

PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica de los empleados retirados del servicio por supresión de cargo / SUPRESION DE CARGO - Compensación económica en desarrollo del programa de renovación de la administración pública / MUJER CABEZA DE FAMILIA - Reglamentación. Protección, destinatarios y requisitos / MADRE CABEZA DE FAMILIA - Protección especial ante la supresión de cargo

La Ley 790 de 2002 por la cual se expidieron disposiciones con el objeto de adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública, consagró en el artículo 8° un reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica de los empleados retirados del servicio por supresión del cargo en virtud de dicho programa. En el artículo 12 consagró una protección especial para las personas que por hallarse en las situaciones allí contempladas, se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad. Del examen de las dos normas trascritas observa la Sala que la primera de ellas cobija a la generalidad de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y a aquéllos que se encuentren nombrados provisionalmente y lo dispuesto en el artículo 12 está dirigido a los empleados públicos que se encuentren en una de estas tres situaciones: Madres cabeza de familia sin alternativa económica, personas con limitación física, mental, visual o auditiva y 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 dicha ley. Si bien los artículos 8 y 12 de la Ley 790 de 2002 consagran la obligación por parte de las Entidades de pagar a favor de los empleados con nombramiento provisional que sean retirados del servicio por supresión del cargo, en desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública, una compensación económica, en el presente caso, aunque es indudable que la actora se encontraba nombrada bajo esa modalidad, su condición de madre cabeza de familia, la incluía dentro de las previsiones del artículo 12, pues sus circunstancias personales que la hacen especialmente vulnerable, priman sobre el hecho de que su nombramiento fuera provisional. Lo anterior teniendo en cuenta que la mujer por disposición del artículo 53 Constitucional tiene protección especial, y que los niños de acuerdo con el artículo 44 ibidem, prevalecen sobre todos los demás.

FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002 - ARTICULO 8 / LEY 790 DE 2002 – ARTICULO 12 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53

REESTRUCTURACION DE PLANTA DE PERSONAL - No incorporación de madre cabeza de familia a la nueva planta / PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Madres cabeza de familia sin alternativa económica no podrán ser retiradas del servicio / RETEN SOCIAL - Destinatarios / SUPRESION DE CARGO - Incorporación de madre cabeza de familia

Tanto la Ley 790 de 2002 como su Decreto Reglamentario 190 de 2003, disponen que dentro del desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública “no podrán ser retirados del servicio” entre otros, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, sin referirse a la posibilidad o no de supresión de sus cargos. En las anteriores condiciones, no asiste razón a la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- cuando afirma que el artículo 12 señalado prohíbe la supresión de los cargos de aquéllas personas que se encuentren en las condiciones de vulnerabilidad que en él se contemplan. La norma es clara en señalar que no pueden ser retirados, es decir que ante la supresión del cargo deberán ser reincorporados y por tal razón la demanda, en cuanto se encaminó a

solicitar la nulidad de la Resolución 277 –acto de incorporación-, estuvo bien dirigida. De todo lo expuesto, se concluye lo siguiente: Que está comprobada la condición de madre cabeza de familia de la actora, de acuerdo con las declaraciones extrajuicio y el registro civil de nacimiento de su hija. Que para acceder a los derechos consagrados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no es necesario encontrarse inscrito en carrera administrativa. Que el beneficio económico consagrado en el artículo 8º de la misma disposición se aplica a empleados de libre nombramiento y remoción y a aquéllos con nombramiento en provisionalidad, pero si en alguno de ellos confluyen las dos, como en el presente caso, es decir, nombramiento provisional y condiciones de vulnerabilidad, se debe aplicar la norma que señala las prerrogativas en atención a esta última circunstancia, por cuanto en ella están involucrados derechos que atañen directamente con personas en condiciones de debilidad manifiesta, niños y personas de la tercera edad, los cuales son sujetos de especial protección.

FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002 ARTICULO 12; DECRETO REGLAMENTARIO 190 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C.,veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04425-02(2636-08)

Actor: CLAUDIA HERLINDA MORA ROJAS

Demandado: ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - ESAP

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, la señora Claudia Herlinda Mora Rojas, solicitó del Tribunal de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 0277 de 9 de febrero de 2004

expedida por el Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública "ESAP", en cuanto no la incorporó a la nueva planta de personal.

Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho pretende se condene a la entidad demandada a reintegrarla al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, sin solución de continuidad y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Así mismo, solicitó la inaplicación del artículo 16 del Decreto No. 190 de 2003, toda vez que limitó el tiempo de la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia, cuando la norma que reglamenta (Ley 790 de 2002), no lo hizo.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda se resumen así:

La actora fue vinculada a la "ESAP" el 20 de noviembre de 2000 en calidad de provisional, como Secretario, Código 5140, Grado 10, cargo de carrera administrativa de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 443 de 1998.

El 9 de febrero de 2004 fue retirada del servicio, en razón a que el cargo que venía desempeñando había sido suprimido por el Decreto No. 220 de 27 de enero de 2004, y la Resolución No. 0277 de 9 de febrero de 2004 no la incorporó a la nueva planta de personal.

Aunque por Decreto No. 220 de 27 de enero de 2004 se suprimieron 27 de las 51 plazas existentes del empleo de Secretario, Código 5140, Grado 10, el Decreto No. 300 de 2004 creó 10 más, permaneciendo un total de 34 de dichos cargos, a los cuales solamente fueron incorporados 22 servidores, y los 12 restantes fueron provistos mediante nombramientos en provisionalidad.

El mismo día en que se produjo su retiro fueron designados en provisionalidad para el cargo de Secretario, Código 5140, Grado 10 a Mireya González Villamil, Adriana Helena Melo Gómez, Lucy Yadira Reyes Herrera, Jeimy Andrea Franco Barrera, Johann Elizabeth Becerra Becerra, Diana Magali Rodríguez Reinoso, Yazmin Noemí Ocampo Correa y Violeta Rojas Rios. Posteriormente, el 20 de febrero del mismo año fue nombrada Diana Isabel Valencia Rojas.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó como transgredidos los siguientes: Artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 123 inciso 2°, 125, 189-16 y 209 de la Constitución Política; artículos 37 y 41 de la Ley 443 de 1998; artículo 54 lit. m) de la Ley 489 de 1998; artículo 3° del Decreto 220 de 27 de enero de 2004; artículo 2° del Decreto 300 de 29 de enero de 2004; y artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Al explicar el concepto de violación de la normatividad invocada expresó que la entidad demandada, al hacer las incorporaciones, tenía la obligación de vincular a un número de empleados igual a las plazas que subsistieron tras la modificación. Sin embargo, reservó doce (12) empleos para proveerlos en provisionalidad. Esa conducta demuestra un interés diferente al buen servicio público que se traduce en desviación de poder, al comprobarse un interés personal a favor de terceros. Por esta razón considera vulnerados los Decretos 220 de 2004 y 300 del mismo año.

El acto acusado se encuentra igualmente afectado de falsa motivación, teniendo en cuenta que no existió supresión del cargo que ocupaba (pues quedaron disponibles 12 plazas) y fue expedido con violación de las normas en que debía fundarse, al no ser observadas las conclusiones del estudio técnico que recomendó no retirar a quienes se encontraban cobijados por la prerrogativa del retén social, como era el caso de la actora, dada su condición de madre cabeza de familia. Con la actuación demandada, se desconoció el artículo 41 de la Ley 443 de 1998.

Por último, afirmó que el Decreto 220 de 2004 y la Resolución 277 de 2004, fueron expedidos sin que mediara un estudio técnico que estableciera los motivos de la supresión de cargos, configurándose con ello el vicio de expedición irregular, al desconocer el artículo 41 de la Ley 443 de 1998.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación accedió a las suplicas de la demanda, con fundamento en la argumentación que a continuación se resume:

El denominado “retén social” fue instituido por la Ley 790 de 2002 y reglamentado por el Decreto No. 190 de 2003. En virtud de él, no pueden ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, entre otros, las madres cabeza de familia sin alternativa económica. Tal condición ha recibido especial protección constitucional (artículos 1º, 13 y 43 de la Constitución Política) y a través del desarrollo legal que se le ha dado, se han fijado una serie de requisitos que deben cumplir quienes pretenden dicho beneficio.

De acuerdo con el material probatorio allegado al proceso, se estableció que la actora cumplía con tales requisitos, pues al momento del retiro del servicio tenía una hija de 8 meses de edad, es decir, era madre cabeza de familia, situación de la que informó oportunamente a la administración, expresando su voluntad de beneficiarse de la prerrogativa establecida en la Ley 790 de 2002, sin embargo, la entidad no tuvo en cuenta su solicitud.

Consideró igualmente el Tribunal que la condición de provisional que ostentaba la actora, no la excluía de la posibilidad de acceder a la protección señalada en la normatividad que regula la institución del “retén social”.

Encontró en consecuencia, un enfrentamiento entre dos principios: el de prevalencia de los derechos de los niños y el de estabilidad derivada de la carrera administrativa, frente al cual concluyó que el primero predomina sobre el segundo, en atención a lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución Política.

En esas condiciones, consideró que a la actora le era aplicable el “retén social”, con fundamento en los valores constitucionales que imponen la protección de los derechos de los niños y de las madres cabeza de hogar.

Por último y en relación con la afirmación de la entidad demandada según la cual, el acto a demandar no era el de incorporación, Resolución No. 277 de 2004, sino el Decreto 220 de 2004 que le suprimió el cargo, afirmó que no le asistía razón

teniendo en cuenta que el acto demandado fue el que afectó la situación jurídica de la demandante por entrañar su retiro del servicio.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal la entidad demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que el juez de primera instancia erró en la interpretación de las normas sobre las cuales sustentó su decisión, pues confundió las que establecían derechos para quienes estuvieran nombrados en provisionalidad, con las de los empleados de carrera y las de las madres cabeza de familia que se encuentren en tal situación.

En efecto, la Ley 790 de 2002 dispone que en caso de modificación de la planta de personal, los servidores cuyo nombramiento sea de carácter provisional, tienen derecho a percibir un reconocimiento económico destinado a su rehabilitación laboral, profesional y técnica, que no puede ser inferior al 50% de la asignación básica correspondiente al cargo suprimido, por un plazo no mayor a 12 meses, previsión que implica que el retiro del cargo de estos empleados no está prohibido, de un lado, y de otro, que no tienen derecho al reintegro, contrario a los derechos que se consagran para los servidores de carrera en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, a quienes brinda la posibilidad de optar por la incorporación o la indemnización.

En relación con las madres cabeza de familia que se encuentren en carrera, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 dispone que no pueden ser retiradas del servicio, otorgándoles con ello estabilidad en el empleo y prohibiendo la supresión de sus cargos, debiéndose demandar el acto que así lo disponga. Además, teniendo en cuenta que aquéllas no tienen derecho a escoger entre la indemnización o la incorporación, la administración no tiene la obligación de reintegrarlas, pues este derecho sólo cobija a quienes gocen de las prerrogativas de la carrera.

En esas condiciones a la actora solamente le asistía el derecho a percibir el reconocimiento económico, por encontrarse en calidad de provisional.

En gracia de discusión, si se aceptara que a la señora Claudia Herlinda Mora Rojas le es aplicable el artículo 12 del Decreto 790 de 2002, debió haber solicitado la nulidad del Decreto No. 220 de 2004 que fue el que le suprimió el cargo, incurriendo en la aludida prohibición, y no la Resolución No. 277 de 2004 que fue la que distribuyó los cargos e hizo las incorporaciones.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Resolución No. 277 de 2004 expedida por el Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública "ESAP", en cuanto no incorporó a Claudia Herlinda Mora Rojas en el cargo de Secretaria 5140-10, a pesar de que en su condición de madre cabeza de familia está cobijada por el beneficio establecido en la Ley 790 de 2002 (retén social) y en consecuencia, debía ser reincorporada a la nueva planta de personal.

El Tribunal Administrativo encontró acreditados por parte de la actora, los requisitos legales para acceder a los beneficios de la Ley 790 de 2002, razón por la que accedió a las súplicas de la demanda.

Por su parte, la entidad demandada, reitera en el recurso de apelación que la protección de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2004, cobija, entre otros, a las mujeres cabeza de familia, siempre que se encuentran inscritas en el régimen de carrera y no para las nombradas en provisionalidad, como es el caso de la actora, a quienes sólo les asiste derecho al reconocimiento económico de que trata el artículo 8° de la misma ley.

Se trata en consecuencia el problema jurídico, de determinar si la actora, para tener derecho a los beneficios contemplados en la Ley 790 de 2002, debía estar inscrita en carrera administrativa, de un lado y de otro si dicha norma consagra la prohibición de suprimir los cargos de carrera o radica en cabeza de la Entidad la obligación de no retirarla del servicio, caso en el cual, se afirma en el recurso, el acto a demandar era el que suprimió el cargo y no la Resolución 277 que no la incorporó.

Lo anterior, por cuanto no es materia de discusión ni la condición de madre cabeza de familia de la actora, ni la protección especial que por orden de la Constitución Política se le debe brindar. Tal situación la encontró suficientemente comprobada el Tribunal y la entidad demandada ni en el acto acusado, ni en el recurso, pone en duda tal circunstancia.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

La Ley 790 de 2002 por la cual se expidieron disposiciones con el objeto de adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública, consagró en el artículo 8° un reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica de los empleados retirados del servicio por supresión del cargo en virtud de dicho programa, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 8o. Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción de los niveles jerárquicos diferentes al directivo y las personas vinculadas por nombramiento provisional en cargos de carrera administrativa en los organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, que sean retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, recibirán un reconocimiento económico destinado a su rehabilitación laboral, profesional y técnica.

Este reconocimiento económico consistirá en una suma de dinero equivalente a un porcentaje no inferior al cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica correspondiente al cargo suprimido, el cual se pagará en mensualidades durante un plazo no mayor a doce (12) meses, en los términos y condiciones que establezca la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

...”

En el artículo 12 consagró una protección especial para las personas que por hallarse en las situaciones allí contempladas, se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, así:

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.

Del examen de las dos normas transcritas observa la Sala que la primera de ellas cobija a la generalidad de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y a aquéllos que se encuentren nombrados provisionalmente y lo dispuesto en el artículo 12 está dirigido a los empleados públicos que se encuentren en una de estas tres situaciones:

- 1) Madres cabeza de familia sin alternativa económica
- 2) Personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y
- 3) 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 dicha ley.

Si bien las normas transcritas consagran la obligación por parte de las Entidades de pagar a favor de los empleados con nombramiento provisional que sean retirados del servicio por supresión del cargo, en desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública, una compensación económica, en el presente caso, aunque es indudable que la actora se encontraba nombrada bajo esa modalidad, su condición de madre cabeza de familia, la incluía dentro de las previsiones del artículo 12, pues sus circunstancias personales que la hacen especialmente vulnerable, priman sobre el hecho de que su nombramiento fuera provisional. Lo anterior teniendo en cuenta que la mujer por disposición del artículo 53 Constitucional tiene protección especial, y que los niños de acuerdo con el artículo 44 ibidem, prevalecen sobre todos los demás.

La afirmación de la Entidad según la cual para que la actora tuviera derecho a las prerrogativas contempladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, debía encontrarse inscrita en carrera administrativa, no es exacta, teniendo en cuenta que, tanto la ley como su decreto reglamentario se refieren a las madres cabeza de hogar y demás personas protegidas sin referirse a su forma de vinculación. Siendo así, no le es dado a la administración hacer una distinción que la norma no

contempla, y menos aún en detrimento de derechos constitucionales a los cuales se les ha dado especial preponderancia.

Ahora bien, tanto la Ley 790 de 2002 como su Decreto Reglamentario 190 de 2003, disponen que dentro del desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública “**no podrán ser retirados del servicio**” entre otros, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, sin referirse a la posibilidad o no de supresión de sus cargos.

En las anteriores condiciones, no asiste razón a la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- cuando afirma que el artículo 12 señalado prohíbe la supresión de los cargos de aquéllas personas que se encuentren en las condiciones de vulnerabilidad que en él se contemplan. La norma es clara en señalar que no pueden ser retirados, es decir que ante la supresión del cargo deberán ser reincorporados y por tal razón la demanda, en cuanto se encaminó a solicitar la nulidad de la Resolución 277 –acto de incorporación-, estuvo bien dirigida.

De todo lo expuesto, se concluye lo siguiente:

- Que está comprobada la condición de madre cabeza de familia de la actora, de acuerdo con las declaraciones extrajuicio de 17 de febrero de 2003 y 28 de enero de 2004, y el registro civil de nacimiento de su hija Allison de los Ángeles Solano Mora (folios 45 a 48).
- Que para acceder a los derechos consagrados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no es necesario encontrarse inscrito en carrera administrativa.
- Que el beneficio económico consagrado en el artículo 8º de la misma disposición se aplica a empleados de libre nombramiento y remoción y a aquéllos con nombramiento en provisionalidad, pero si en alguno de ellos confluyen las dos, como en el presente caso, es decir, nombramiento provisional y condiciones de vulnerabilidad, se debe aplicar la norma que señala las prerrogativas en atención a esta última circunstancia, por cuanto en ella están involucrados derechos que atañen directamente con personas en condiciones de debilidad manifiesta, niños y personas de la tercera edad, los cuales son sujetos de especial protección.

En consecuencia se confirmará la sentencia del tribunal Administrativo de Cundinamarca por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 26 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda promovida por Claudia Herlinda Mora Rojas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO