

ACCION DE TUTELA-Procedencia en caso de supresión de cargo por existencia de perjuicio irremediable

Se puede concluir que, a pesar de que la actora cuenta con otro mecanismo judicial para reclamar sus derechos, sus condiciones específicas de vida hacen temer que se configure un perjuicio irremediable si no se adopta una decisión pronta sobre su demanda, y por tanto la acción de tutela presentada por la actora se torna procedente precisamente para prevenir su ocurrencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

MADRE CABEZA DE FAMILIA DISCAPACITADA-Protección laboral reforzada

La protección laboral reforzada para la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve en su condición de madre cabeza de familia y discapacitada debió haber sido tomada en cuenta por la E.S.E. Metrosalud, en el proceso de supresión de los cargos de la Unidad de Saneamiento Ambiental dentro de la cual se encontraba ubicado el cargo de Promotor de Saneamiento que ocupaba la accionante. Por consiguiente, en razón a que la accionante es titular de derechos de estabilidad laboral reforzada, garantía constitucional que la amparaba por sus circunstancias particulares - madre cabeza de familia con una afección en su salud que le genera discapacidad -, la Corte Constitucional concederá la tutela de los derechos que le han sido conculcados.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Supresión de cargos por reestructuración administrativa/CARRERA ADMINISTRATIVA-Indemnización por supresión de cargos por reestructuración administrativa

Como regla general, el proceso de reestructuración debe procurar no desconocer la estabilidad de los servidores en carrera y por tanto, de ser posible, deben procurarse mecanismos que aseguren su reubicación dentro de la entidad. Cuando ello no es posible, procede la indemnización.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Supresión de cargos y diferencia en la Ley 909/04 entre incorporación y reincorporación

La ley 909 de 2004 diferencia la figura de la incorporación de la reincorporación, como opciones a las que tiene derecho un funcionario inscrito en la carrera administrativa al que se le suprima el cargo, indicando que el efecto de la incorporación es inmediato y debe darse en la misma entidad, mientras que para la reincorporación se tendrán en cuenta las siguientes reglas, de conformidad con el procedimiento estipulado en el Título VI del decreto – ley 760 de 2005 (arts. 28 y siguientes): La reincorporación se efectuará dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden: 1. En la entidad en la cual venía prestando el servicio. 2. En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido. 3. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido. 4. En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso. 5. La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla. Adicionalmente en caso de no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal, los artículos 29 y 30 del decreto –

ley 760 de 1995 estipulan el deber que tiene la entidad en la cual se suprimió el cargo, de informar al ex - empleado tal circunstancia, indicándole, además, el derecho que le asiste a optar por la indemnización o por la reincorporación de conformidad con las reglas ya expuestas.

DERECHO A OPTAR POR REINCORPORACION EN SUPRESION DE CARGOS-Entidad omitió indicarle a la accionante este derecho

No obstante estar previsto en la norma el procedimiento a seguir en los eventos en que no proceda la incorporación por no existir un cargo igual o equivalente, la entidad omitió indicarle a la accionante, el derecho que le asiste de optar por ser reincorporada a un empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el decreto - ley antes citado, y por tanto no adelantó la actuación administrativa tendiente a hacer efectiva la reincorporación en caso de haber optado por ella o las gestiones tendientes al pago de la indemnización en caso de haber sido la opción escogida por la accionante. En estos términos considera la Sala de Revisión que se ha menoscabado el derecho al debido proceso de la accionante en tanto que tratándose de una funcionaria titular de un derecho preferencial por encontrarse inscrita en carrera administrativa y adicionalmente cobijada con una protección laboral reforzada de origen constitucional, de conformidad con el procedimiento legal establecido para los casos de supresión de cargos de carrera administrativa, la administración ha debido indicarle además de las opciones de incorporación o de indemnización, la de la reincorporación.

SUPRESION DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Alternativas que se otorgan por las normas para la protección de derechos

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA A FAVOR DE MADRE CABEZA DE FAMILIA DISCAPACITADA-Caso en que no se impone obligación de instaurar acción ante jurisdicción contencioso

administrativa

Advierte la Corte que el amparo se concede como mecanismo transitorio cuando existen otras vías judiciales para controvertir el acto causante de la violación de los derechos fundamentales. Sin desconocer esa regla general, analizada cuando se estudió la procedencia de la tutela en este caso, subraya la Sala que en este caso se presentan particularidades que justifican no imponerle a la tutelante la obligación de entablar la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes a la comunicación de esta sentencia. Estas particularidades concurrentes tienen que ver con las condiciones personales de la tutelante, con las circunstancias específicas en que se presentaron los hechos, y con las características de las órdenes impartidas en esta sentencia, todas las cuales apuntan a que la exigencia de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo representaría una carga enorme sobre la tutelante al mismo tiempo que afectaría negativamente la secuencia del cumplimiento de lo aquí ordenado y la eficacia de dicho cumplimiento.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1313803

Acción de tutela interpuesta por Gloria Julia Aristizabal Monsalve contra la Empresa Social del Estado E.S.E. Metrosalud

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Gloria Julia Aristizabal Monsalve contra la Empresa Social del Estado E.S.E. Metrosalud.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve ingresó a la E.S.E. Metrosalud el 27 de noviembre de 1989 y fue inscrita en carrera administrativa el 31 de agosto de 1992, mediante resolución 10321 del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Se desempeñó como Promotora de Saneamiento Ambiental, hasta el 7 de octubre de 2001, cuando fue comisionada por dos períodos de 30 días cada uno, para apoyar a la Subgerencia de Servicios de Salud, en el SISME 1:2:3:1, que terminaron el 7 de diciembre de 2001. Manifiesta la tutelante, que una vez terminadas las comisiones por “necesidad del servicio” la Doctora Martha Elena Herrera en coordinación con el Subgerente de Servicios de Salud, Doctor Omar Arturo Vargas, verbalmente le prolongaron la comisión hasta el 13 de agosto del año 2002 “...y el día 14 de agosto de 2002 el Director de la División de Atención al Medio Ambiente, Dr. Jorge Iván Zapata Ramírez según oficio 10585, dirigido a la Dra. Martha Elena Herrera solicitó se le ordenara continuar prestando mis servicios a partir de Agosto 15 de 2002 en la División de atención al Medio Ambiente”. Agrega además que: “... en septiembre de 2002 el Dr. Omar Arturo Vargas, pidió al Director de la División de Atención al Medio Ambiente, Dr. Jorge Iván Zapata Ramírez que me dejara seguir prestando mis servicios en el SISME 1:2:3: Línea de Urgencias y emergencias en donde permanecí hasta el 24 de octubre de 2005.”

Mediante comunicación del 25 de octubre de 2005, fue informada de su desvinculación por supresión de los cargos de la Unidad de Saneamiento Ambiental, efectuada mediante resolución No.00928 proferida el 18 de octubre de 2005 por el Gerente General de la E.S.E. Metrosalud.

Afirma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo cuarto de la mencionada resolución, mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2005, solicitó la reincorporación a un empleo igual o equivalente, petición que fue respondida por la entidad el 21 de noviembre del mismo año, indicándole que en la planta de cargos no existen vacantes dado que el de Promotor de Saneamiento que ocupaba ya no existe y en la entidad no se encuentra otro que

tenga requisitos y funciones iguales. Adicionalmente le informa que no es posible incorporarla en el cargo de operador de equipo de radio por cuanto los requisitos y funciones son sustancialmente diferentes al cargo que ocupaba. En su parecer, la razón invocadas por la entidad es injusta por cuanto "...si lo desempeñe por más de cuatro años con toda competencia y responsabilidad y no hubo quejas de mi desempeño ni verbales ni por escrito, es porque llenaba todos los requisitos para permanecer en dicho cargo por el mencionado tiempo y en cuanto a la diferencia dizque sustancial del mencionado cargo al de Promotor de Saneamiento debo observar que cuando el Subgerente de servicios de salud solicitó mi comisión en principio por 30 días y luego por otros 30 días y luego quedé indefinidamente, pienso que por mi preparación como promotora de Saneamiento no me era difícil desempeñarme como Operadora de Equipo de Radio en esa dependencia, que de otra parte, no es una dependencia por fuera de la ESE Metrosalud..."

Sostiene que las comisiones mediante las cuales permaneció prestando sus servicios en el SISME, se dieron debido a que de conformidad con los conceptos de los médicos de Salud Ocupacional del Servicio Médico del Municipio de Medellín y de Metrosalud, quienes le diagnosticaron una afección en sus miembros inferiores, se hacía necesaria la reubicación en un puesto en que no tuviera que realizar marchas prolongadas.

La peticionaria considera que la E.S.E Metrosalud, vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al mínimo vital, por cuanto se le desvinculó de la entidad sin tomar en cuenta sus derechos adquiridos como funcionaria de carrera administrativa, la discapacidad física adquirida en el desempeño del cargo como Promotora de Saneamiento Ambiental² y sus obligaciones como madre soltera cabeza de familia³ "con una hija menor de edad a mi cargo además de mis padres y una hermana separada sin empleo con 3 hijas menores de edad, familia que depende económicamente y en un todo de la suscrita". Agrega que su salario constituía la única fuente de ingreso y que debido a su edad y a su discapacidad sus opciones para conseguir un nuevo empleo se ven limitadas, con lo cual se verían afectadas todas las personas que dependen de ella.

Solicita que se deje sin efectos la resolución No.00928 por medio de la cual se le desvinculó y se ordene el reintegro inmediato a la planta de cargos de la Subgerencia de Servicios de Salud como Operadora de Equipo de Radio del 1:2:3 Línea de Urgencias y Emergencias; o en su defecto se le reubique a través de la Secretaría de Salud en su planta de cargos como funcionaria de carrera administrativa.

2. Respuesta de la entidad accionada

En su respuesta, la entidad afirma que para la época de la vinculación de la accionante, si bien correspondía al Instituto Metropolitano de Salud, dirigir el Sistema Municipal de Salud, cumplir las normas de orden sanitario y prestar los servicios de salud de primer nivel de atención, con la reestructuración a que fue sometida en virtud del decreto No.752 de 1994, se convirtió en Empresa Social del Estado Metrosalud, cuyo objeto principal se circunscribe exclusivamente a la prestación de servicios de salud y en consecuencia la División de Atención al Medio Ambiente a la que pertenecía la accionante dejó de ser misión y objeto de la ESE, "...o sea que técnica y jurídicamente esa División de Atención al Ambiente a la que pertenecía Gloria Julia Aristizabal Monsalve ya no era de competencia legal de la E.S.E. Metrosalud, Sino de la Dirección Local (hoy Secretaría de Salud del Municipio de Medellín)." Así entonces, "La División de Atención al Ambiente (hoy Unidad de Saneamiento Ambiental) en su QUE HACER FUNCIONAL-LEGAL SIGUIÓ funcionando POR CONTRATO, CON LA Secretaría de Salud del Municipio, ya que en ella estaba la competencia para desarrollar las labores de control ambiental, a la que pertenecía..." la accionante.

Agrega que en razón a que la Secretaría de Salud Municipal no contaba con el personal suficiente para cumplir las funciones que en otrora le correspondían al Instituto Metropolitano, debió recurrir a la contratación con la E.S.E Metrosalud que si contaba con ese personal y adicionalmente, pese a que las normas indicaban que tales funcionarios debían ser trasladado horizontalmente a otras dependencias del Municipio, la Administración Municipal nunca tomó la decisión de crear la planta de personal necesaria.

Es así como por motivos legales, técnicos, económicos y de funcionalidad, y respaldada en facultades legales y estatutarias, en un estudio técnico – con la ESAP – y largos debates, la Junta Directiva y el Gerente de Metrosalud tomaron la decisión (retardada desde 1998) de suprimir 72 cargos de la planta de la Unidad de Saneamiento Ambiental.

Sostiene que no existe en la hoja de vida constancia de que al vencimiento de las comisiones otorgadas mediante las resoluciones No.1211 de octubre de 2001 y No.1350 del 7 de noviembre del mismo año, para apoyar a la Subdirección Científica y desempeñar las actividades que corresponden al SISME, hubiera continuado ininterrumpidamente desempeñando tales labores. Por el contrario, reposan documentos que señalan que la funcionaria continuaba adscrita a la Unidad de Atención al Medio Ambiente, tales como solicitudes de permiso remunerado tramitados durante los años 2002 y 2003, autorizados por el jefe de la Unidad de Saneamiento Ambiental y no por el Subdirector Científico; solicitud de anticipo de cesantías en la que claramente señala que labora en la División de Atención del Medio Ambiente; copia de las resoluciones en las que se ordena el anticipo de cesantías; copia de comprobantes de liquidación de la prima de antigüedad en el año 2004 , donde se señala que la accionante desempeña el cargo de Promotora de Saneamiento y finalmente afirma que: “...más aún en las evaluaciones de desempeño laboral como funcionaria de carrera administrativa efectuadas por la Medica del SISME a la Accionante, se expresa que la evaluada es radio operador en comisión anexo copia de formatos D1 y D3, lo que significa que nunca continuaba siendo funcionaria adscrita a otra dependencia...”⁴

Negó enfáticamente que la señora Gloria Julia Aristizabal, fuera titular de un empleo en el SISME y que haya sido nombrada como técnico auxiliar de equipo de radio y dijo que si desempeñó esas funciones, “lo hizo para apoyar una dependencia bajo la figura de comisión de servicios verbal o escrita”.⁵

Finalmente, desconoce que las comisiones efectuadas para desempeñar las labores en el SISME, obedecieran a su estado de salud, pues si bien en todas se señala que el problema de salud consiste en una artropatía crónica de rodilla izquierda, en ninguna de las evaluaciones efectuadas por Salud Ocupacional se indicó que la funcionaria no pudiera cumplir sus funciones en la dependencia de Atención al Medio Ambiente. Así mismo sostiene que según informe de evaluación médica ocupacional efectuada por la ARP Colmena⁶, no hay elementos que permitan calificar la Condromalasia como enfermedad profesional, dado que no se dan los elementos requeridos para ello, ni tampoco se puede afirmar que la accionante sea discapacitada, pues hasta la fecha no presenta ninguna evaluación por la Junta Regional de Invalidez como lo exige la ley 100 de 1993, que determine su estado de invalidez.

3. Sentencias objeto de revisión

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo del 9 de diciembre de 2005, tuteló de manera transitoria, los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la E.S.E. Metrosalud reubicarla como “RADIOOPERADORA DEL SISME 1-2-3- LINEA DE URGENCIAS Y EMERGENCIAS”, mientras la autoridad judicial competente decide el fondo de la petición, al considerar que la entidad acciona al momento de realizar la reestructuración, ha debido tomar en cuenta las condiciones especiales de la demandante por ser madre cabeza de familia y además tener una discapacidad física que la hacen merecedora de un trato especial dada su condición de debilidad manifiesta.

3.2. Impugnación

La accionada a través de apoderado judicial recordó en su escrito de impugnación las razones técnicas, legales y financieras para efectuar la reestructuración en la entidad que dio origen a la supresión de los cargos, en los mismos términos del escrito de respuesta a la acción de tutela y reiteró que la misma tuvo su origen fundamentalmente en la pérdida de la función de “inspección, vigilancia y control en materia de saneamiento básico y ambiental” que cumplía antes de la expedición de la Ley 10 de 1990, Ley 100 de 1993 y Decreto Nacional 1876 de 1994 y que en la actualidad le corresponde cumplir a la Secretaría de Salud Municipal.

Al considerar que el fallo no tuvo en cuenta tales explicaciones, ni las relacionadas con el origen no profesional de la discapacidad física de la accionante, plantea la necesidad de que el juez de segunda instancia resuelva algunos interrogantes relacionados con el reintegro, en tanto que no existe en la planta de cargos del nivel asistencial, profesional y de apoyo un cargo igual o equivalente al de promotor de saneamiento ambiental y el de Técnico Auxiliar de Equipo de Radio, consagra requisitos, funciones y sueldo diferente, pues el uno recibe “una asignación de \$854.206, mientras que el de Promotor de Saneamiento tiene una asignación mensual de \$1.163.814...”

Para finalizar informó Metrosalud que de una parte, la Secretaría de Salud Municipal de Medellín creó 25 cargos equivalentes en materia de saneamiento ambiental para cumplir con las funciones que le asigna la ley y de otra parte que en acatamiento del fallo de primera instancia, se modificó el acuerdo de supresión de empleos para permitir de esa manera el reintegro transitorio a la nómina de Metrosalud en el cargo de promotor de saneamiento.

3.3. Segunda instancia

Por Sentencia del 1 de febrero de 2006, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revocó el fallo impugnado, tras considerar que la actora cuenta con otro

medio de defensa judicial para debatir sus pretensiones y adicionalmente recordó el carácter subsidiario y residual de la acción. Indicó que la actora no podía ser nombrada en propiedad en el cargo que desempeñaba provisionalmente, habida cuenta de que no reunía los requisitos legales para ello y que el hecho de que estuviera en carrera administrativa no impedía que el cargo desapareciera. Adicionalmente, indicó que el problema de salud no le produce invalidez y que su condición de madre cabeza de familia no estaba debidamente demostrada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela antes reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9).

2. El problema jurídico

De acuerdo con los hechos antes planteados se formula la Corte Constitucional, los siguientes interrogantes ¿Desconoció la empresa Social del Estado Metrosalud los derechos fundamentales, como madre cabeza de familia, de la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve, al desvincularla de la entidad luego de haber suprimido el cargo de promotora de Salud, en el cual se encontraba inscrita en carrera administrativa? ¿Afectó la misma Administración, el derecho fundamental al debido proceso de la accionante con el procedimiento adelantado con ocasión de la supresión de un cargo de carrera administrativa? Antes de responder a estas preguntas habrá de analizarse si la acción de tutela procede en este caso, tal como se

hace a continuación.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Sea lo primero señalar que tal como se ha expuesto de forma reiterada en la jurisprudencia constitucional, la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de tal manera que la acción no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, ni en una herramienta que premie la desidia, la negligencia o la indiferencia de los actores.⁷

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

También ha sostenido la Corte Constitucional⁸, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y por tanto, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos.

Teniendo en cuenta que una de las características esenciales de la tutela es la inmediatez, la Corte ha señalado que esta figura ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Por consiguiente, ha señalado la Corporación, "... no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales ..." ⁹.

De conformidad con las pruebas que reposan en expediente, en el presente caso, la Sala encuentra que a la luz del principio de inmediatez la presunta vulneración de los derechos invocados es actual, en la medida en que entre la fecha de la desvinculación - 25 de octubre de 2005 - y la época de presentación de la demanda de tutela -23 de noviembre de 2005- transcurrió un poco menos de un mes.

3.2. Según lo ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, la acción de tutela fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que no pretende desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”.¹⁰ La jurisprudencia constitucional también ha precisado que este precepto se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso.¹¹ Por lo tanto, la idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla, en el citado artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuandoquiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La jurisprudencia de esta Corte¹² ha señalado que para efectos de esta disposición únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para

evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.¹³

Por otra parte, esta Corte ha manifestado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.¹⁴

En el caso bajo estudio la actora persigue a través de la presente acción su reintegro a la E.S.E. Metrosalud, siendo claro que cuenta con otro mecanismo judicial para hacer valer su exigencia, pues se trata de una discrepancia laboral que puede ser debatida ante la jurisdicción competente, razón por la cual, en principio, la acción de tutela no estaría llamada a prosperar. Sin embargo, también se evidencia que la demandante se encuentra ante la inminencia de un perjuicio irremediable, en tanto que: (i) en primer término, la actora es madre cabeza de familia¹⁵ y, por consiguiente, tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, razón por la cual la procedencia de la acción de tutela debe evaluarse desde una perspectiva de admisibilidad amplia y favorable a la preservación de los intereses de este grupo de población en condiciones de debilidad manifiesta;¹⁶ (ii) ha afirmado la accionante en su demanda que el salario constituye su única fuente de subsistencia y la de los miembros de su familia que dependen económicamente de la peticionaria; y (iii) es necesario tener presente que en este caso, los demás medios de defensa judicial no resultan ser lo suficientemente eficaces como para garantizar plenamente el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y de las personas a su cargo, dado

que en el punto planteado en la tutela parte de un derecho de opción cuya eficacia depende de su ejercicio oportuno.

En estos términos, encuentra la Sala que el perjuicio irremediable a que se ve sometida la actora se encuentra probado, pues el mismo es cierto, es inminente, es urgente y exige medidas inmediatas que prevengan la prolongación del daño que podría originarse al mantenerla desvinculada de la entidad.

Por lo anterior, se puede concluir que, a pesar de que la actora cuenta con otro mecanismo judicial para reclamar sus derechos, sus condiciones específicas de vida hacen temer que se configure un perjuicio irremediable si no se adopta una decisión pronta sobre su demanda, y por tanto la acción de tutela presentada por la actora se torna procedente precisamente para prevenir su ocurrencia.

4. La protección constitucional y legal de las madres cabeza de familia y los procesos de modernización del Estado

4.1. Ha sostenido esta corporación en varias oportunidades¹⁷, que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino también de la especial protección contenida expresamente en el artículo 43¹⁸ Superior que determina la obligación del Estado de apoyarlas de manera especial, en consideración a la difícil situación a la que deben enfrentarse al asumir de forma solitaria las tareas de crianza y de sostenimiento de sus menores hijos.

Dentro de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para proteger de manera efectiva a la madre cabeza de familia se encuentra la Ley 82 de 1993¹⁹ que inicia por definirla como “aquella mujer que siendo soltera o casada, tiene 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.”

4.2. Ahora bien, por expreso mandato constitucional, en los procesos de reforma institucional existe la obligación del Estado de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres cabeza de familia en sus empleos. Lo anterior obliga a las entidades públicas a adoptar medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia, de manera que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por la estabilidad en el empleo de la madre, y por la garantía de que de manera continuada pueda seguir sosteniendo a sus menores hijos o a aquellas personas que dependen económica o afectivamente de ella²⁰.

En materia de protección laboral reforzada para la madre cabeza de familia, la Ley 790 de 2002 ha previsto el denominado “reten social”, figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. En relación con esta institución, señaló la Corte en su sentencia C-1039 de 2003²¹:

“El objeto de la ley 790 de 2002, es renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar un adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

En desarrollo de este objetivo, el capítulo II de esta ley establece una protección especial con el fin de que no puedan ser retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

En general, la protección que contempla la disposición mencionada tiene por finalidad la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana.”

No obstante tal consagración, ha dicho la Corte Constitucional que la protección para la madre cabeza de familia, es mandato constitucional como ya se señaló y por tanto no puede limitarse su aplicación a las precisas circunstancias de la ley 790 de 2002.

Así se pronunció también, recientemente la sala Segunda de Revisión en sentencia T-356 de 200622:

«3.2. Frente a la posibilidad legítima que tiene el Estado para que dentro del cumplimiento de sus fines realice reformas o reestructuraciones, esta Corporación ha sido enfática en señalar, que como regla general, se debe procurar al máximo la estabilidad laboral de los trabajadores y trabajadoras que se vean afectados con la reforma institucional. Además, los procedimientos de reestructuración que perjudiquen grupos históricamente discriminados,

como son las mujeres cabeza de familia, exigen una mayor delicadeza y rigor de parte de las autoridades que realicen el ajuste, respetando por lo tanto, la tan mencionada estabilidad laboral reforzada y brindando alternativas diferentes al retiro del servicio. Respecto de tales sujetos, ha señalado la jurisprudencia que la indemnización constituye la última o más lejana de las alternativas y, por lo tanto, se debe velar hasta cuando sea posible por su permanencia en la entidad, debido a que su condición disminuye las posibilidades materiales de conseguir un nuevo empleo y únicamente su salario constituye el presupuesto básico del sostenimiento familiar.

3.3. Ahora bien, el Programa de Renovación de la Administración Pública (ley 790 de 2002) persigue 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. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección reforzada...»

En el mismo sentido se pronunció la Sala Primera de Revisión en sentencia T-768 de 2005²³ al resolver sobre la desvinculación de unas madres cabeza de familia de una empresa del orden distrital, mediante acto no motivado:

«En este orden de ideas, es del caso afirmar que si bien la supresión de empleos en los escenarios planteados responde a causas jurídicas distintas, la protección laboral reforzada, para el caso de las personas discapacitadas y las madres cabeza de familia es mandato

Constitucional, y su aplicación, en consecuencia, no se circunscribe exclusivamente a los programas de renovación de la administración pública. Así, se reitera, (i) para el caso de las personas discapacitadas, la protección constitucional se fundamenta en el deber del Estado Social de Derecho de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (Art. 13. C.P.). En lo referente a las madres cabeza de familia, (ii) la protección laboral reforzada deriva del imperativo constitucional, según el cual es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia y a su núcleo familiar. (Art. 42, 43, 44. C.P.) Así las cosas, dentro del asunto objeto revisión, la presunta vulneración no es consecuencia de la inobservancia del artículo 12 de la ley 790 de 2002, si no que es producto del desconocimiento de las garantías constitucionales».

4.3. Pero el reconocimiento de los derechos a favor de la madre cabeza de familia no opera en forma automática. Esta Corte ha desarrollado a través de su jurisprudencia los presupuestos que deben cumplirse para la debida identificación de las mujeres cabeza de familia, con el propósito de que puedan ser titulares de las acciones afirmativas previstas en la legislación, en consideración a su estado de indefensión. Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-388 de 200524:

“Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad

física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia”

En el expediente se encuentra fotocopia de la declaración extraproceso rendida por la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Medellín, en la que asegura ser “madre cabeza de familia” de quien dependen económicamente su hija menor de edad, sus padres y una hermana suya madre de 3 menores de edad. Sostiene además en su escrito de demanda que se trata de una madre soltera, cuya única fuente de ingreso es su salario y no existen pruebas que demuestren el aporte económico de otras personas para el grupo familiar. Es de anotar, que estas circunstancias no fueron desvirtuadas en manera alguna por la entidad accionada pudiendo hacerlo en su oportunidad procesal, por lo cual la Corte entiende que está cobijada por una presunción de veracidad, al amparo del principio de la buena fe (art. 83 C.P.).

De otra parte, obra en el expediente constancia de la enfermedad que la aqueja en su rodilla izquierda, diagnosticada como Condromasia Patelofemoral de rodilla izquierda desde el año de 1996, por el Jefe de la Sección de Salud Ocupacional de la E.S.E. Metrosalud, quien en varios escritos efectúa al jefe inmediato de la accionante recomendaciones médico laborales dirigidas a lograr un mejor desempeño laboral²⁵.

Al respecto esta Sala considera que si bien como lo afirma la entidad accionada, la incapacidad no ha sido valorada en legal forma por la instancia competente, reposa en el expediente prueba de las dolencias que la aquejan, las cuales sin duda afectan su salud, la hacen vulnerable y la ubican en circunstancias de debilidad y de especial protección.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

5. Supresión de cargos de funcionario inscritos en carrera administrativa dentro de los procesos de reestructuración de las entidades públicas. Incorporación, reincorporación e indemnización.

5.1. La estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inalterables. Las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, los factores económicos, son, entre muchas, razones por las cuales en algunas ocasiones resulta necesario proceder a reestructurar entidades públicas.

Sin embargo la Corte ha señalado en varias de sus sentencias²⁶, que tal proceso no puede realizarse de manera arbitraria, sino que a las autoridades les asiste el deber de respetar y proteger los derechos de los trabajadores. En la sentencia C-209 de 1997²⁷, 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.²⁸

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).²⁹

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.” (Negrilla fuera del texto).

Así entonces, como regla general, el proceso de reestructuración debe procurar no desconocer la estabilidad de los servidores en carrera³⁰ y por tanto, de ser posible, deben procurarse mecanismos que aseguren su reubicación dentro de la entidad. Cuando ello no es posible, procede la indemnización. En la sentencia T-876 de 2004³¹, dijo al respecto la Corte:

«En términos generales, cuando se habla de estabilidad laboral, debe entenderse que se trata de una garantía, que dadas ciertas condiciones se consagra a favor del trabajador, en el sentido de que pueda éste permanecer en el cargo en el cual se desempeña y recibir los beneficios y prestaciones que legalmente le correspondan, aún en contra de la voluntad de su empleador.

Para la Corte, es diferente la estabilidad laboral que tiene un empleado de carrera, a la estabilidad laboral que pueda tener quien ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, se ha afirmado:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.³²

Lo anterior no significa que frente a un proceso de reestructuración, no pueda separarse a un trabajador de su empleo; 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 que, en principio, no son amparables por vía de tutela.³³

Sin embargo, es la propia Constitución, la que exige que se respeten los derechos y las

garantías de los trabajadores. Así por ejemplo, el artículo 25 de la Carta, consagra la protección especial, a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, lo que impide que, bajo la excusa de la reestructuración, liquidación, supresión, tecnificación o cambio de propietarios de las empresas, estos derechos se vean desconocidos o disminuidos.

A su vez, el artículo 53 C.P., señala que “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.»

Y en materia de indemnización en caso de no poder ser reubicado el servidor dentro de la entidad, la Corte ha dicho en la Sentencia C-370 de 1999³⁴, reiterada entre otras en la Sentencia T-512 de 2001³⁵, lo siguiente:

La supresión de un cargo de carrera administrativa se puede producir por múltiples circunstancias, vr.gr. por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, etc. Objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr la optimización en términos de calidad, idoneidad y eficiencia del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos de los trabajadores.

Dado que la supresión de cargos así sea con los fines anotados implica necesariamente un

daño, surge con claridad meridiana el deber de reparación por parte del Estado, por que “si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13). Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2 C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral.”³⁶

El deber de indemnizar encuentra fundamento constitucional, en el hecho de que el empleado público de carrera administrativa “es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta. Por lo tanto, esos derechos no son inmunes al interés público pues el trabajador, como el resto del tríptico económico –del cual forma parte también la propiedad y la empresa- está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo 20 transitorio de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C.N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado.”³⁷

De otra parte, dicho resarcimiento del daño encuentra también apoyo en el artículo 90 del

estatuto superior, que conmina al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así las cosas, la indemnización que en la norma acusada se consagra no viola la Constitución, pues constituye un instrumento eficaz para resarcir el daño que el Estado le ocasiona al empleado público perteneciente a la carrera administrativa con ocasión de la supresión del cargo que venía desempeñando, sin interesar que esa decisión haya obedecido a claros fines de interés general o de mejoramiento del servicio.”

La posibilidad de que el trabajador sea reubicado dependerá de la intensidad del proceso de reestructuración y de la existencia de plazas por cubrirse.

5.2. El artículo 44 de la ley 909 de 200438, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 87 del decreto 1227 de 2005 que la reglamenta parcialmente, estipulan una prerrogativa para los empleados inscritos en la carrera administrativa a quienes se les suprima el cargo del cual son titulares como consecuencia de los procesos de reestructuración de las entidades, consistente en el derecho preferencial a ser incorporados a un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal.

De la misma forma dispone la norma y su decreto reglamentario, que en caso de no ser posible la incorporación podrán optar también por ser reincorporados a otros empleos equivalentes o a recibir una indemnización.

El artículo en mención consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESIÓN DEL CARGO. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.
2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

Como se observa, la ley 909 de 2004 diferencia la figura de la incorporación de la reincorporación, como opciones a las que tiene derecho un funcionario inscrito en la carrera administrativa al que se le suprima el cargo, indicando que el efecto de la incorporación es inmediato y debe darse en la misma entidad, mientras que para la reincorporación se tendrán en cuenta las siguientes reglas, de conformidad con el procedimiento estipulado en el Título VI del decreto - ley 760 de 200539 (arts. 28 y siguientes):

La reincorporación se efectuará dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

1. En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

3. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.
4. En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.
5. La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

Adicionalmente en caso de no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal, los artículos 29 y 30 del decreto – ley 760 de 1995 estipulan el deber que tiene la entidad en la cual se suprimió el cargo, de informar al ex – empleado tal circunstancia, indicándole, además, el derecho que le asiste a optar por la indemnización o por la reincorporación de conformidad con las reglas ya expuestas.

Las normas citadas consagran lo siguiente:

ARTÍCULO 29. De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2o del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO 30. El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar la indemnización u

optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior.

Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización.

Por su parte, el artículo 1º del decreto 1746 del 1º de junio de 2006, que modificó el artículo 89 del decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004, define lo que se entiende por cargo equivalente así:

Artículo 1º. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

En este caso, la Corte constata lo siguiente:

Mediante resolución No.00928 de 2005, del 18 de octubre de 2005, “Por medio del cual se da cumplimiento al acuerdo No.117 de octubre de 2005 mediante el cual se suprimen los cargos de la Unidad de Saneamiento Ambiental.”⁴⁰, proferida por el Gerente General de Metrosalud,

fue desvinculada del servicio por supresión del cargo la señora Gloria Aristizabal. En su condición de empleada de carrera, en el artículo cuarto se le informó sobre el deber de comunicar su decisión de acogerse a una de las siguientes opciones:

- * Ser incorporado a un empleo igual o equivalente conforme a las reglas establecidas en la Ley
- * O el reconocimiento y pago de una indemnización en los términos y condiciones establecidas por el parágrafo 2 del artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

Es así como, dentro del término que la entidad le confirió, mediante comunicación de fecha 26 de octubre de 2005, dirigida al Gerente de la entidad accionada, la señora Gloria Aristizabal expresó su intención de optar por “ser incorporada a un empleo igual o equivalente conforme a las reglas establecidas en la ley”, para lo cual adujo su condición de madre cabeza de familia y el hecho de no contar con otros ingresos para su manutención y la de su familia.⁴¹

Por lo anterior, mediante comunicación No.007649 del 21 de noviembre de 2005, la empresa le indicó que no existe cargos vacantes ni ocupados en provisionalidad en los cuales pueda incorporarse, en razón a que el cargo que ocupaba ya no existe en la empresa, ni tampoco existe otro cargo que tenga requisitos y funciones iguales o similares, tal como lo prevé la ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005. Adicionalmente le informa que “...no procede la incorporación en el cargo de Técnico Auxiliar de Equipo de Radio pues los requisitos y funciones para ocuparlo son sustancialmente diferentes a los de Promotor de Saneamiento”.⁴²

De lo anterior se concluye que no obstante estar previsto en la norma el procedimiento a seguir en los eventos en que no proceda la incorporación por no existir un cargo igual o

equivalente, la entidad omitió indicarle a la accionante, el derecho que le asiste de optar por ser reincorporada a un empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el decreto – ley antes citado, y por tanto no adelantó la actuación administrativa tendiente a hacer efectiva la reincorporación en caso de haber optado por ella o las gestiones tendientes al pago de la indemnización en caso de haber sido la opción escogida por la accionante.

En estos términos considera la Sala de Revisión que se ha menoscabado el derecho al debido proceso de la accionante en tanto que tratándose de una funcionaria titular de un derecho preferencial por encontrarse inscrita en carrera administrativa y adicionalmente cobijada con una protección laboral reforzada de origen constitucional, de conformidad con el procedimiento legal establecido para los casos de supresión de cargos de carrera administrativa, la administración ha debido indicarle además de las opciones de incorporación o de indemnización, la de la reincorporación.

Así las cosas, considera esta Sala de Revisión que la E.S.E. Metrosalud, desconoció la protección laboral reforzada de la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve, como madre cabeza de familia y en su condición de persona con discapacidad, en el marco de la reestructuración administrativa adelantada por la entidad, razón por la cual la Corte protegerá su derecho fundamental como madre cabeza de familia y persona en condiciones de debilidad manifiesta, así como el derecho fundamental al debido proceso que estaba obligada a seguir la entidad por tratarse de la supresión de un cargo de carrera administrativa.

Por lo anterior, dado que las alternativas otorgadas por las normas para la protección de los derechos de los empleados de carrera administrativa a quienes se le suprima el cargo son variadas, la Corte proferirá las siguientes ordenes:

Teniendo en cuenta que esta Corporación no puede ordenar por vía de tutela que se abran nuevas plazas laborales en la estructura de las entidades públicas pero sin perder de vista que la accionante es titular de un derecho constitucional a recibir un trato especial, el cual fue desconocido con la desvinculación, y además por tratarse de una funcionaria de carrera que goza de un derecho preferencial, dado que no es posible la incorporación por no existir en la planta de cargos uno igual o equivalente al cargo suprimido, la entidad deberá informarle por escrito a la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, el derecho que le asiste de optar por la reincorporación a un empleo de carrera igual o equivalente al suprimido o por percibir la indemnización a que haya lugar, conforme a los postulados legales.

En el evento en que la accionante opte por la reincorporación, mientras transcurre el término legal para efectuarla o se presenta la vacante del cargo de carrera que deba ocupar conforme a las reglas de la reincorporación establecidas en las normas, la E.S.E. Metrosalud deberá reintegrar a la accionante, si ella así lo desea, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de aceptación que la peticionaria envíe a la entidad, al cargo de Radioperador o Técnico Auxiliar de Equipo de Radio que se encontraba desempeñando en comisión al momento de su desvinculación, para lo cual se le pagará la remuneración que ese cargo tenga asignada al momento de la aceptación de tal opción.

En caso de no ser posible la reincorporación - bien porque no sea la opción elegida por la peticionaria o bien porque no reúna las exigencias previstas en la ley -, o en caso de no producirse el reintegro por voluntad de la accionante al cargo de Radioperador o Técnico Auxiliar de Equipo de Radio, la E.S.E. Metrosalud deberá iniciar las gestiones necesarias para proceder al pago de la indemnización respectiva en los términos de la ley.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por último, advierte la Corte que el amparo se concede como mecanismo transitorio cuando existen otras vías judiciales para controvertir el acto causante de la violación de los derechos fundamentales. Sin desconocer esa regla general, analizada cuando se estudió la

procedencia de la tutela en este caso, subraya la Sala que en este caso se presentan particularidades que justifican no imponerle a la tutelante la obligación de entablar la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes a la comunicación de esta sentencia. Estas particularidades concurrentes tienen que ver con las condiciones personales de la tutelante, con las circunstancias específicas en que se presentaron los hechos, y con las características de las órdenes impartidas en esta sentencia, todas las cuales apuntan a que la exigencia de acudir a la jurisdicción de lo contenciosos administrativo representaría una carga enorme sobre la tutelante al mismo tiempo que afectaría negativamente la secuencia del cumplimiento de lo aquí ordenado y la eficacia de dicho cumplimiento.

III. DECISIÓN

Como corolario de las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y en su lugar conceder de manera transitoria la protección constitucional a la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve como madre cabeza de familia y adicionalmente, amparar su derecho fundamental al debido proceso.

Segundo.- ORDENAR a la E.S.E. Metrosalud, que dentro de los cinco (5) días siguientes a notificación de la presente providencia, informe por escrito a la señora Gloria Julia Aristizabal Monsalve, el derecho que le asiste de optar por la reincorporación a un empleo de carrera igual o equivalente al suprimido o por percibir la indemnización a que haya lugar, conforme a los postulados legales.

En el evento en que la accionante opte por la reincorporación, mientras transcurre el término legal para efectuarla o se presenta la vacante del cargo de carrera que deba ocupar conforme a las reglas establecidas en las normas, la E.S.E. Metrosalud deberá reintegrar a la accionante, si ella así lo desea, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de aceptación que la peticionaria envíe a la entidad, al cargo de Radioperador o Técnico Auxiliar de Equipo de Radio que se encontraba desempeñando en comisión al momento de su desvinculación, con la remuneración que ese cargo tenga asignada al momento de la aceptación de tal opción.

En caso de no ser posible la reincorporación en los términos previstos en la ley, o en caso de no producirse el reintegro por voluntad de la accionante al cargo de Radioperador o Técnico Auxiliar de Equipo de Radio, la E.S.E. Metrosalud deberá iniciar las gestiones necesarias para proceder al pago de la indemnización respectiva en los términos de la ley.

Tercero.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, notificará la presente providencia dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación de que trata el numeral anterior.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 A folios 15 y 16 del expediente reposan fotocopias de las resoluciones No.1211 de octubre 8 de 2001 y No.1350 de noviembre 7 de 2001, mediante las cuales se comisionó a la accionante para apoyar a la Subdirección Científica de la Entidad, entre otras con las siguientes funciones: Informar acerca de la disponibilidad de recursos en hospitales; activar la red de comunicaciones para informar las disponibilidades y requerimientos de servicios médicos; dar pautas para el éxito de la acción de comunicación de requerimientos de servicios en condiciones normales, urgencias o desastres.

2 Cargo que desempeñó desde noviembre 27 de 1989 hasta el 7 de octubre de 2001.

3 A folio 18 del expediente, reposa declaración juramentada rendida por la accionante el 13 de octubre de 2005, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Medellín, en la cual afirma que es madre cabeza de familia, y que de ella dependen económicamente sus padres, su hija de 17 años de edad y además subsidia “económicamente” a una hermana con sus tres hijas. Indica que se encuentra pagando un crédito hipotecario por valor de \$31.000.000.00 y con su sueldo debe sufragar también los gastos de mercado y del mantenimiento del hogar, así como un préstamo por valor de \$5.000.000.00.

4 Ver folio 32 del expediente.

5 Ver folio 35 del expediente.

6 Ver informe de fecha agosto 15 de 1997 a folio 88 del expediente, el cual se adjuntó con el escrito de respuesta a la tutela por la entidad accionada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

8 Sentencia T-575 de 2002, ya citada.

9 Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra),

T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

11 Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

12 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

13 Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

14 Ver, a este respecto, las sentencias T-719 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

15 A folio 18 del expediente reposa declaración extraproceso rendida por la accionante en la que afirma tener la condición de madre cabeza de familia.

16 En sentencias T-892 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, esta Corporación afirmó: “(...) el amparo por vía de tutela es procedente cuando el titular del mismo es una de las personas que, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón a su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, entre otros. // (...) gozan de un derecho de trato o protección especial, el cual conlleva, entre otras posibilidades, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna.”.

17 Ver sentencias C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-964 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-044 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

18 El artículo 43 de la Constitución dispone: «La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia»

19 “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”

20 Ver Sentencia SU-388 de 2005, M.P. Clara Inés Hernández Vargas.

21 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esa oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión madres en la redacción del artículo 12 de la Ley 790.

22 Se resolvió la acción de tutela de una madre cabeza de familia en contra de TELETULUA S.A. E.S.P. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sobre el particular se puede consultar también la sentencia T-1183 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En la que se afirma: “Esta argumentación parte de suponer que existe una relación inescindible entre la pertenencia al plan de renovación de la administración pública previsto en la Ley 790 de 2002 y el carácter vinculante de las medidas de estabilidad laboral reforzada a favor de las madres cabeza de familia. No obstante, la Sala estima que es precisamente la sentencia SU-388/05 la que desvirtúa esta relación, en tanto sustenta la exigencia de acciones afirmativas a favor de ese grupo no en las disposiciones de origen legislativo sobre reforma estatal, sino en expresos mandatos constitucionales que obligan a otorgar una discriminación positiva que garantice la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia con una intensidad mayor que los demás servidores públicos...” (resaltado fuera del texto)

23 M.P. Jaime Araujo Rentería.

24 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

25 A folios 8 a 14 del expediente se encuentran fotocopia de los memorandos suscritos por el Jefe de Salud Ocupacional del Municipio de Medellín y de Metrosalud, de fechas diciembre de 1996, agosto de 1999, abril, mayo y noviembre de 2000, en los que consta la “patología de rodilla de tipo crónico degenerativo” y el diagnóstico de “Condromalasia Patelofemoral de rodilla izquierda”, de la accionante, por lo cual sugirió entre otras: “...evitar marchas continuas por tiempo mayor de una (1) hora...”; (...) “... no subir y bajar escalas o cuevas empinadas”; “Evitar sobreesfuerzos que impliquen presión de rótula. (...) Reiniciar funciones o actividades de campo en forma paulatina hasta llegar a mitad de tiempo en oficina y la otra mitad por fuera”, (...) Desempeño de actividades por fuera de oficina en áreas o lugares no pendientes...”.

26 Ver entre otras las sentencias T- 321 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en la Sentencia T-512 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

27 M.P. Hernando Herrera Vergara. Ver también las sentencias T-876 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-1161 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

28 Ver la Sentencia C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

29 Ver la Sentencia C-074 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

30 Al respecto, la Corte ha establecido que los empleados de “carrera administrativa son los que ofrecen mayor seguridad y estabilidad al trabajador y limitan en mayor grado la libertad del empleador para vincular y retirar al empleado. El ingreso de un empleado a la carrera está supeditado únicamente al cumplimiento de los requisitos contenidos en la Constitución y en el estatuto especial que la regula, y su permanencia en ella sólo debe estar condicionada a la idoneidad del empleado, al cumplimiento de las funciones de modo eficiente y eficaz y al logro de la mejor prestación del servicio público.” Sentencia T-454 de 2005 de esta misma Sala, en la cual se cita la sentencia C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

31 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

32 Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

33 Sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

34 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

35 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

36 Sentencia C-613 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

37 Sentencia C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, reiterada en las sentencias C-104 de 1994, C-527 de 1994, C-96 de 1995, C-522 de 1995, entre otras.

38 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa,

gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Esta ley derogó la ley 443 de 1998, a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82.

39 Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

40 Ver folio 19 del expediente.

41 Ver folio 23 del expediente.

42 Ver folio 26 del expediente.