

RETEN SOCIAL - Origen de las acciones afirmativas / ACCIONES AFIRMATIVAS - Concepto; consagración en la Ley 790 de 2002 / GRUPOS VULNERABLES - Acciones afirmativas: igual, real y estática / MADRES CABEZA DE FAMILIA - Retén social

El legislador en cumplimiento de mandatos constitucionales (relacionados con los fines últimos del Estado Social de Derecho, la protección del núcleo familiar, de los niños o de las personas de la tercera edad) tiene la obligación de velar por la igualdad real y efectiva de los derechos fundamentales, y en consecuencia debe adoptar medidas a favor de los grupos discriminados y marginados protegiendo a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El cumplimiento de estos cometidos se materializa mediante lo que históricamente se ha denominado “Acciones Afirmativas”, respecto de las cuales la Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse definiéndolas así: “Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”. En efecto, el Congreso de la República mediante Ley 790 de 2002 y el Gobierno Nacional mediante el Decreto 190 de 2003, quisieron materializar el mentado concepto doctrinal, dentro del escenario de la renovación de la Administración Pública, con el fin de que la idea de igualdad sustantiva o material se pudiera hacer exigible y cierta en dicho ámbito. Pues bien, en el mencionado precepto se parte de la existencia de un proceso de reestructuración de un ente público. No obstante, tales ajustes institucionales no pueden implicar el desconocimiento de los intereses de la comunidad en general y de los trabajadores de la entidad en particular, pues ello generaría un desobedecimiento al designio del constituyente pese a que se ajustara a los lineamientos que la ley establece para los Acuerdos de Reestructuración. Y es precisamente éste último aspecto el que se pretende proteger a través de la positivización de las Acciones Afirmativas, de modo que se ponderen los dos valores: el de la necesidad de hacer reestructuraciones administrativas a través de procesos de modificación de la planta de personal de las entidades públicas y, el de la protección a ciertos grupos especialmente vulnerables en esos procedimientos como las madres cabezas de familia.

RETEN SOCIAL - Destinatarios: madres o padres cabeza de familia, discapacitados y próximos a pensionarse / BENEFICIARIOS DEL RETEN SOCIAL - No está supeditado a la forma de vinculación laboral / PADRE CABEZA DE FAMILIA - Amparo como mecanismo transitorio ante decisión que negó reubicación

Ahora bien, el señor Luis Eduardo Nieto fue un funcionario vinculado a la Comisión Nacional para la Policía nombrado en el cargo de Profesional Especializado Grado 3010-18, cargo éste que según lo afirma la impugnante es de libre nombramiento y remoción. A juicio del apoderado del recurrente, este es el argumento que hace inaplicable la ley de estabilidad reforzada en el caso concreto, pues la figura del retén social está dirigida solamente a las personas vinculadas a la Administración Pública mediante concurso y que por lo tanto ocupan un cargo de carrera administrativa. En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada no puede verse restringida a la fijación de un criterio estructuralista u orgánico como el que sugiere la Comisión Nacional para la Policía, pues, en primer lugar, el legislador en ningún momento definió un sujeto activo cualificado o determinado para ser destinatario de la norma, dado que simplemente enunció que lo serían las “madres cabeza de familia”, “las personas” con algún tipo de discapacidad y “los servidores” próximos a pensionarse. Se advierte además que la condición de madre o padre cabeza de familia se adquiere independientemente de las condiciones formales que la configuren, de modo que no puede estar subordinada a la existencia de una determinada forma de

vinculación laboral con la Administración Pública, sino que debe obedecer a presupuestos materiales que más adelante entrarán a analizarse. Adicionalmente, debe tenerse presente que pese a que el demandante había desempeñado un cargo de libre nombramiento y remoción, la Administración no hizo uso de la facultad discrecional que es propia para desvincular al demandante, sino que, por el contrario, en el proceso de reestructuración al que fue sometida la entidad, le exigió la documentación necesaria para que pudiera ser cobijado con la figura del reten social, y la razón para decidir prescindir de sus servicios fue la del incumplimiento de los presupuestos establecidos en la ley para ser considerado padre cabeza de familia. En tal sentido y bajo las consideraciones anteriormente expuestas, al suprimirse el cargo del actor en virtud de un proceso de reforma institucional le es aplicable lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y lo establecido en sus decretos reglamentarios tales como el Decreto 190 de 2003, independientemente de la naturaleza del cargo desempeñado. La Sala observa que el amparo procede de manera transitoria pero sobre la decisión de la Comisión Nacional para la Policía que negó la solicitud de reubicación al actor en otras dependencias del Ministerio de Defensa Nacional arguyendo que no cumplía con los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico para tener la condición de padre cabeza de familia, mientras el señor Nieto Guerrero impetra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que procede en este caso.

ESTABILIDAD REFORZADA - Madres o padres cabeza de familia; requisitos / MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA - Requisitos

La protección a ese grupo de personas ha sido definida por la Ley 82 de 1993 y en el escenario de reajustes institucionales por la Ley 790 de 2002. La Corte Constitucional ha sintetizado los requisitos de existencia de la figura, así: “En ese contexto, puede señalarse que la condición de madre cabeza de familia se manifiesta a partir de dos condiciones generales: (i) la responsabilidad que se tiene sobre aquellas personas incapacitadas para trabajar por razones de edad, físicas o mentales, y cuyo sustento y cuidado dependen, por lo tanto, exclusivamente de la mujer que está encargada de la dirección del hogar, pues como lo ha sostenido esta Corporación, el trato especial que el ordenamiento jurídico ha previsto no solo está dado en función de la madre cabeza de familia, sino de las personas que están bajo su cuidado; y (ii) el carácter exclusivo de esa responsabilidad, en la medida en que no se cuente con el apoyo de alguna otra persona para sobrellevar las cargas en el hogar, pues la pareja se sustrae injustificadamente del cumplimiento de sus obligaciones y no se cuenta con la ayuda de algún otro miembro de la familia o, como lo ha manifestado la jurisprudencia, no se tenga alternativa económica... 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. Para tener dicha condición debe reunir los presupuestos indispensables, como son: (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”.

PADRE CABEZA DE FAMILIA - Prueba idónea de requisitos: declaración ante notario

En consonancia con lo previsto en la Ley 82 de 1993 y en la jurisprudencia transcrita, el demandante debió acreditar que tenía a su cargo la dirección del hogar, esto es, que fuese padre

soltero o que estando unido en matrimonio o de hecho, su cónyuge o compañera, respectivamente, estuviera discapacitada física, sensorial, síquica o mentalmente. Pues bien, la Corte Constitucional ha dispuesto con apoyo en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1992, que la forma idónea de demostrar tal situación es la siguiente:“(...) (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.” Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo.”

PADRE CABEZA DE FAMILIA - Amparo frente a prueba suficiente de requisitos / TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO - Padre cabeza de familia

En ese orden, el demandante presentó ante el ente demandado copia del registro Civil de Matrimonio en el que daba cuenta que la señora María del Carmen Parra Gómez se había unido en matrimonio con el señor Luis Eduardo Nieto. También, presentó copia del registro civil de nacimiento de su hijo Juan Camilo Nieto Parra, quien para este momento tiene once (11) años de edad. En tal sentido, el actor debía allegar a la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la entidad demandada la declaración ante notario de que su cónyuge estaba incapacitada para desempeñarse laboralmente, documento este que obra a folio 48, dejando entonces acreditada la condición de padre cabeza de familia, antes de la expedición del Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007, por medio del cual se suprimió la planta de personal, de acuerdo con las exigencias que para el caso dispuso el legislador, sin que existan pruebas que permitan acreditar el aporte económico de otras personas para la manutención de su grupo familiar. Así mismo, se observa que no existen otros ingresos o emolumentos diferentes a su renta laboral que le permitan mantener su congrua subsistencia en condiciones dignas y justas, y las de las personas a su cargo tales como el pago de las matrículas escolares de su hijo o la de la atención médico asistencial de su cónyuge. En consecuencia, verificados los requisitos fácticos expuestos por la doctrina constitucional para ostentar la condición de padre cabeza de familia, encuentra esta Sala que el actor es titular de la garantía constitucional de estabilidad laboral reforzada en los términos anteriormente señalados. La Sala adicionará la decisión judicial objeto de impugnación, en el sentido señalar que el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero deberá dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que decidió negarle la reubicación en una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional por considerar que no cumplía con los requisitos fijados en el ordenamiento jurídico para tener la condición de padre cabeza de familia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 08001-23-31-000-2007-02725-01(AC)

Actor: LUIS EDUARDO NIETO GUERRERO

Demandado: OFICINA DEL COMISIONADO NACIONAL PARA LA POLICIA

Referencia: IMPUGNACION SENTENCIA. ACCION DE TUTELA

Se decide la impugnación formulada por la Comisión Nacional para la Policía Nacional contra la sentencia del 18 de diciembre de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se ampararon los derechos fundamentales del actor.

I.- La pretensión y los hechos en que se funda

El 28 de noviembre de 2007, el señor Luis Eduardo Nieto actuando en nombre propio promovió acción de tutela contra la Oficina del Comisionado para la Policía, en la que invocó como violado el derecho al trabajo.

En el acápite de las pretensiones solicitó:

“1. Se sirva admitir la presente solicitud de TUTELA y darle el trámite preferente y sumario que la Constitución y la Ley señalan, reconociendo la violación a mis derechos fundamentales y amenaza o vulneración a otros ocasionándome daños de carácter irreparable, como lo es principalmente el que se me niegue el derecho al trabajo con implicación y violación de los derechos fundamentales de mi familia constituida por mi esposa y mi menor hijo.

2. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la señora COMISIONADA NACIONAL PARA LA POLICÍA, doctora BLANCA CORTES PINZÓN, proceder a reconocer mi condición de PADRE CABEZA DE FAMILIA y proceder igualmente a tramitar lo pertinente para aplicarse tal condición en lo relacionado con los mandamientos del artículo 5 del Decreto 3123 del 17 de agosto de 2007, específicamente en cuanto a que los funcionarios que hayan acreditado la condición de padres cabeza de familia y a quienes se les suprime el cargo en virtud de este decreto “...serán incorporados en un empleo igual o equivalente que para el efecto se cree en la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar, del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de Colombia o del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Bienestar de la Policía Nacional de Colombia...”

3. Que se declare en abstracto que con la emisión y vigencia de los actos administrativos fuente de esta acción, se me causaron perjuicios de índole moral y material que deberían ser resarcidos por la OFICINA DEL COMISIONADO NACIONAL PARA LA POLICÍA, conforme a las reglas que sobre esta materia dicta el Decreto 2591 de 1991 y demás normas reglamentarias. .

Se exponen como fundamentos fácticos los que a continuación se enuncian:

- 1.- Mediante Resolución No. 030 del 6 de diciembre de 1999 expedida por la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero fue nombrado en el cargo de Profesional Especializado Grado 3010-18 de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, habiendo trabajado en dicha dependencia de manera ininterrumpida hasta el pasado 30 de octubre de 2007 en el cargo de Profesional Especializado Código 2023 Grado 17.
- 2.- El Ministerio de Defensa Nacional expidió el Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007 mediante el cual se suprimieron algunos empleos de la planta de personal de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, entre ellos el del demandante, desconociendo, a su juicio, la condición de ser padre cabeza de familia.
- 3.- Una vez comunicada tal decisión, el actor recurrió ante la Coordinadora del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional solicitando le fuera respetada la situación de ser padre cabeza de familia, ante lo cual, dicha dependencia decidió remitir por competencia a la Comisionada Nacional para la Policía, quien resolvió negarle la petición considerando que no era válido el reconocimiento de padre cabeza de familia certificado el 3 de abril de 2007, por cuanto no existía valoración de pérdida laboral de su cónyuge a cargo de Famisanar, y en consecuencia, tenía el carácter de algo pendiente por acreditar. Adujo que tal documento había sido incorporado de manera fraudulenta a la hoja de vida del señor Luis Eduardo Nieto.
- 4.- Respondiendo a la afirmación hecha por la Comisionada Nacional para la Policía, el demandante explicó el trámite al que se había sometido con el fin de que le fuera reconocida la condición de ser padre cabeza de hogar.

En efecto, sostuvo que el 29 de marzo de 2007 procedió a elevar tal solicitud ante la Coordinación del Grupo de Talento Humano de la entidad, siéndole respondida el 30 de marzo del mismo año requiriéndole que allegara los documentos necesarios para tal reconocimiento.

El 3 de abril de 2007 el actor entregó la información solicitada, y ese mismo día le fue expedida certificación de acreditación de su condición de ser padre cabeza de familia.

Días más tarde, el 9 de abril realizó otra declaración, ahora ante notario público, reafirmando la condición de ser padre cabeza de familia.

No obstante, la Coordinadora del Grupo de Talento Humano resolvió adelantar una solicitud de concepto médico de la cónyuge del actor ante Famisanar el 11 de abril de 2007, ante lo cual esta entidad respondió el 18 de abril de 2007, pero solamente hasta el 17 de mayo de la misma anualidad la coordinadora le informó al Señor Nieto Guerrero que debía acercarse a Famisanar para que le fuera emitida la orden de iniciar el trámite de certificación de la pérdida de capacidad laboral de su esposa.

El 24 de septiembre, después de haberle informado a la Comisión Nacional para la Policía del agotamiento de los pasos para que le fuese expedida la citada certificación, Famisanar entrega al demandante los resultados de los exámenes médicos efectuados para determinar la pérdida de capacidad laboral de la esposa.

Señaló que se encuentra sin empleo y sin posibilidad alguna de obtener ingresos con los cuales atender las mínimas obligaciones personales y familiares, situación ésta que es calificada como un perjuicio de carácter irremediable que hace viable la protección del derecho fundamental al

trabajo de manera transitoria.

III.- La Respuesta de los Demandados

La Secretaria General de la Comisión Nacional para la Policía contestó la demanda exponiendo los argumentos que a continuación se enuncian:

Indicó que el demandante no acreditó en su oportunidad, esto es, el día en el que le fue comunicada la supresión de la planta de personal, que su esposa tuviera, debidamente probada por la EPS a la cual se encontraba afiliado, una incapacidad visual que le permitiera acreditar su condición de padre cabeza de familia.

Expresó que los documentos requeridos para tener tal calidad fueron allegados a la hoja de vida del demandante de manera fraudulenta, hecho que fue puesto en conocimiento de las entidades competentes para su investigación.

En ese orden de ideas, a juicio del demandado, no puede pretender el actor que se le imponga la carga de la prueba a la Administración de acreditar los requisitos de padre cabeza de familia.

Agregó que también era improcedente la tutela presentada pues el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial.

En lo que hace a la pretensión de reintegro del señor Luis Eduardo Nieto Guerrero, manifestó que era imposible jurídica y físicamente acceder a tal solicitud, atendiendo primeramente a la naturaleza jurídica del ente demandado, sin encontrar además una causa legal para que este pudiese devengar un salario.

En cuanto a la imposibilidad física, adujo que dentro del ente demandado no existía un cargo igual al que fue suprimido, con equivalente ubicación y con funciones similares a las desempeñadas por el solicitante de la tutela.

Para ilustrar la anterior afirmación trajo a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil identificado con el número 1302 del 12 octubre de 2000, del que se desprende que no es procedente el reconocimiento y pago de suma alguna de dinero en sede de tutela, pues sería contrario a la filosofía de esta acción.

IV.- El Fallo Impugnado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 18 de diciembre de 2007 se pronunció sobre la presunta vulneración del derecho al trabajo, aduciendo que la Comisión Nacional para la Policía Nacional había vulnerado el citado derecho fundamental, teniendo presente que el amparo procedía de manera transitoria por vislumbrarse un perjuicio irremediable

Trajo a colación algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con el tema del retén social, para decir que el objeto de la presente tutela se circunscribía a verificar si el demandante cumplía con los requisitos que la ley había establecido para acceder a esta clase de protección.

En consecuencia, no podía el juez constitucional evaluar si el documento que dice la Secretaria General de la Comisión Nacional para la Policía Nacional que fue incorporado a la hoja de vida presuntamente de manera fraudulenta, indispensable para que el señor Nieto Guerrero pudiese ostentar la calidad de padre cabeza de familia, fue adjuntado o no de esa forma, dado que para

ello existen procedimientos especiales y organismos competentes.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 790 de 2002, en el Decreto 190 de 2003 por el cual se reglamentó parcialmente la citada ley y en los memorandos expedidos por la entidad, para tener la calidad de padre cabeza de familia, encontró el Juzgador de Primera Instancia que el presupuesto que echaba de menos el demandado se encontraba acreditado. Explicó la anterior afirmación de la siguiente manera:

La Comisión Nacional para la Policía Nacional adujo que el actor dio cumplimiento a los requisitos exigidos en los numerales 1 al 6 del memorando fechado el 29 de marzo de 2007 emitido por la Coordinadora de Talento Humano, pero omitió el consagrado en el numeral 7º, es decir, “Indicar si tiene algún hijo, hija u otra persona inválida que dependa económicamente de usted y de manera exclusiva, ya sea por ausencia o incapacidad física, psíquica o sensorial o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Señaló, que a folio 25 del cuaderno número uno (1) se encontraba una declaración juramentada del señor Luis Eduardo Nieto realizada el 9 de abril en la cual manifestaba bajo la gravedad del juramento que su cónyuge poseía deficiencias visuales.

También, obra certificación calendada el 3 de abril de 2007 en la que la Coordinadora del Grupo de Talento Humano manifiesta que el actor allegó la totalidad de la documentación requerida para ser padre cabeza de familia.

Así mismo, reposa en el expediente una solicitud de la Coordinadora del Grupo de Talento Humano a FAMISANAR E.P.S. con el fin de que le sea expedido concepto médico de la señora María del Carmen Parra Gómez, ante lo cual la citada Empresa Prestadora de Salud le responde que la señora Parra Gómez debe acercarse a dicha entidad para emitirle la orden de calificación.

Acto seguido, el demandante realizó el trámite requerido para que le fuese determinado el grado de incapacidad laboral de su esposa, el que le fue expedido el 18 de mayo de 2007.

A juicio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, todos estos documentos demuestran, primeramente, el grado de diligencia del señor Luis Eduardo Nieto para recaudar la información exigida por la demandada. En segunda instancia, evidencia que la Comisionada Nacional para la Policía Nacional disponía de todos los documentos por ella exigidos para tener al demandante dentro de los beneficiarios del llamado “Retén Social”. En tercer lugar, indicó que debía recordarse que dicho ente no había requerido directamente al demandante para que allegara los soportes que demostraran la incapacidad de su esposa, sino que fue la entidad la que inició el trámite ante FAMISANAR EPS para recaudar dicha información.

Para el efecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó de manera transitoria el derecho fundamental al trabajo del señor Luis Eduardo Nieto Guerrero, y en consecuencia, ordenó que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión sea incorporado en la planta de personal de la Comisión Nacional para la Policía.

V.- La Impugnación

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional – Comisión Nacional para la Policía impugnó el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de los corrientes, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la solicitud de tutela en lo

que hace a la imposibilidad jurídica y física de cumplir con la orden de reubicación.

En lo que hace a la aplicación del “Retén Social” dijo ser improcedente, dado que la mencionada figura es aplicable a los empleados de carrera administrativa, y no a los que como el señor Luis Eduardo Nieto estaban vinculados por nombramiento más posesión.

Adujo que no se había acreditado en forma idónea y oportuna la calidad de “Padre Cabeza de Familia”, toda vez que la certificación de incapacidad laboral de la cónyuge del demandante solo fue presentada un mes y siete días después de la expedición del Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007, por medio del cual se suprimieron los empleos de la planta de personal de la oficina del Comisionado Nacional para la Policía.

Así las cosas, no es admisible pretender como lo hace el fallador de primera instancia que la administración postergue una decisión como la de suprimir unos empleos de la planta de personal, bajo el argumento de mantenerse a la espera de que un servidor público acredite en la forma como lo exigen las disposiciones legales la calidad de discapacitada de su cónyuge.

Arguyó que tampoco resulta procedente pensar que como se sugiere en el fallo que se impugna, la administración hizo algo indebido al requerirle en forma directa a la EPS FAMISANAR, la certificación correspondiente para acreditar la discapacidad de la cónyuge del tutelante, pues por el contrario lo que se quiso fue coadyuvar el trámite.

Tampoco puede inferirse un desconocimiento de la exigencia del requisito respecto del tutelante, quien como se sugiere, solo hasta ese momento se entera de la exigencia de la certificación, pues el Decreto 190 de 2003 que contiene el mentado requisito, fue publicado en el Diario Oficial No. 45081 del 30 de enero de 2003, circunstancia que hace presumir que su contenido era conocido por todas las personas.

Ahora, concluyó que no puede pretenderse que se tenga que dar por acreditada la calidad de discapacitada del cónyuge del señor Luis Eduardo Nieto con una declaración extrajuicio, en abierta oposición del contenido de la anterior normativa, en la que se señala en forma expresa la obligación de demostrar la discapacidad para efectos de ser considerado como beneficiario de lo que se ha denominado “Retén Social”.

Se desconoce expresamente las irregularidades en el trámite administrativo, pues el documento que hace falta en lo hoja de vida del actor no podía producir ningún efecto.

Aseguró que con el fallo impugnado se habían desconocido abiertamente otros pronunciamientos judiciales en los que se reitera la necesidad de que las discapacidades se acrediten antes de la expedición de los actos administrativos de supresión de la planta, sin que sea viable obtener el amparo por vía de tutela.

Adicionalmente, afirmó haberse incurrido en vía de hecho pues no se acreditan los supuestos de hecho ni de derecho para la prosperidad del amparo de tutela. También, hubo una indebida integración de legitimación en la causa por pasiva pues además de vincular al Ministerio de Defensa Nacional se vinculó a una entidad que no existe, es decir, al Comisionado Nacional para la Policía.

Arguyó que la tutela no era el mecanismo de defensa judicial procedente para disponer el reintegro de servidores públicos, y que tampoco procedía el amparo transitorio puesto que no se había probado su existencia.

Finalmente, solicitó fuera revocado el fallo de primera instancia habida consideración de que no se ha vulnerado derechos fundamental alguno del señor Luis Eduardo Nieto Guerrero.

VI.- Consideraciones

1.- Pretende el demandante la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, el derecho al debido proceso y al trabajo, vulnerados, a su juicio, por el Tribunal Administrativo del Atlántico. En ese contexto, con miras a la protección de tales derechos solicita:

“1. **Tutelar** los derechos fundamentales constitucionales al Mínimo Vital, al Trabajo, Debido Proceso Administrativo, Igualdad, Libre Desarrollo de la Personalidad, Vivienda Digna, Igualdad y a la **Estabilidad Laboral Reforzada**, todo lo anterior por la condición de Madre Cabeza de Familia trabajadora de la Universidad del Atlántico y servidora pre-pensionable en el marco de las normas legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre **Retén Social** de la señora **Piedad del Socorro Cotes Ospina**, quien además no posee alternativa económica alguna para su subsistencia y la de su núcleo familiar (madre e hija estudiante)

2. Como consecuencia de lo anterior y considerando la especial protección que emana del artículo 43 de nuestra Norma de Normas para la mujer cabeza de hogar y demás preceptos legales concordantes, comedidamente solicito a los Señores Magistrados ordenar a los accionados el reintegro o reincorporación de la señora **Cotes Ospina** al cargo de Auxiliar Administrativo o en otro equivalente en la planta de personal administrativo vigente en la actualidad

3. Adicionalmente, solicito se reconozca a la señora **Piedad del Socorro Cotes Ospina** las mesadas salariales dejadas de cancelar desde su irregular desvinculación hasta el fallo de la presente acción de tutela”.

2.- En orden a resolver lo pertinente en este asunto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública" o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Dispone así mismo el mencionado artículo que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.- Pues bien, precisa la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar los siguientes aspectos: (i) puntualizar si la figura del Retén Social es aplicable a funcionarios de libre nombramiento y remoción, (ii) verificar cuál es la oportunidad para que un servidor acredite que ha cumplido con los requisitos para ser considerado un padre cabeza de familia y ser titular de los beneficios que se desprenden de tal calidad en un proceso de reestructuración de la entidad a la que se encontraba vinculado y, (iii) determinar si una declaración ante notario es suficiente para probar la condición de disminución de capacidad laboral de la cónyuge del demandante a efectos de demostrar su condición de padre cabeza de familia.

Para resolver los mencionados problemas jurídicos considera la Sala necesario analizar el

contenido del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, por cuanto la impugnación se orienta a controvertir su aplicación al caso sub examine.

Al tenor, la mencionada normativa dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. <Apartes en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles> **De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.**

La citada disposición consagra tres elementos importantes de los que depende su aplicación: el primero de ellos tiene que ver con la figura del Retén Social y las llamadas Acciones Afirmativas y su consagración dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El segundo se refiere al ámbito de aplicación de la mentada figura desde una óptica estructuralista de Estado. Y por último, el tercer elemento, alude a los presupuestos que la ley ha previsto y la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para que una mujer tenga la condición de madre cabeza de familia.

Así las cosas, la Sala entrará a estudiar cada uno de esos elementos en aras a solucionar los problemas jurídicos planteados:

1.- Retén Social:

El legislador en cumplimiento de mandatos constitucionales (relacionados con los fines últimos del Estado Social de Derecho, la protección del núcleo familiar, de los niños o de las personas de la tercera edad) tiene la obligación de velar por la igualdad real y efectiva de los derechos fundamentales, y en consecuencia debe adoptar medidas a favor de los grupos discriminados y marginados protegiendo a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta

El cumplimiento de estos cometidos se materializa mediante lo que históricamente se ha denominado “Acciones Afirmativas”, respecto de las cuales la Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse definiéndolas así:

“Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afecta, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.

En efecto, el Congreso de la República mediante Ley 790 de 200

y el Gobierno Nacional mediante el Decreto 190 de 2003, quisieron materializar el mentado concepto doctrinal, dentro del escenario de la renovación de la Administración Pública, con el fin de que la idea de igualdad sustantiva o material se pudiera hacer exigible y cierta en dicho ámbito.

Pues bien, en el mencionado precepto se parte de la existencia de un proceso de reestructuración

de un ente público; sin embargo, es menester señalar que tal proceso no es de suyo una actividad contraria a lo que el orden constitucional y legal ha previsto en materia de estabilidad reforzada, por el contrario, se configura como una respuesta a la satisfacción de las necesidades propias de la función o del servicio que prestan algunos entes públicos que se ven afectados por cuestiones de naturaleza fiscal como la incapacidad de sostenimiento de una empresa, avances tecnológicos que hacen que se prescindan de mano de obra, las transformaciones sociales y culturales que inciden en que se ejecuten cambios con fines altruistas de manera que contribuyan a que la idea de consolidación de la Rama Ejecutiva como el poder de materialización de los derechos y deberes de funcionarios y particulares sea una realidad.

No obstante, tales ajustes institucionales no pueden implicar el desconocimiento de los intereses de la comunidad en general y de los trabajadores de la entidad en particular, pues ello generaría un desobedecimiento al designio del constituyente pese a que se ajustara a los lineamientos que la ley establece para los Acuerdos de Reestructuración.

Y es precisamente éste último aspecto el que se pretende proteger a través de la positivización de las Acciones Afirmativas, de modo que se ponderen los dos valores: el de la necesidad de hacer reestructuraciones administrativas a través de procesos de modificación de la planta de personal de las entidades públicas y, el de la protección a ciertos grupos especialmente vulnerables en esos procedimientos como las madres cabezas de familia.

2.- Destinatarios de la Protección:

De conformidad con lo estatuido en el artículo primero de la Ley 790 de 2002, los destinatarios de la estabilidad reforzada son los siguientes sujetos:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero fue un funcionario vinculado a la Comisión Nacional para la Policía nombrado en el cargo de Profesional Especializado Grado 3010-18, cargo éste que según lo afirma la impugnante es de libre nombramiento y remoción. A juicio del apoderado del recurrente, este es el argumento que hace inaplicable la ley de estabilidad reforzada en el caso concreto, pues la figura del retén social está dirigida solamente a las personas vinculadas a la Administración Pública mediante concurso y que por lo tanto ocupan un cargo de carrera administrativa.

En este aspecto, debe la Sala ser categórica en aclarar que la protección a la que se ha venido haciendo referencia no deviene de una disposición legal sino de un mandato constitucional e institucional relacionado con la forma de estado que hemos adoptado, cual es, el Estado Social de Derecho; de allí, que la positivización de las denominadas Acciones Afirmativas, como mecanismos de amparo de grupos marginados de la población, encuentre sustento directo en la Carta Suprema y en los principios fundantes de la misma.

En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada no puede verse restringida a la fijación de un criterio estructuralista u orgánico como el que sugiere la Comisión Nacional para la Policía,

pues, en primer lugar, el legislador en ningún momento definió un sujeto activo cualificado o determinado para ser destinatario de la norma, dado que simplemente enunció que lo serían las “madres cabeza de familia”, “las personas” con algún tipo de discapacidad y “los servidores” próximos a pensionarse.

En segundo lugar, es claro que el reconocimiento especial a que alude la normativa en cita, debe ser aplicable cuando las condiciones para su existencia se den, esto es, debe ser entendida desde un punto de vista material y no meramente formal, como quiera que se encuentra en suspenso la efectividad de derechos de índole constitucional (como por ejemplo el mínimo vital), derechos estos que se han considerado como elementales para la existencia digna de la persona.

Se advierte además que la condición de madre o padre cabeza de familia se adquiere independientemente de las condiciones formales que la configuren, de modo que no puede estar subordinada a la existencia de una determinada forma de vinculación laboral con la Administración Pública, sino que debe obedecer a presupuestos materiales que más adelante entrarán a analizarse.

Adicionalmente, debe tenerse presente que pese a que el demandante había desempeñado un cargo de libre nombramiento y remoción, la Administración no hizo uso de la facultad discrecional que es propia para desvincular al demandante, sino que, por el contrario, en el proceso de reestructuración al que fue sometida la entidad, le exigió la documentación necesaria para que pudiera ser cobijado con la figura del reten social, y la razón para decidir prescindir de sus servicios fue la del incumplimiento de los presupuestos establecidos en la ley para ser considerado padre cabeza de familia.

Así las cosas, es claro para la Sala que el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero estuvo vinculado a la Administración Pública, específicamente Comisión Nacional para la Policía, desde el 6 de diciembre de 199 hasta el 17 de agosto de 2007, cuando por medio del Decreto No. 3122 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional suprime algunos de los cargos de la planta de personal.

En tal sentido y bajo las consideraciones anteriormente expuestas, al suprimirse el cargo del actor en virtud de un proceso de reforma institucional le es aplicable lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y lo establecido en sus decretos reglamentarios tales como el Decreto 190 de 2003, independientemente de la naturaleza del cargo desempeñado.

Ahora bien, precisa la Sala que el demandante no ha controvertido la legalidad del acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional decidió suprimir algunos cargos de la planta de personal de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, habida cuenta de que los Acuerdos de Reestructuración están contemplados dentro de nuestro ordenamiento jurídico como instrumentos para la optimización de las funciones administrativas y de la prestación de servicios públicos.

En tal sentido, la Sala observa que el amparo procede de manera transitoria pero sobre la decisión de la Comisión Nacional para la Policía que negó la solicitud de reubicación al actor en otras dependencias del Ministerio de Defensa Nacional arguyendo que no cumplía con los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico para tener la condición de padre cabeza de familia, mientras el señor Nieto Guerrero impetra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que procede en este caso.

3.- Estabilidad reforzada a madres o padres cabeza de familia

La protección a ese grupo de personas ha sido definida por la Ley 82 de 1993 y en el escenario de reajustes institucionales por la Ley 790 de 2002. La Corte Constitucional ha sintetizado los requisitos de existencia de la figura, así:

“En ese contexto, puede señalarse que la condición de madre cabeza de familia se manifiesta a partir de dos condiciones generales: (i) la responsabilidad que se tiene sobre aquellas personas incapacitadas para trabajar por razones de edad, físicas o mentales, y cuyo sustento y cuidado dependen, por lo tanto, exclusivamente de la mujer que está encargada de la dirección del hogar, pues como lo ha sostenido esta Corporación, el trato especial que el ordenamiento jurídico ha previsto no solo está dado en función de la madre cabeza de familia, sino de las personas que están bajo su cuidado; y (ii) el carácter exclusivo de esa responsabilidad, en la medida en que no se cuente con el apoyo de alguna otra persona para sobrellevar las cargas en el hogar, pues la pareja se sustrae injustificadamente del cumplimiento de sus obligaciones y no se cuenta con la ayuda de algún otro miembro de la familia o, como lo ha manifestado la jurisprudencia, no se tenga alternativa económica”

“... 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. Para tener dicha condición debe reunir los presupuestos indispensables, como son: (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. (Subrayado fuera de texto)

Bajo la anterior premisa, es claro para la Sala que el señor Nieto Guerrero estuvo vinculado a la Administración Pública, específicamente a la Comisión Nacional para la Policía, desde el 6 de diciembre de 1999 hasta el 17 de agosto de 2007, cuando por medio de la Resolución No. 3122 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional se suprimieron algunos de los cargos de la planta de personal de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía mediante el cual se efectuó un proceso de reestructuración administrativa.

