

ACCION DE TUTELA - Procedencia excepcional cuando otro mecanismo judicial no garantiza la protección efectiva de los derechos. Reiteración Jurisprudencia

Es viable que a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa judicial, de comprobarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la aludida improcedencia ceda para dar paso a la protección constitucional invocada. En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, puede válidamente garantizar la protección efectiva a los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia de la acción de tutela en estas circunstancias. (...) La Sala concluye que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para rebatir la decisión de su retiro del servicio contenida en un acto administrativo, como a bien lo tuvo el a quo; sin embargo, se observan circunstancias adicionales que permiten entrever que el medio que tiene a disposición no garantiza las medidas que eventualmente requeriría para la protección de sus derechos fundamentales, especialmente, el mínimo vital, dado que es mujer mayor de 60 años, retirada del servicio y, adicionalmente, si bien la entidad solicitó de manera diligente al Gerente del Patrimonio Autónomo Buen Futuro su inclusión en nómina, no existe prueba en el plenario que acredite que a partir de la cesación de su relación laboral, haya ocurrido tal actuación.

PERJUICIO IRREMEDIABLE - Por solución de continuidad en el recibo de una remuneración.

El desconocimiento de los derechos, en el caso concreto, conlleva la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual salta a la vista al efectuar un simple razonamiento: si teniendo el derecho a la pensión, no se verifica la inclusión en nómina de pensionados, y a la par, se impide devengar el salario que habitualmente recibía, imponiendo una solución de continuidad entre ambas remuneraciones, se configura una situación de desprotección total para el pensionado y su grupo familiar, que entre otras consecuencias, acarrea la merma en las condiciones mínimas de subsistencia y la desafiliación del sistema de seguridad social en salud. Como consecuencia de lo anterior, se concluye la vulneración irrogada a los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en conexidad con la vida digna, el salario mínimo vital y móvil y la estabilidad laboral de la tutelante, y la ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo que impone a la Sala revocar la decisión de instancia y emitir las órdenes correspondientes a fin de garantizar su protección.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / LEY 797 DE 2003

DERECHO AL MINIMO VITAL - No basta el reconocimiento de la pensión para terminar la relación laboral, se requiere la inclusión en nomina

La Entidad accionada fundamentó la determinación censurada en las Leyes 1350 de 2009, artículo 52, y 797 de 2003, artículo 9°, parágrafo 3°, a partir de las cuales es viable el retiro del servidor público cuando sea reconocida la pensión de jubilación. Una lectura desprevenida de estas normas llevaría a la conclusión de que basta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez para que pueda darse por terminada la relación laboral o legal y reglamentaria del servidor público, no obstante, la anterior aseveración fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1037 de 2003, en la cual declaró exequible condicionalmente dicha norma, indicando que debe interpretarse en el sentido de que no basta sólo la notificación del reconocimiento de la pensión, sino también,

en aras de garantizar la continuidad de una remuneración vital y móvil al próximo a pensionarse, su efectiva inclusión en nómina.

FUENTE FORMAL: LEY 1350 DE 2009 - ARTICULO 52 / LEY 797 DE 2003 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Sobre la necesidad de inclusión en la nomina, Corte Constitucional, sentencia C-1037 de 2003.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00719-01(AC)

Actor: MARIA ERNESTINA ALZATE LOAIZA

Demandado: REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 8 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que rechazó por improcedente la acción de tutela.

1. Antecedentes

La señora María Ernestina Alzate Loaiza, por conducto de apoderado, interpone acción de tutela con el fin de lograr la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, el trabajo, la salud y el mínimo vital que estima vulnerados por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para el Valle del Cauca.

Narra que ingresó al servicio de la Registraduría Nacional del Estado Civil en carrera administrativa, en el empleo de Auxiliar de Servicios Generales 5351-01 en la Delegación Departamental del Valle del Cauca, el cual ocupó ininterrumpidamente hasta el presente año.

Mediante Resolución No. 167 de 5 de abril de 2011, los Delegados del Registrador General en dicha circunscripción territorial, decidieron retirarla del servicio a partir del 1° de junio de 2011, con fundamento en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 52 de la Ley 1350 de 2009, en consideración a que le había sido reconocida la pensión de vejez.

Expresa que la entidad vulnera sus derechos fundamentales al aplicar una norma general a su situación, cuando debe regirse por aquella especial que regula el régimen de carrera de la Registraduría; asimismo, desconoce la protección que ha otorgado la Corte Constitucional en casos análogos, teniendo en cuenta que el retiro del próximo a pensionarse, debe ser a través de renuncia voluntaria. Adiciona que, en todo caso, debió contar con la notificación personal del acto administrativo que ordena incluirla en nómina y comenzar el pago de la pensión, para poder ser separada del cargo.

Finalmente, informa que recurrió el acto de retiro, y posteriormente solicitó la revocatoria directa del mismo, sin embargo, a la fecha de interposición de la acción de tutela, sus solicitudes no habían sido resueltas.

2. Objeto de tutela

Como consecuencia de la tutela de sus derechos fundamentales, pide que se ordene a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil del Valle del Cauca, en un término no mayor de 48 horas, revocar la Resolución No. 167 de 5 de abril de 2011, y en su lugar, declarar que tiene derecho a seguir laborando como Auxiliar de Servicios Generales 5351-01, en la Delegación Departamental del Estado Civil del Valle del Cauca, hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio.

3. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia de 8 de junio de 2011, rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la actora.

Determinó que teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la mediación del retiro voluntario de servidores públicos opera para aquellos vinculados a la Rama Judicial, cuando han accedido a la pensión de jubilación. Sin embargo, como la actora laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil, no es cobijada por esta disposición, por cuanto la Ley 1350 de 2009, que reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Entidad accionada, no consagra tal prerrogativa.

Concluyó que la acción de tutela es improcedente, ya que para cuestionar la legalidad de los actos administrativos estimados como vulnerantes, la tutelante cuenta con otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la opción de solicitar la suspensión provisional del acto acusado. Finalmente, determinó que no se vislumbra un perjuicio irremediable, comoquiera que la actora una vez retirada del servicio, contará con su pensión de jubilación.

4. La impugnación

La actora impugna la decisión de instancia. Expresa en síntesis, que si bien cuenta con otro medio de defensa, el mismo no garantiza la inmediatez en las medidas que requiere, como el acceso a la salud, pues una vez desvinculada del servicio cesará su afiliación, lo que indica que sí se le irroga un perjuicio irremediable.

Para resolver, se

5. Considera

5.1. Problema jurídico

Se trata de determinar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, el trabajo, la salud y el mínimo vital de la señora María Ernestina Alzate Loaiza, al ser retirada del servicio de la Registraduría Nacional del Estado Civil - Valle del Cauca, por haberle sido reconocido el derecho a la pensión de vejez.

5.2. Procedencia de la acción de tutela

La Carta Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública. Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse.

5.3. El caso concreto

Plantea la actora que la entidad transgrede sus derechos al retirarla del servicio por haber adquirido el derecho a la pensión de jubilación, sin que hubiere mediado renuncia voluntaria de su parte.

Esta Corporación ha prolijado el criterio según el cual, de manera general, la acción de tutela es improcedente para lograr reintegros laborales, en vista de que para dicho efecto el ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales idóneos; por tanto, en vista de la excepcionalidad de la presente acción constitucional, no es viable sustituir las herramientas con las que por regla general cuentan los Administrados, en caso de desvinculación laboral.

Empero, también es viable que a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa judicial, de comprobarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la aludida improcedencia ceda para dar paso a la protección constitucional invocada. En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, puede válidamente garantizar la protección efectiva a los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia de la acción de tutela en estas circunstancias.

Reposa en el expediente, copia de la cédula de ciudadanía de la actora en la que se observa que en la actualidad cuenta con 60 años de edad (nació el 25 de septiembre de 1950) (Fl. 10).

Mediante Resolución No. 167 de 5 de abril de 2011, los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en el Valle del Cauca, resolvieron retirar del servicio a la señora Alzate Loaiza del cargo de Auxiliar de Servicios Generales 5338-01, en virtud de lo establecido en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y la Ley 1350 de 2009, artículo 52, a partir del 1° de junio de 2011, en vista de que mediante la Resolución PAP 25364 de 12 de noviembre de 2010, Cajanal EICE en liquidación, le reconoció una pensión por vejez (Fls. 11 y 12).

Reposa a folio 23 del expediente, certificación emitida por los Delegados Departamentales en el Valle del Cauca de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que se indica que la señora María Ernestina Alzate Loaiza laboró en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales 5335-01 de la planta global de la Delegación Departamental del Valle, con una asignación básica mensual de \$1.093.026.

Mediante Oficio DRN-GTH No. 3261 de 14 de abril de 2011, el Gerente de Talento Humano de la Registraduría Nacional del Estado Civil solicita al Gerente del Patrimonio Autónomo Buen Futuro, la inclusión en nómina de la señora Alzate Loaiza, y le comunica que a partir del 1° de junio de 2011, se le retiró del servicio (Fl. 24).

Mediante la Resolución No. PAP025354 de 12 de noviembre de 2010, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció una pensión mensual de vejez a la señora María Ernestina Alzate Loaiza en cuantía de \$660.531, a partir del 1° de octubre de 2008, previa demostración del retiro definitivo del servicio (Fl. 25 a 30).

Del anterior recuento probatorio, la Sala concluye que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para rebatir la decisión de su retiro del servicio contenida en un acto administrativo, como a bien lo tuvo el a quo; sin embargo, se observan circunstancias adicionales que permiten entrever que el medio que tiene a disposición no garantiza las medidas que eventualmente requeriría para la protección de sus derechos fundamentales, especialmente, el mínimo vital, dado que es mujer mayor de 60 años, retirada del servicio y, adicionalmente, si bien la entidad solicitó de manera diligente al Gerente del Patrimonio Autónomo Buen Futuro su inclusión en nómina, no existe prueba en el plenario que acredite que a partir de la cesación de su relación laboral, haya ocurrido tal actuación.

La Entidad accionada fundamentó la determinación censurada en las Leyes 1350 de 2009, artículo 52¹, y 797 de 2003, artículo 9°, parágrafo 3°², a partir de las cuales es viable el retiro del servidor público cuando sea reconocida la pensión de jubilación.

Una lectura desprevenida de estas normas llevaría a la conclusión de que basta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez para que pueda darse por terminada la relación laboral o legal y reglamentaria del servidor público, no obstante, la anterior aseveración fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1037 de 2003, en la cual declaró exequible condicionalmente dicha norma, indicando que debe interpretarse en el sentido de que no basta sólo la notificación del reconocimiento de la pensión, sino también, en aras de garantizar la continuidad de una remuneración vital y móvil al próximo a pensionarse, su efectiva inclusión en nómina.

Indicó expresamente la Corte:

“El Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente. No puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos. Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su

¹ “ARTÍCULO 52. CAUSALES DEL RETIRO. El retiro del servicio de los servidores de Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas, produce el retiro de la Carrera y la pérdida de los derechos de la misma y se produce por las siguientes causales:
(...) d) Por retiro con derecho a jubilación debidamente reconocido; (...)”

² “Parágrafo 3°: Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.”

mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.” (Subrayado de la Sala).

La anterior posición es compartida en su integridad por esta Sala de Decisión, así las cosas, en aplicación del fuero otorgado por la ley a los pensionados y prepensionados, no puede cesar tajantemente el vínculo laboral existente entre la Administración y el empleado en tales condiciones, hasta que se verifique su efectiva inclusión en nómina de pensionados.

En el caso concreto, según se indicó, la actora fue retirada del servicio, y a pesar de que la Entidad solicitó a la Entidad de Previsión Social la inclusión en nómina de pensionados, no existe prueba que acredite que esto hubiere ocurrido, por consiguiente, se vislumbra una clara vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en conexidad con la vida digna, el salario mínimo vital y móvil y la estabilidad laboral de la pensionada.

No se pasa por alto que en sociedades como la nuestra, donde el pensionado ha tenido que soportar los desvaríos y tardanzas de las administradoras de pensiones en la inclusión en nómina de pensionados, y de contera, en la materialización del derecho pensional, es necesaria la intervención del juez constitucional a fin de garantizar a dichas personas un paso a la vejez más digno, teniendo en cuenta sus condiciones de edad y muchas veces de salud, a partir de las cuales han dejado de hacer parte del mercado laboral y se encuentran desprotegidas.

Así mismo, el desconocimiento de tales derechos, en el caso concreto, conlleva la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual salta a la vista al efectuar un simple razonamiento: si teniendo el derecho a la pensión, no se verifica la inclusión en nómina de pensionados, y a la par, se impide devengar el salario que habitualmente recibía, imponiendo una solución de continuidad entre ambas remuneraciones, se configura una situación de desprotección total para el pensionado y su grupo familiar, que entre otras consecuencias, acarrea la merma en las condiciones mínimas de subsistencia y la desafiliación del sistema de seguridad social en salud.

En ese orden de ideas, nada le impedía a la Entidad, a fin de garantizar a la señora María Ernestina Alzate Loaiza el fuero de prepensionada o pensionada otorgado por las Leyes 909 de 2004 y 797 de 2003, permitir su permanencia en el

cargo que venía ocupando hasta tanto fuera efectivamente incluida en nómina de pensionados por parte de la Entidad de Previsión Social correspondiente, teniendo en cuenta que ya había sido reconocida su pensión de vejez.

Como consecuencia de lo anterior, se concluye la vulneración irrogada a los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en conexidad con la vida digna, el salario mínimo vital y móvil y la estabilidad laboral de la tutelante, y la ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo que impone a la Sala **revocar la decisión de instancia** y emitir las órdenes correspondientes a fin de garantizar su protección.

En consecuencia, se dejará sin efectos el acto administrativo Resolución No. 167 de 5 de abril de 2011, que retiró del servicio a la señora María Ernestina Alzalte Loaiza, y se ordenará su efectivo reintegro a la Registraduría Nacional del Estado Civil Delegación del Valle del Cauca, al cargo que venía desempeñando, **hasta tanto se verifique su inclusión en nómina de pensionados por parte de la Entidad de Previsión Social respectiva.**

En este punto, vale la pena indicar que la Administración estudiará y evaluará el retiro de la actora en los términos de las Leyes 1350 de 2009, artículo 52, 909 de 2004, artículo 41, literal e) y 797 de 2003, artículo 9° parágrafo 3°, por haber obtenido el reconocimiento de la pensión de vejez, **previa inclusión en nómina**, para lo cual deberá continuar actuando concatenadamente con la Entidad de Previsión Social a que estuviera afiliada y adelantar los trámites necesarios para dicho efecto.

Así mismo, la Entidad demandada, deberá pagar los salarios y emolumentos dejados de percibir por la demandante, desde el momento de su retiro hasta su efectivo reintegro.

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

6. FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 8 de junio de 2011, que rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora María Ernestina Alzate Loaiza. En su lugar, se dispone:

TUTELANSE los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en conexidad con la vida digna, el salario mínimo vital y móvil y la estabilidad laboral del prepensionado de la señora Alzate Loaiza.

DEJASE sin efectos la Resolución No. 167 de 5 de abril de 2011, que retiró del servicio a la demandante. **ORDENASE** a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil para el Valle del Cauca, **en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de esta providencia, reintegrar a la señora María Ernestina Alzate Loaiza al cargo que venía desempeñando**, de acuerdo con la parte motiva que antecede.

La Entidad deberá evaluar su desvinculación en los términos y condiciones señalados en la Ley 1350 de 2009, artículo 52, acompasándola con en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9° parágrafo 3° de la Ley 797 de 2003, **previa inclusión en nómina de pensionados.**

ORDENASE a la Registraduría Nacional de Estado Civil - Delegación del Valle del Cauca, en caso de haber sido desafiliada la actora del sistema de seguridad social en salud, **vincularla** nuevamente en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas.

De las anteriores órdenes, los Delegados Departamentales del Valle del Cauca del Registrador Nacional del Estado Civil, **deberán rendir un informe detallado, en el improrrogable término de diez (10) días al Tribunal de primera instancia.**

Notifíquese esta providencia en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO