de amparo -conocida como “retén social”- consistente en la orden para que en el proceso de reestructuración de las entidades públicas no se desvinculara a personas objeto de especial protección constitucional. La previsión favoreció a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que hubieran cumplido con la totalidad de los requisitos -edad y tiempo de servicio- para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de dicha ley.

38 Reiterados en la sentencia T-079 de 2009.

39 Sentencia T-374/00. En el mismo sentido ver la sentencia T-800/98.

40 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

41 Ver Sentencia T-384/07 y Sentencia T-410/07, entre otras.

43 Sobre el tema de la carrera administrativa ver Sentencias C-292 de 2001 y T-054 del 2005.

44 De conformidad con la Ley 909 de 2004, mediante la cual se desarrollan los postulados contenidos en la disposición constitucional sobre carrera administrativa, ésta “es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer, estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar ese objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”

45 Ver las Sentencias T-610 de 2003 y T-410 de 2007.

46 Sentencia T-1206 de 2004.

47 Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

48 Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

49 Sentencia T-222 de 2005.

50 Ver Sentencia T-270 de 2008.

51 Mediante Decreto No 1086 del 24 de octubre de 2008, se adoptó la nueva estructura organizacional. Por Decreto No 1087 de esa misma fecha, se determinó la nueva planta de personal quedando eliminados los cargos suprimidos (folio N. 4 del expediente)

52 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-1316 de 2001.

53 Ver, entre otras, las sentencias T-112 de 2009 y T-812 de 2000.

54 Constitución Política de Colombia artículo 150 numerales 7 y 14, y Artículo 189 numerales 15 y 16.

55 Ver folios 97 y 98 cuaderno 1º).

56 Lo afirma el demandante en su declaración judicial y aparece en historia clínica de Profamilia sobre la señora Esperanza Alcalde Ossa (folios 70 y 97 del expediente).