Pues bien, lo que a continuación se expondrá es más un examen probatorio de los documentos que obran en el expediente relacionados con la forma de acreditación de los requisitos dispuestos en la ley para tener la calidad de padre cabeza de familia, por medio del cual se pretende resolver el segundo y tercer problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

En consonancia con lo previsto en la Ley 82 de 1993 y en la jurisprudencia transcrita, el demandante debió acreditar que tenía a su cargo la dirección del hogar, esto es, que fuese padre soltero o que estando unido en matrimonio o de hecho, su cónyuge o compañera, respectivamente, estuviera discapacitada física, sensorial, síquica o mentalmente.

Pues bien, la Corte Constitucional ha dispuesto con apoyo en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 82 de 1992, que la forma idónea de demostrar tal situación es la siguiente:

“(…)

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el

cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.

Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo. (Subrayado fuera de texto)

En ese orden, el demandante presentó ante el ente demandado copia del registro Civil de Matrimoni en el que daba cuenta que la señora María del Carmen Parra Gómez se había unido en matrimonio con el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero. También, presentó copia del registro civil de nacimiento de su hijo Juan Camilo Nieto Parra, quien para este momento tiene once (11) años de edad.

En tal sentido, el actor debía allegar a la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la entidad demandada la declaración ante notario de que su cónyuge estaba incapacitada para desempeñarse laboralmente, documento este que obra a folio 48 de este cuaderno, dejando entonces acreditada la condición de padre cabeza de familia, antes de la expedición del Decreto 3122 del 17 de agosto de 2007, por medio del cual se suprimió la planta de personal, de acuerdo con las exigencias que para el caso dispuso el legislador, sin que existan pruebas que permitan acreditar el aporte económico de otras personas para la manutención de su grupo familiar.

Así mismo, se observa que no existen otros ingresos o emolumentos diferentes a su renta laboral que le permitan mantener su congrua subsistencia en condiciones dignas y justas, y las de las personas a su cargo tales como el pago de las matrículas escolares de su hijo o la de la atención médica asistencial de su cónyuge.

Ahora bien, bajo las anteriores consideraciones queda sin piso el argumento esbozado por el recurrente en el que solicita sea revocado el fallo del Juzgador de Primera Instancia al no haber acreditado en forma idónea la condición de ser padre cabeza de familia por parte del actor, pues tal calidad no dependía del dictamen médico que rindiera la respectiva EPS sino de los documentos que para el caso exigió el legislador.

En ese contexto, los trámites ante la EPS FAMISANAR a que dio lugar la misma Administración, lo que hicieron fue confirmar la declaración recibida por el Notario Doce del Círculo de Bogotá (folio 48 de este cuaderno).

De otra parte, tal y como lo adujo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es en sede constitucional en donde se resuelven los conflictos sobre la autenticidad de los documentos aquí controvertidos, es decir, de la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Talento

Humano calendada el 3 de abril de 2007 en la que deja constancia de que el demandante podía ser considerado como padre cabeza de familia y por lo tanto ser parte de los funcionarios cobijados con la figura del retén social, ya que para ello el ordenamiento jurídico ha previsto autoridades y procedimientos especiales, y mal haría el juez de tutela al entrometerse en dicho asunto; certificación que por demás resulta irrelevante en el presente juicio, pues como se anotó la condición de padre o madre cabeza de familia depende del cumplimiento de los requisitos que la ley ha previsto para ello y no del reconocimiento que de éste realice la administración.

En consecuencia, verificados los requisitos fácticos expuestos por la doctrina constitucional para ostentar la condición de padre cabeza de familia, encuentra esta Sala que el actor es titular de la garantía constitucional de estabilidad laboral reforzada en los términos anteriormente señalados.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala adicionará la decisión judicial objeto de impugnación, en el sentido señalar que el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero deberá dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que decidió negarle la reubicación en una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional por considerar que no cumplía con los requisitos fijados en el ordenamiento jurídico para tener la condición de padre cabeza de familia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ADICIÓNASE el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado, en el sentido de señalar que el señor Luis Eduardo Nieto Guerrero deberá dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que decidió negarle la reubicación en una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional por considerar que no cumplía con los requisitos fijados en el ordenamiento jurídico para tener la condición de padre cabeza de familia.

SEGUNDO: En lo demás, CONFÍRMASE el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 27 de marzo de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo