

REINTEGRO LABORAL – Improcedencia de la tutela excepto para evitar un perjuicio irremediable. Procedencia frente a personas con especial protección constitucional

La Corte Constitucional ha señalado, de manera reiterada, que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para obtener el reintegro laboral. Lo anterior en virtud de que se trata de un asunto típicamente laboral, para cuyo debate están establecidas las vías jurisdiccionales ante los jueces especializados. Considera la Sala que, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la existencia de un medio ordinario de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela. Esto, en razón de que frente a la existencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha admitido, de manera excepcional, la procedencia de la tutela para ordenar reintegros. 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, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela. (...) En el sub examine se observa que la accionante es madre cabeza de familia y actualmente tiene una edad de 63 años, es decir, es persona de la tercera edad, grupo de especial protección constitucional. En ese entendido, considera la Sala que por las circunstancias de la actora y la edad que tiene y por lo dispendioso y extenso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no es ese el mecanismo idóneo para la protección de los derechos invocados, situación que permite la procedencia excepcional de la acción de tutela.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la improcedencia de la tutela para obtener un reintegro laboral: Corte Constitucional, sentencia T-768 de 2005, MP. Jaime Araújo Rentería.

MADRE CABEZA DE FAMILIA – Fuero de estabilidad laboral reforzado / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA – Aplicable en concursos de mérito / TERMINACIÓN DE LA RELACION LABORAL POR CUMPLIR REQUISITOS DE PENSION – Trabajador debe estar incluido en nómina de pensionados

Considera la Sala que no le asiste razón a la Fiscalía General de la Nación al considerar que la actora no es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de madre cabeza de familia, en razón de que la Ley 790 de 2002 no es aplicable en el caso concreto. Al respecto, se advierte que si bien la entidad no se encuentra en un proceso de renovación ni de reestructuración administrativa, lo cierto es que la provisión de empleos de una planta de personal, con ocasión de un concurso de méritos, también debe respetar la protección especial a las madres cabeza de familia, máxime si ostentan el status de prepensionadas. Ahora bien, el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, considera como justa causa para dar por terminada la relación laboral o reglamentaria, el hecho de que el trabajador cumpla con los requisitos de ley para acceder a la pensión. Al respecto, la Corte Constitucional estableció como requisito para la terminación de la relación laboral la inclusión del trabajador en nómina de pensionados, debidamente notificada, situación que no fue tomada en cuenta por la entidad accionada, lo que vulneró de manera evidente los derechos fundamentales de la actora, al declarar insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Asistente de Fiscal IV de la Fiscalía Seccional de Barranquilla. Las anteriores

consideraciones son suficientes para concluir que efectivamente la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de la actora, razón por la que se impone confirmar el fallo impugnado.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00553-01(AC)

Actor: LUZ MARINA DUARTE CHINCHILLA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 18 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que en la parte resolutive dispuso:

“PRIMERO.- TUTELAR, como mecanismo transitorio, a fin de evitar un perjuicio irremediable, los Derechos Fundamentales al Mínimo vital, Trabajo, Debido Proceso Administrativo, Vida en conexidad con el Derecho a la Salud y a la Seguridad Social, Trabajo y Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada de los empleados que se encuentren en proceso de reconocimiento de su derecho pensional, de la señora LUZ MARINA DUARTE CHINCHILLA, identificada con la C.C. No. 41.588.128 de El Banco (Magdalena), de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- DÉJASE SIN EFECTOS la Resolución No. 0903 del 19 de abril de 2010 emanada de la Fiscalía General de la Nación, pero sólo en relación con la terminación del nombramiento en provisionalidad en el cargo de Asistente de Fiscal IV de la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla, de la señora LUZ MARINA DUARTE CHINCHILLA, identificada con la C.C. No. 41.588.128 de El Banco (Magdalena).

De igual manera ***DÉJASE SIN EFECTOS*** el Oficio DSAF No. 000817 de 2 de agosto de 2010, mediante la cual se informa a la actora, la “Terminación automática de su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Asistente de Fiscal IV de la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla...” (Folio 48).

TERCERO.- ORDÉNASE AL SEÑOR FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas

siguientes a la notificación de la presente sentencia, **reintegre, sin solución de continuidad**, a la señora Luz Marina Duarte Chinchilla, identificada con la C.C. No. 41.588.128 de El Banco (Magdalena), al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación de la Fiscalía General de la Nación- Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla, o a otro de igual o superior jerarquía dentro de dicha entidad y, a cancelarle todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde su retiro, de conformidad con las pretensiones planteadas. Lo anterior, sin perjuicio de menoscabar o lesionar los derechos de carrera adquiridos por las personas nombradas en la Resolución No. 0903 del 19 de abril de 2010.

La protección ordenada en la parte resolutive de esta sentencia, se mantendrá hasta tanto quede ejecutoriado el pronunciamiento definitivo sobre el derecho pensional de la actora por parte del SEGURO SOCIAL, entidad ante la cual efectuó su solicitud (ver folios 10-13), lo cual implica que si el pronunciamiento definitivo es favorable a la tutelante, dicha protección transitoria se hará hasta cuando la señora LUZ MARINA DUARTE CHINCHILLA sea notificada de su inclusión en la respectiva nómina de pensionados del SEGURO SOCIAL o, en caso de ser desfavorable, hasta el momento en que quede ejecutoriado el acto administrativo que así lo disponga, por parte de la entidad encargada de ello.

La autoridad accionada, deberá acreditar el cumplimiento de lo aquí dispuesto, remitiendo con destino a este expediente, copia de la documentación que pruebe el reintegro aquí ordenado, con su respectiva constancia de notificación a la tutelante.

(...)"

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

La actora formuló las pretensiones así:

*"1. Tutelar los derechos fundamentales constitucionales al Mínimo Vital, Trabajo, Debido Proceso Administrativo, Igualdad, Libre Desarrollo de la Personalidad, y a la **Estabilidad Laboral Reforzada**, todo lo anterior por mi condición de Madre Cabeza de Familia y Persona Jubilable, como empleada de la FISCALIA (sic) GENERAL DE LA NACION (sic) en el marco de las normas legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre **Retén Social**, siendo que además no poseo alternativa económica alguna para mi subsistencia y la de su (sic) núcleo familiar".*

B. Hechos

De los hechos narrados por la actora se advierten como relevantes los siguientes:

- Que prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el 6 de junio de 1987.

- Que es beneficiaria del retén social, por ser servidora pública con derecho a pensión de jubilación.
- Que se encuentra cobijada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y, además, porque cumple con los requisitos que determina el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, establecidos para los trabajadores de la Rama Judicial, para acceder a la pensión de jubilación.
- Que el único ingreso monetario que devenga proviene del salario que recibía como retribución al cargo de Asistente de Fiscal IV, nombrada en provisionalidad en la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla.
- Que mediante Resolución No. 0903 del 19 de abril de 2010, se dieron por terminados unos nombramientos en provisionalidad, como consecuencia de los nombramientos que debían realizarse con ocasión de los concursos de 1994 y 2007 adelantados en la Fiscalía. Que, en consecuencia, fue separada del cargo que ocupaba en la Fiscalía.
- Que la resolución que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad violenta los derechos constitucionales del mínimo vital, trabajo, debido proceso administrativo, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a la estabilidad laboral reforzada, razón por la que solicita el amparo.

C. De la medida cautelar solicitada

En escrito del 9 de agosto de 2010, la accionante solicitó como medida cautelar la suspensión del Oficio 000817 del 2 de agosto de 2010, en el que le fue comunicada la terminación automática del nombramiento en provisionalidad en el cargo de Asistente de Fiscal IV, oficio que fue notificado el 6 de agosto de 2010.

Adujo la actora que el oficio, que pide sea suspendido, amenaza los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela.

D. Intervención de la autoridad demandada

- **Fiscalía General de la Nación**

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación solicitó desestimar las pretensiones de la tutela. Hizo un recuento del proceso adelantado para la

implementación del sistema de carrera en esa entidad y dijo que en la Fiscalía no son aplicables las normas que sobre retén social establece la Ley 790 de 2000.

Adujo que la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, si existe un registro de elegibles para un cargo de carrera administrativa, es procedente la desvinculación de quien lo ocupa en provisionalidad, sin necesidad de motivar el acto administrativo. Que el único criterio que opera es el de dar cumplimiento a la lista de elegibles que se encuentre en turno.

Manifestó que la accionante cuenta con otro medio de defensa para cuestionar el acto administrativo que la desvinculó del cargo de Asistente de Fiscal que ocupaba en la entidad. Que, en un caso similar, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, negó las pretensiones de la acción de tutela incoada por Alfonso Céspedes Castillo, que se encontraba en similares circunstancias que la ahora actora, por considerar que la estabilidad laboral reforzada no es de obligatoria protección, si con ella pueden resultar transgredidos los derechos fundamentales de los participantes en concurso de méritos.

E. El fallo impugnado

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en fallo del 18 de agosto de 2010, accedió a las pretensiones de la actora y ordenó a la Fiscalía General de la Nación que reintegrara, sin solución de continuidad, a la actora al cargo de Asistente de Fiscal IV que ocupaba en la entidad, hasta que el Instituto del Seguro Social resolviera sobre el derecho pensional de la actora, en forma definitiva.

Como fundamento de la tutela, manifestó lo siguiente:

(...)

- En el caso de la actora, 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, situación que la coloca ad portas de un perjuicio irremediable, el cual merece la toma de medidas inmediatas para neutralizar los efectos.
- Se encuentra acreditado que la señora Luz Marina Duarte Chinchilla cumple con los requisitos establecidos en la Ley para tener derecho a su pensión de vejez.
- Igualmente, se encuentra probado que la demandante solicitó su pensión de Jubilación y se encuentra a la espera del reconocimiento de su derecho, el cual aún no se le ha reconocido, ni mucho menos se haya incluida en la nomina (sic) pensional.

(sic)".

F. La impugnación

Sin sustentar, la Fiscalía General de la Nación, mediante apoderado, impugnó el fallo del 18 de agosto de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos en que así se autoriza.

En razón de su naturaleza subsidiaria, sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, o, en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procederá como mecanismo transitorio de protección.

- El problema jurídico a resolver

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si la accionante cumple con los requisitos para ser cobijada por la estabilidad laboral reforzada y, si en esa condición, la entidad accionada vulneró los derechos invocados en la demanda de tutela, al desvincularla del cargo.

Para resolver la cuestión, la Sala procede a determinar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral de una persona próxima a pensionarse y, posteriormente, se estudiará el caso concreto.

- Procedencia de la acción de tutela frente a la petición de reintegro laboral. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha señalado, de manera reiterada, que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para obtener el reintegro laboral¹. Lo anterior en virtud de que se trata de un asunto típicamente laboral, para cuyo debate están establecidas las vías jurisdiccionales ante los jueces especializados.

Considera la Sala que, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos,² la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la existencia de un medio ordinario de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela. Esto, en razón de que frente a la existencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha admitido, de manera excepcional, la procedencia de la tutela para ordenar reintegros. 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, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.

En esos casos, el juez de tutela está habilitado para conceder la protección de manera definitiva, si por la gravedad de las circunstancias del caso resulta inoperante asistir al debate ante la jurisdicción laboral, o transitoria, cuando el asunto objeto de discusión puede ser discutido en última instancia ante la jurisdicción laboral.

En el sub examine se observa que la accionante es madre cabeza de familia y actualmente tiene una edad de 63 años, es decir, es persona de la tercera edad, grupo de especial protección constitucional. En ese entendido, considera la Sala que por las circunstancias de la actora y la edad que tiene y por lo dispendioso y extenso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no es ese el mecanismo idóneo para la protección de los derechos invocados, situación que permite la procedencia excepcional de la acción de tutela.

¹ Ver, entre otras, la Sentencia T-768 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

² Artículo 86. Constitución Política. “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”.

- **El caso concreto**

El fin que persigue la demandante, en este caso, con la acción de tutela, consiste en obtener la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, debido proceso administrativo, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a la estabilidad laboral reforzada, en su condición de madre cabeza de familia y “persona jubilable”, derechos que considera vulnerados por parte de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto la desvinculó del cargo de Asistente de Fiscal IV que ocupaba en la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla.

Por su parte, la entidad accionada manifestó que la desvinculación de la actora del cargo que ocupaba en la Fiscalía General de la Nación obedeció a que ya se encontraba conformada la lista de elegibles para ese cargo, razón por la que era procedente la desvinculación de la actora, incluso sin necesidad de motivación. Además, dijo que la demandante cuenta con otro medio de defensa para obtener la nulidad del acto que pretende sea suspendido mediante la tutela.

En primera instancia, el a quo accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó el reintegro de la actora a la Fiscalía Seccional de Barranquilla, en el cargo de Asistente de Fiscal IV, sin solución de continuidad, hasta que el Instituto del Seguro Social resolviera en forma definitiva sobre el derecho pensional de la accionante y la decisión se encontrara debidamente ejecutoriada.

La Sala confirmará el fallo de primera instancia por las razones que pasan a exponerse:

La Constitución Política, en el artículo 13, establece que el Estado debe velar por la protección especial de ciertos grupos de personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de las madres cabeza de familia. Esta protección es concordante, además, con lo dispuesto en los artículos 43 y 53 superiores.

De conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tendrán iguales derechos y oportunidades, pero adicionalmente, el artículo 43 Superior ordena una protección de carácter especial en favor de las madres cabeza de familia, en cuanto dispone que *“el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”*.

De igual forma, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo está sometida al cumplimiento de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política.

De acuerdo con este artículo, los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales son: *igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*** En aplicación de estos principios, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer cabeza de hogar. (negritas fuera de texto).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-792 de 2004, con ponencia del doctor Jaime Araujo Rentería, consideró que la madre cabeza de familia goza de una estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la prerrogativa de permanencia en el empleo. En esa oportunidad, la Corte sostuvo:

“El amparo del cual son beneficiarias las madres cabeza de familia, abarca igualmente la protección laboral, frente a esa situación se puede establecer que gozan de una estabilidad laboral reforzada, estabilidad que se traduce en una permanencia en el empleo. En este sentido cabe anotar que no en balde se reconoce este derecho a la mujer que ha asumido la importante función social de velar, muchas veces haciendo ingentes esfuerzos, por el bienestar material y afectivo de quienes la rodean. Es precisamente por ello que el legislador ha entendido que se ajusta a los fines del Estado Social de derecho conceder la protección laboral de la que se ha hablado. Ante el especial rol, que por vicisitudes derivadas de causas disímiles, desempeñan estas mujeres, otorgar beneficios particulares a las madres cabeza de familia es una aplicación directa de aquel principio de igualdad que esta corporación ha reiterado en tantas oportunidades de dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes”.

Considera la Sala que no le asiste razón a la Fiscalía General de la Nación al considerar que la actora no es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de madre cabeza de familia, en razón de que la Ley 790 de 2002 no es aplicable en el caso concreto. Al respecto, se advierte que si bien la entidad no se encuentra en un proceso de renovación ni de reestructuración administrativa, lo cierto es que la provisión de empleos de una planta de personal, con ocasión de un concurso de méritos, también debe respetar la protección especial a las madres cabeza de familia, máxime si ostentan el status de prepensionadas.

Ahora bien, el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, considera como justa causa para dar por terminada la relación laboral o reglamentaria, el hecho de que el trabajador cumpla con los requisitos de ley para acceder a la pensión. La norma establece:

“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.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”.

El parágrafo transcrito fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003, con ponencia del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería en el sentido de que la desvinculación será procedente:

“Siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”.

En efecto, la Corte Constitucional estableció como requisito para la terminación de la relación laboral la inclusión del trabajador en nómina de pensionados,

debidamente notificada, situación que no fue tomada en cuenta por la entidad accionada, lo que vulneró de manera evidente los derechos fundamentales de la actora, al declarar insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Asistente de Fiscal IV de la Fiscalía Seccional de Barranquilla.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que efectivamente la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de la actora, razón por la que se impone confirmar el fallo impugnado.

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

III. FALLA

CONFÍRMASE el fallo del 18 de agosto de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**
Presidente de la Sección

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
RODRÍGUEZ**

CARMEN TERESA ORTIZ DE

Aclara voto

