

Sentencia T-729/10

ACCION DE TUTELA CONTRA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Prepensionado desvinculado del servicio por no haber aprobado cuarta fase del concurso de méritos sin tener en cuenta su derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse dentro del marco del reten social

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DEL RETEN SOCIAL-Reiteración jurisprudencial sobre criterios y subreglas aplicables en materia de retén social

REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Régimen especial de carrera

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DEL RETEN SOCIAL-Procede protección constitucional hasta que el cargo que actualmente ocupa en actor sea proveído por concurso o que el peticionario sea incluido en nómina de pensionados

Referencia: expediente T-2603138

Acción de tutela de Ricardo Efraín Díaz Martínez.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva, y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos emitidos sobre el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Nariño, en primera instancia, el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009), y la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en segunda

instancia, el once (11) de febrero de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. El señor Ricardo Efraín Díaz Martínez interpuso acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el fin de obtener protección a sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral, la seguridad social, el trabajo, la igualdad y el debido proceso. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda.

1.1. El peticionario estuvo vinculado a la Registraduría Nacional del Estado Civil desde el diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981) hasta el veintidós (22) de mayo de dos mil nueve (2009). Al momento de su desvinculación, ocupaba el cargo de delegado departamental de Nariño.

1.2. El dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), la entidad accionada le reconoció al actor una prima técnica especial, en virtud de su buen rendimiento y la calidad del servicio prestado, siendo el único funcionario de la entidad que disfruta de ella.

El señor Ricardo Efraín Díaz respondió al oficio en la misma fecha, informando que los documentos relativos al reconocimiento de su derecho pensional fueron radicados en las oficinas de Cajanal, el veintisiete (27) de febrero de dos mil nueve (2009).

1.4. Mediante convocatoria 003 de 16 de diciembre de 2008, la Registraduría Nacional del Estado Civil dio inicio a concurso público y abierto de méritos para la provisión de 64 cargos de delegado departamental. El accionante se inscribió en el concurso; aprobó las fases I a III, pero no superó la fase IV, relativa a pruebas de conocimientos y “comportamentales”.

En suma, la lista de elegibles quedó conformada solo por 43 nombres (de 64 posibles), y el peticionario ocupó el séptimo lugar entre quienes no aprobaron la cuarta fase del concurso.

1.5. El Registrador Nacional del Estado Civil, a través de resolución 2998 de diecinueve (19) de mayo de dos mil nueve (2009), declaró insubsistente el nombramiento del señor Ricardo Efraín Díaz Martínez, a raíz de los resultados del concurso de méritos.

1.6. El señor Díaz Martínez afirma que vive de su salario, y tiene a cargo a su grupo familiar (incluidos dos menores de edad, y su madre, perteneciente a la tercera edad), e indica que actualmente afronta problemas psicológicos, asociados con depresión, y acreditados mediante diagnóstico médico.

1.7. El veintiséis (26) de mayo de dos mil nueve (2009) el señor Registrador Nacional del Estado Civil (en adelante, el Registrador) profirió la resolución 3175 del mismo año, por medio de la cual nombró a una funcionaria de la entidad en el cargo que ocupaba el peticionario, en la modalidad de "encargo". Resalta el actor que esa funcionaria no participó en el concurso de méritos, pues su inscripción fue rechazada por la parte accionada.

1.8. El dieciocho (18) de mayo de dos mil nueve (2009) el peticionario elevó derecho de petición ante el Registrador solicitándole reconsiderar la declaratoria de insubsistencia para garantizarle el derecho a la estabilidad laboral; y el 19 de mayo del mismo año, el actor elevó otro derecho de petición ante la oficina jurídica de la entidad, requiriendo la inscripción extraordinaria en carrera, en aplicación del acto legislativo 01 de 2008.

2. Argumentos jurídicos presentados por el peticionario.

El señor Ricardo Efraín Díaz considera que la actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, el mínimo vital, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y la igualdad, por las siguientes razones:

(i) Al peticionario le faltan menos de tres años para adquirir el derecho pensional (en efecto, tanto la Registraduría Nacional del Estado Civil como el peticionario indican que ya cumplió los requisitos para acceder al derecho); en consecuencia, es beneficiario del retén social previsto por el Gobierno Nacional en el programa de renovación administrativa del estado. Por esa razón, la entidad demandada no podía separarlo del cargo hasta adquirir, materialmente, el estatus de pensionado.

(ii) El párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 establece como causal justa de retiro del servicio la obtención de la pensión de vejez. Sin embargo, esa norma hace referencia al reconocimiento efectivo de la pensión y, de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, la desvinculación solo puede darse una vez el afectado sea incluido en nómina de pensionados, para evitar que se produzca una lesión al derecho fundamental al

mínimo vital.

(iii) La desvinculación del señor Díaz Martínez no era necesaria, como se infiere del hecho de que el Registrador nombró en su reemplazo a una funcionaria de la entidad que no participó en el concurso de méritos correspondiente, pues su inscripción a la convocatoria 003 de 2008 fue rechazada.

(iv) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante, sin haberse constatado la efectividad de su derecho pensional, constituye una amenaza a su derecho fundamental al mínimo vital y al de su grupo familiar.

3. Pretensión material de amparo: con base en los hechos y argumentos jurídicos expuestos, el actor solicita el amparo transitorio a los derechos fundamentales invocados y, como consecuencia, que se ordene su reintegro al cargo de delegado departamental de Nariño hasta que sea verifique la inclusión en nómina de pensionados de la Caja Nacional de Previsión.

Intervención de la autoridad accionada.

4. El Señor Carlos Alberto Arias Moncaleano, actuando como director de la oficina jurídica de la entidad accionada, intervino en el trámite de la primera instancia solicitando denegar el amparo, con base en las razones que a continuación se presentan de forma sucinta:

4.1. Argumentos relacionados con la improcedencia de la acción:

4.1.1. La acción objeto de estudio no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues existe un mecanismo judicial ordinario idóneo para controvertir la legalidad de los actos administrativos emanados por el Registrador que, a juicio del peticionario desconocen sus derechos constitucionales. Se trata de la acción de nulidad y reparación directa cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, escenario en el que es viable solicitar la suspensión provisional del acto atacado.

4.1.2. De acuerdo con el artículo 6º del decreto 2591 de 1991, la tutela no procede contra actos generales y abstractos, como la resolución 003 de 16 de diciembre de 2008, por medio de la cual se profirió la convocatoria al concurso de méritos para el cargo de delegado departamental.

4.1.3. La acción es improcedente pues no cumple el principio de inmediatez, si se toma en cuenta que el acto vulnerador sería la sentencia C-230 A de 6 de marzo de 2008, proferido más de un año antes de la interposición de la tutela, o en un sentido más amplio, el acto vulnerador habría ocurrido hace 6 años (No es claro a qué acto se refiere ese argumento).

4.2. Argumentos de fondo:

4.2.1. El retén social no es aplicable a la situación del peticionario, pues este mecanismo de protección solo tuvo vigencia hasta diciembre de 2005, y solo cobijó a las entidades del sector ejecutivo en reestructuración o liquidación.

4.2.2. El peticionario ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción. Por esa razón, no posee expectativas legítimas de estabilidad, y puede el nominador (Registrador Nacional) desvincularlo del servicio, en ejercicio de sus facultades constitucionales.

4.2.3. El artículo 33 de la ley 100, a partir de la modificación introducida por la ley 790 de 2003, en efecto, establece la causal de retiro por obtención de la pensión de vejez; y, de acuerdo con la interpretación dada por la Corte Constitucional a esa disposición, el retiro del servicio solo es procedente cuando el afectado ha sido incluido en nómina. Sin embargo, esa prohibición o ese condicionamiento se aplica cuando el retiro obedece a la aplicación de esa causal. En este proceso, empero, la decisión de retirar al actor del servicio obedeció a que no aprobó el concurso de méritos, de manera que el condicionamiento no era aplicable.

4.2.4. Por último, la convocatoria 003 de 2008 es una actuación administrativa iniciada en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-230 A de 2008. Los pronunciamientos proferidos por el Tribunal Constitucional en ejercicio de control de constitucionalidad abstracto son de obligatorio cumplimiento y tienen efectos erga omnes. Por tales razones, el Registrador se encuentra vinculado al concurso de méritos, de manera que no puede nombrar a una persona que no tiene las condiciones para el cargo:

“No es cierto, que se debía mantener en el empleo como quiera (sic) que en ninguno de los apartes del texto de la Convocatoria No. 003 se afirma que en caso que la lista de elegibles no se conforme con un total de sesenta y cuatro (64) aspirantes, los cargos de Delegado Departamental se proveerán con la totalidad de aspirantes allí inscritos, y los cargos vacantes y faltantes por proveer, serán provistos en razón de la condición particular y especial de cada quien, mas aun (sic) cuando no le era viable al Señor Registrador Nacional del Estado Civil entrar (sic) a definir de manera aleatoria y subjetiva cuales de las plazas Delegadas en los diferentes departamentos del territorio nacional deberían decretarse insubsistente y cuales no, teniendo presente que los cargos de Delegado Departamental 0020-04 pertenecen a la planta goblal y flexible de la sede central, siendo estos de libre nombramiento y remoción”.

4.2.5. El accionante alega su propia culpa, pues su situación se originó en hechos que le son imputables, puesto que (i) no inició el trámite pensional 30 días después de cumplir los requisitos legales para el acceso a la pensión de vejez, como lo ordena el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; y (ii) no aprobó el concurso de méritos para acceder al cargo de delegado departamental del Registrador Nacional del Estado Civil.

4.2.6. El actor no demostró la supuesta vulneración al mínimo vital.

En conclusión, la Registraduría Nacional del Estado Civil no violó derecho fundamental alguno al peticionario; actuó de conformidad con el orden jurídico, y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-230 A de 2008.

Del fallo de primera instancia¹.

5. El Tribunal Administrativo de Nariño, actuando como juez de tutela de primera instancia, mediante pronunciamiento de veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009), concedió el amparo al peticionario como mecanismo transitorio de protección, considerando que tiene derecho a ser incluido en el retén social, en atención a su condición de prepensionado.

5.1. En ese sentido argumentó que la negativa de aplicar el retén social a su situación por hacer parte del sistema electoral y no de la administración pública (rama ejecutiva) no es aceptable pues implica una discriminación frente a los empleados de la organización

electoral, y que el límite temporal alegado por la parte accionada ha sido desvirtuado por la Corte Constitucional en sentencia T-128 de 2009.

5.2. A partir de la expedición del acto legislativo 01 de 2003, la Registraduría Nacional del Estado Civil tiene un régimen especial de carrera de origen constitucional, caracterizado por el ingreso mediante el sistema de carrera, y el retiro flexible por necesidad del servicio.

Con el fin de hacer efectiva la incorporación de los funcionarios mediante concurso de méritos, la Registraduría Nacional del Estado Civil profirió la convocatoria 003 de 2008, para proveer los cargos de delegado departamental de la planta global y flexible de la entidad. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-230 A de 2008 (i) todos los cargos de la entidad son de carrera, salvo las excepciones expresas, así que (ii) los funcionarios en provisionalidad tienen derecho a la estabilidad hasta la culminación del concurso, estando condicionado su retiro a la expedición de resolución motivada.

5.3. El párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 33 de la ley 100 de 1993 establece la causal de retiro por obtención de la pensión de vejez, e indica que, si cumplido el término previsto para efectuar la solicitud de reconocimiento pensional, el trabajador no lo hace, la entidad puede hacerlo.

En esta oportunidad, el actor presentó su solicitud ante Cajanal y, sin embargo, la parte accionada declaró insubsistente su nombramiento, amenazando el mínimo vital de su grupo familiar, desconociendo el principio de estabilidad laboral en carrera administrativa, y transgrediendo la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 100, previamente citado, de “desvincular o retirar del servicio al demandante hasta tanto tenga reconocida su pensión o haya sido incluido en nomina (sic) de pensionado” como protección a su mínimo vital.

5.4. En relación con la situación del peticionario, es evidente el riesgo a su mínimo vital puesto que es una persona de 57 años de edad; tiene dos hijas menores, de 13 y 9 años, que dependen de él; desde que se produjo su retiro no recibe ingresos para satisfacer sus necesidades; ha sufrido traumas psicológicos que han afectado su salud; aún no se le ha reconocido la pensión de jubilación; y tiene una deuda por valor de 6.630.529 con la Cooperativa de la entidad.

5.5. “Igualmente, surge otro hecho a tenerse en cuenta y es la existencia de una plaza en Nariño de delegado en “encargo”, en la que podría ser reintegrado el accionante sin violar los derechos de quien fuera nombrado en la lista de elegibles”.

Impugnación del fallo de primera instancia.

6. La parte accionada impugnó el fallo de primera instancia. Además de reiterar los argumentos contenidos en su primera intervención, expresó que:

6.1. El Tribunal Administrativo de Nariño planteó problemas jurídicos que no corresponden a la competencia del juez constitucional pues son discusiones de interpretación legal que no se relacionan con la protección de derechos fundamentales.

6.2. Reitera sus argumentos en relación con la improcedencia de la acción por no cumplir con los requisitos generales de inmediatez, subsidiariedad; y por enmarcarse dentro de la regla específica de improcedencia contra actos administrativos de carácter general.

6.3. El a quo desconoció obligatoriedad de las sentencias de constitucionalidad; específicamente, la sentencia C-230 A de 2008 que ordenó al Registrador Nacional del Estado Civil, proveer por concurso de méritos los cargos del nivel directivo de la entidad, e interpretó erróneamente la normatividad pertinente al considerar que los cargos del nivel directivo de la Registraduría son de carrera administrativa.

6.4. El Registrador estaba vinculado a los resultados del proceso iniciado mediante la convocatoria 003 de 2009, y procedió a efectuar los nombramientos conforme la lista de elegibles. El a quo desconoció ese proceso y, por lo tanto, los derechos de los ciudadanos que superaron todas las etapas del proceso.

6.5. Reitera que el retén social no es aplicable al actor por la naturaleza jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil y por el límite temporal establecido a esa protección en la ley 790 de 2002.

6.7 La causal de retiro del artículo 33 de la ley 100 de 1993 se condiciona a la inclusión en nómina del afectado. Sin embargo, en este caso el retiro del servicio no obedeció al cumplimiento de los requisitos pensionales por parte del actor, sino a la no superación de la cuarta fase del concurso, de manera que el artículo 33 de la ley 797 de 2003 no es aplicable

al caso estudiado.

Fallo de segunda instancia.

7. Mediante pronunciamiento de once (11) de febrero de dos mil diez, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, actuando como juez de tutela de segunda instancia confirmó el fallo de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones:

7.1. En el caso objeto de estudio la tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentra el peticionario, quien cumplió la edad requerida para solicitar el reconocimiento pensional desde el 26 de octubre de 2007, y se encuentra adelantando los trámites ante la caja de previsión competente.

7.2. La situación del peticionario se enmarca en el supuesto de hecho del artículo 33 de la ley 100 de 1993 “norma aplicable tanto a trabajadores como a servidores públicos que hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, y que los mismos (sic) deben permanecer vinculados a las Entidades hasta tanto sea reconocida la pensión por la respectiva administradora de pensiones”. De acuerdo con la interpretación conforme a la Constitución Política establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, el retiro solo está permitido si el actor ha sido efectivamente incluido en nómina.

La entidad desconoció esa prohibición pues, a pesar de que informó al peticionario que lo había incluido en el programa de prepensionados de la entidad, declaró insubsistente su nombramiento mediante resolución No. 2998 de 19 de mayo de 2009, sin verificar que para esa fecha no había sido reconocida la respectiva pensión ni se había incluido al actor en en nómina de pensionados de Cajanal.

3. Por último, de los antecedentes fácticos se desprende que la entidad demandada nombró en la vacante dejada por el actor a una funcionaria en encargo, lo que demuestra que el retiro del actor era innecesario. En tal escenario, la parte accionada no podía desconocer la ley 797 de 2003 y la sentencia C-1037 de 2003, pues nada le impedía proteger los derechos fundamentales del señor Díaz Martínez, permitiendo su permanencia hasta tanto se reconociera efectivamente la pensión de jubilación a que había lugar y se efectuara la

inclusión en nómina de pensionados.

Insistencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

El magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales consideró pertinente insistir en la escogencia de este expediente para revisión, con base en las siguientes consideraciones:

“... [C]onsidero que el presente caso amerita la selección para su revisión teniendo en cuenta que las decisiones judiciales reseñadas desconocieron flagrantemente las situaciones jurídicas consolidadas en favor del señor Lucio Franco Bravo Rodríguez, quien luego de aprobar todas las etapas del concurso de méritos reseñado por el peticionario fue nombrado y posesionado como Delegado Departamental de Nariño. En efecto, las instancias que conocieron de la tutela olvidaron que el señor Bravo, tercero interviniente en el trámite de tutela, reemplazó al señor Díaz Martínez en la posición de Delegado Departamental de Nariño al haber accedido legítimamente a dicho cargo mediante el concurso de méritos y que en consecuencia, no podía ser removido a costa del reclamante.

Si bien es verdad que la situación del señor Díaz merece protección constitucional –en tanto la declaratoria de insubsistencia que reprocha efectivamente interrumpió la continuidad de sus ingresos y su protección en seguridad social- no menos cierto es que el señor Bravo es quien debe ocupar el cargo de Delegado Departamental de la Registraduría en Nariño, pues fue quien, con apego a las normas constitucionales y legales, y luego de resultar elegible en un concurso de méritos, terminó por ser la persona idónea para ejercerlo. De esa forma, las determinaciones tomadas en las instancias, al reintegrar en el cargo a una personas que no había accedido al él (sic) mediante ese sistema en detrimento de alguien que si lo había hecho, está desconociendo los mandatos claros del artículo 266 de la Carta Política que señalan sin lugar a dudas que el ingreso a dicha institución “será exclusivamente mediante concurso de méritos”.

Intervención del señor Lucio Bravo Franco.

El señor Lucio Bravo Franco, quien ocupa el cargo de delegado departamental de Nariño, e ingresó a la entidad como resultado de la convocatoria 003 de 2008 fue vinculado al trámite de tutela, por ser un tercero eventualmente afectado con el resultado de este proceso. El

señor Bravo Franco solicitó denegar el amparo considerando que su estabilidad adquirida por haber ganado una plaza en el concurso de méritos podría verse afectada por una decisión favorable al actor, quien no superó el concurso de méritos.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del decreto 2951 de 1991, y el auto de once (11) de junio de dos mil diez (2010), expedido por la Sala de selección número seis de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la seguridad social, el trabajo y el mínimo vital del señor Ricardo Efraín Díaz Martínez al haberlo desvinculado del servicio por no haber aprobado la cuarta fase del concurso de méritos iniciado en la entidad mediante convocatoria 003 de 2008, sin tomar en consideración el respeto por la estabilidad laboral reforzada a que tiene derecho como persona prepensionada, en el marco del retén social; y/o (ii), transgrediendo la prohibición de despedirlo hasta que sea incluido en nómina de pensionados, contenida en el párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 (modificadorio del artículo 33 de la ley 100 de 1993).

Para resolver el problema planteado, la Sala se referirá a (i) la estabilidad laboral reforzada establecida en el marco del retén social; (ii) el retiro por justa causa por la obtención del derecho pensional; y (iii) el régimen laboral de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

La estabilidad laboral de las personas “prepensionadas”, en el marco del proceso de renovación administrativa del Estado (retén social). Reiteración de jurisprudencia.

1. La Corte Constitucional se ha referido en un conjunto amplio de providencias a la estabilidad laboral de grupos vulnerables en procesos de reestructuración institucional del Estado². En esta oportunidad, la Sala reiterará apartes centrales de la sentencia C-795 de

2009, pronunciamiento en el que se encuentran sistematizados los criterios y subreglas aplicables en materia de retén social.

2. En el fallo mencionado, este Tribunal explicó que los procesos de renovación institucional encuentran sustento en la necesidad de adecuar la estructura orgánica de la administración a las cambiantes exigencias económicas y sociales, con el propósito de lograr una adecuada prestación de los servicios a cargo del estado, y un manejo eficiente de los recursos públicos.

3. Precisó la Corte, además, que la consecución de esos fines, sin duda legítimos en el estado constitucional, debe realizarse evitando al máximo la restricción de los derechos de los grupos sociales que puedan verse afectados, cuando la reforma institucional implica la modificación de la estructura de las plantas de personal.

4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 20023 se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia⁴, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse.⁵” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

5. La regulación legislativa del retén social, ha generado una diversidad de discusiones sobre la interpretación de diversas de sus disposiciones y, las cuales han girado principalmente en

torno del alcance material, personal y temporal del retén social.

En relación con el límite temporal, como se expuso, la ley 790 de 2002 lo refirió hasta la vigencia de las facultades extraordinarias entregadas al presidente para la renovación de la administración pública; posteriormente, dos actos normativos establecieron límites temporales concretos: en primer término en el decreto 190 de 2003 se determinó que la protección se extendía únicamente hasta el 31 de enero de 2004; posteriormente, en el plan de desarrollo fijado por la ley 812 de 2003, se estableció la misma limitación, exceptuando, empero, al grupo de los prepensionados, cuyo amparo se extendería hasta el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación.

Sin embargo, en la sentencia C-991 de 2004, la Corte Constitucional consideró que esos límites no se ajustan a la Constitución Política, pues los mandatos superiores que dan origen al denominado retén social no se agotan en una fecha específica, y deben ser aplicados mientras se extienda el programa de renovación administrativa del Estado. En atención a tales consideraciones, en la sentencia C-795 de 2009 enfatizó la Corte:

“[T]eniendo en cuenta que (...) el límite temporal previsto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, fue declarado inexecutable por vulnerar mandatos constitucionales de superior jerarquía (C-991/04) (...) el límite temporal establecido para la protección constitucional derivada del retén social [es] la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa, o el momento en que quede en firme el acta final de la liquidación”. (Destaca la Sala).

6. Por otra parte, en relación con la naturaleza jurídica de las entidades cuya reestructuración pueda dar lugar a la protección mencionada, la Corte Constitucional ha expresado que, si bien el retén social fue concebido por el legislador para establecer garantías en la renovación de la administración pública, tales garantías constituyen, en realidad, la concreción de distintos mandatos constitucionales, de donde se infiere que la naturaleza de la entidad pública no debe llevar a establecer, por sí sola, restricciones a la estabilidad laboral de los grupos amparados por el retén social. Como sustento de esta afirmación, resulta oportuno recordar lo expresado por el pleno de la Corte en sentencia C-795 de 2009:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se

circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado⁶ que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado || En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho⁷.”

7. Finalmente, en la citada sentencia C-795 de 2009, la Corte armonizó la jurisprudencia constitucional en cuanto a la delimitación del concepto de persona prepensionada, objeto de amplias discusiones interpretativas:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública⁸”

“(iii) [sobre la extinción de la protección en el tiempo], es decir el lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada para las personas próximas a pensionarse, la jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso”.

2. El régimen especial de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

8. El artículo 125 de la Carta Política establece que el ingreso y desempeño de cargos públicos se ciñe, por regla general, al régimen de carrera administrativa, salvo las excepciones constitucionales y legales, entre las que se encuentran los cargos de libre nombramiento y remoción, y la situación de los trabajadores oficiales (de vinculación legal y reglamentaria). A partir del contenido normativo de este artículo -en armonía con el artículo 130 de la Carta- es posible concluir que el constituyente previó también la posible creación de regímenes especiales de carrera, los cuales pueden tener origen constitucional o legal.

La carrera administrativa es un mecanismo que surge en la concepción de democracia participativa y pluralista que caracteriza la Carta Política de 1991, y que se materializa mediante el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos; es decir, mediante la posibilidad de que todo ciudadano pueda postularse para un cargo público, y que su ingreso depende exclusivamente del mérito lo que, además, redundará en la adecuada prestación de los servicios a cargo del Estado y en el cumplimiento de los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que deben caracterizar la acción del Estado en todos sus niveles (Art. 209, C.P.)

9. Como contrapartida necesaria del ingreso a la función pública basado en el mérito, la carrera supone un nivel especial de estabilidad para los funcionarios que ingresan a un cargo tras la superación de un concurso público y abierto de méritos. Así, el artículo 125 -citado- determina como causales específicas la “calificación no satisfactoria en el empleo”, “la violación al régimen disciplinario”, y deja abierta la posibilidad de creación de nuevas causales a la Constitución y la Ley.

10. La Registraduría Nacional del Estado Civil históricamente ha mantenido regímenes

especiales de carrera, en primer término, de origen legal, y actualmente, de raigambre constitucional, en atención a lo dispuesto por el artículo 266 de la Carta Política (modificado por el acto legislativo 01 de 2003). Para el tema que ocupa la Sala es importante mantener presentes algunos aspectos históricos y jurídicos del régimen de carrera (o los regímenes de carrera) de la entidad.

En primer término, la carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil preveía el ingreso a determinados cargos -como el de delegado departamental- con base en el criterio de filiación política, pues en un escenario en el que el sistema político se concebía como eminentemente bipartidista, se entendía que el nombramiento de funcionarios de partido político opuesto al del Registrador Nacional del Estado Civil constituía una garantía de transparencia e imparcialidad en el desempeño de las funciones electorales. (Al respecto, remite la Sala al fallo C-230 A de 2008).

11. Sin embargo, el constituyente de 1991 decidió adoptar una forma de Estado en la que la democracia se concibe desde un punto de vista participativo y el pluralismo constituye un principio fundante de la organización social (artículo 1º CP), de manera que la concepción bipartidista del Estado fue reemplazada por una en la que se reconoce y valora la existencia de distintos grupos sociales y de intereses políticos, de manera que la filiación política ya no constituye una garantía de imparcialidad, sino una restricción al acceso a los cargos públicos.

En esa dirección, fue proferido el decreto 1014 de 2000, mediante el cual se configuró un nuevo régimen para la Registraduría Nacional del Estado Civil. La importancia de la carrera fue destacada en diversas disposiciones de ese instrumento normativo. Así, en el artículo 2º (inciso 3º) se estableció que el ingreso a la carrera especial del organismo estaría guiado exclusivamente por el mérito, y no por motivos de filiación política o de otra índole.

“El ingreso, permanencia y ascenso en los empleados de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se hará considerando exclusivamente el mérito, sin que para ello la filiación política o razones de otra índole puedan incidir de manera alguna. Su aplicación no podrá limitar ni constreñir el libre ejercicio del derecho de asociación a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política.”

En el artículo 3º, ibídem, se determinó como regla general la pertenencia a la carrera especial de los cargos de la entidad, y se establecieron excepciones taxativas, entre las cuales se incluyó el cargo de delegado departamental, entre aquellos de libre nombramiento y remoción:

“Artículo 3o. Cargos de carrera administrativa. (Derogado por la Ley 1350 de 2009) Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con los siguientes criterios: || a) Aquellos, que adelante se indican, cuyo ejercicio comporta la adopción de políticas o realización de funciones de dirección, conducción u orientación institucionales: || (...) 7. Delegado Departamental.”

Artículo 266, C.P.: “La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley. (Corresponde al artículo 15, inciso 3º del Acto Legislativo 01 de 2003).”

13. Para terminar con esta breve delimitación de los rasgos esenciales de la carrera especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, debe hacerse referencia a la sentencia C-230 A de 2008, en la cual la Sala Plena de esta Corporación se refirió a aspectos específicos del régimen especial de la Registraduría, de los que deben resaltarse los siguientes:

13.1. A partir del Acto Legislativo 01 de 2003, la Registraduría Nacional del Estado Civil posee un régimen especial de carrera, caracterizado por el ingreso a los cargos exclusivamente por concurso de méritos, y el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio, y la libre remoción, para empleados de responsabilidad política o administrativa.

13.2. Los cargos de responsabilidad administrativa pertenecen a la carrera especial de la entidad, pues su ingreso solo puede darse por méritos, si bien son de libre remoción. En otros términos, en el régimen de la Registraduría Nacional del Estado Civil se combina el ingreso por mérito y la libre remoción.

13.3 Ahora bien, el atributo de “carrera” se predica de los cargos, no de los funcionarios. En ese sentido, cuando el nombramiento se produce en virtud de los resultados del concurso de méritos, se hace “en propiedad”, y cuando se realiza porque el concurso no se ha desarrollado, o para suplir una vacancia temporal, el nombramiento es efectuado en “provisionalidad”. En cualquier caso, enfatizó la Sala Plena, el nominador se encuentra vinculado al resultado de los concursos.

13.4. En ese sentido, la Sala ordenó adelantar los concursos para diversos cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, pero aclaró que esa obligación no restringe la facultad del nominador de efectuar nombramientos en provisionalidad, durante el trámite del concurso.

13.5. Finalmente, expresó la Corte que, como el acto legislativo 01 de 2003 previó el carácter de carrera para los cargos de la entidad, los funcionarios de la entidad, al momento de proferirse la sentencia C-230 A de 2008, ocupaban cargos de carrera en provisionalidad; y reiteró la subregla establecida en un amplio número de pronunciamientos, de acuerdo con la cual los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad son acreedores de una estabilidad laboral relativa, que se traduce en que su retiro solo puede efectuarse mediante resolución motivada, como garantía del debido proceso y condición para el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.

Por su importancia, se transcriben in extenso los apartes pertinentes:

“Así pues, tratándose de nombramientos en propiedad el Registrador Nacional del Estado Civil está vinculado a los resultados del proceso de selección y debe respetarlos, pues el artículo 266 superior establece el ingreso a la Registraduría mediante concurso de méritos. Empero, como no se ha expedido la ley de carrera administrativa especial que concrete el mandato constitucional, la Corte considera que, de conformidad con el Acto Legislativo No. 01 de 2003, actualmente los cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil son de carrera y, en las condiciones que más adelante se precisarán, dispondrá la apertura de un concurso de méritos a fin de que el Registrador pueda iniciar el proceso de selección que le permitirá nombrar en propiedad, sin perjuicio de la posibilidad de nombrar en provisionalidad y proveer, en forma transitoria, los cargos vacantes que correspondan a carrera

administrativa, conforme a lo establecido en el Decreto 1014 de 2000, mientras se adelanta el concurso.

No obstante, la Corte debe precisar que los empleados de la Registraduría que actualmente están en carrera administrativa se mantienen en la situación en que se encuentran, pues tienen derecho a su estabilidad y que los servidores que actualmente ocupen en provisionalidad cargos que correspondan a la carrera también tienen derecho a la estabilidad hasta la culminación del concurso, y sólo podrían ser removidos mediante resolución motivada y con el lleno de las demás garantías señaladas por la Corte Constitucional que, respecto de los cargos de carrera ocupados en provisionalidad ha reiterado, en numerosas sentencias, tanto el derecho a la estabilidad como la obligación de expresar en el correspondiente acto administrativo los motivos por los cuales la autoridad decide retirar del cargo de carrera a quien lo desempeña provisionalmente”9.

14. Ahora bien, es necesario indicar que para la Corte, esas reglas deberían aplicarse en virtud de la ausencia de regulación legislativa del artículo 266 Superior. Sin embargo, ese vacío fue colmado recientemente por la Ley 1350 de 2009, lo que podría suponer un cambio en las normas relevantes para la solución del problema jurídico abordado.

En ese orden de ideas, la ley 1350 de 2009¹⁰ estableció en el artículo 6º la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción en la entidad, entre los cuales incluyó el de delegado departamental¹¹. Sin embargo, la constitucionalidad de esa disposición fue condicionada por el reciente fallo C-553 de 2010, “en el entendido que los cargos de autoridad administrativa o electoral allí regulados son de libre remoción y no de libre nombramiento, por lo cual deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos”.

Además, consideró este Tribunal que, con el fin de evitar que la libre remoción se traduzca en la repetición de las prácticas de permanencia en la entidad asociadas a la filiación política, la pertenencia de un empleo a la carrera administrativa conlleva la obligación en cabeza del nominador, de motivar el acto de retiro del empleado que lo ocupa, aún en provisionalidad:

“[A] riesgo de que se desvirtúen los principios de imparcialidad y transparencia en el ingreso por méritos y remoción justificada de los servidores que tiene la delicada misión de la realización de los procesos electorales. Para la Corte, la facultad de remoción de los

empleados de responsabilidad administrativa o electoral debe ser compatible con la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil que la Constitución ha conferido a dichos cargos, lo que implica que el acto de desvinculación, a pesar de recaer en la órbita funcional del Registrador Nacional, debe hacer explícita su motivación. Dicho acto no puede llevarse a cabo de modo irrazonable o arbitrario, sino que en todo caso, debe ser compatible con la garantía de los derechos constitucionales de que son titulares los servidores públicos y acorde con el cumplimiento de los fines del Estado, sin que pueda tornarse en vehículo que ampare la desviación de poder, las prácticas clientelistas o en general, toda forma de ejercicio ilegítimo o carente de sustento de la potestad de remoción.”

15. En virtud de lo expuesto, puede concluirse que (i) el régimen especial de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil se caracteriza por: el ingreso mediante concurso a todos los cargos de la entidad; (ii) el retiro flexible y la libre remoción para los empleados de responsabilidad electoral y/o administrativa. Sin embargo, (iii) la libre remoción debe armonizarse con el respeto por el mérito, de manera que (iv) su ejercicio, en este régimen especial, está condicionado a la expedición de un acto administrativo motivado, es decir, deben hacerse explícitas las razones del servicio que dan lugar a la desvinculación del funcionario.

El retiro del servicio por la obtención de la pensión de vejez o de jubilación.

17. En ejercicio de esa facultad, el Congreso de la República estableció en el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la causal de retiro por cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma disposición para la adquisición del derecho a la pensión de vejez, norma aplicable a “... todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”.

18. En el inciso final de la disposición citada se prevé, además, que si transcurridos treinta días desde el momento en que el empleado o servidor público cumple los requisitos para acceder el derecho, este no solicita la pensión de vejez, “el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel” (Ley 100 de 1993; artículo 33, inciso final).

19. En sentencia C-1037 de 2003, la Corte consideró que, si bien la configuración de nuevas

causales de retiro del servicio público se enmarca dentro de la competencia general del legislador, la legitimidad y validez constitucional de las mismas se encuentra sujeta al respeto por los derechos fundamentales de los asociados, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, esta Corporación estimó que esa medida es constitucionalmente legítima, pues se orienta a garantizar la eficacia de principios constitucionales como el acceso a la función pública (artículo 40-7), “propiciar el trabajo de las personas que ingresan a la población en edad de trabajar”, y ejercer intervención estatal para el pleno empleo de los recursos humanos.

Sin embargo, aclaró esta Corporación que esa norma debía armonizarse con el derecho fundamental al trabajo, al mínimo vital y la efectividad de los derechos constitucionales (artículo 2º CP), por lo que condicionó su constitucionalidad al reconocimiento efectivo del derecho pensional, y la inclusión en nómina del interesado, por parte de la caja de previsión competente. Lo primero, con el fin de asegurar el mínimo vital del grupo familiar del funcionario o trabajador; lo segundo, con el propósito de garantizar el goce efectivo del derecho pensional, en armonía con el derecho al descanso después de una vida de servicios prestados a la sociedad:

“En este orden de ideas, el trabajo es un derecho individual y una obligación social que goza de especial protección estatal (art. 25 C.P.). Para hacer efectivo este derecho el Constituyente contempló en la Carta Política dos mandatos para el Estado colombiano. El primero de ellos es el contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual “el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”. El segundo de los mandatos aludidos impone al Estado, como director general de la economía, intervenir, de manera especial, para dar “pleno empleo” a los recursos humanos (art. 334 C.P.).”

(...)

“8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones

dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan”.

20. Para culminar este acápite, es conveniente señalar que en el artículo 41 de la ley 909 de 2004, literal e, se previó la misma causal de retiro de carrera administrativa. Su constitucionalidad fue sometida a condicionamiento por esta Corporación a través del pronunciamiento C-501 de 2005, en los términos recién indicados; es decir, en el entendido de que solo procede el retiro una vez se dé la inclusión en nómina del afectado.

21. En síntesis, la causal de retiro por obtención del derecho a la pensión se ajusta a la Constitución Política, siempre que no exista solución de continuidad entre el retiro y el reconocimiento y goce efectivo de la pensión de vejez del interesado o afectado, lo que solo se produce con su inclusión en la nómina de pensionados de la caja de previsión social correspondiente. La solidaridad social, el mínimo vital y el principio de efectividad de los derechos constitucionales son el fundamento normativo de esa condición.

A continuación la sala aplicará las subreglas, criterios jurisprudenciales, y reglas jurídicas pertinentes al caso concreto.

Del caso concreto.

Con el fin de mantener un orden expositivo adecuado, la Sala se referirá, en primer término, a la procedibilidad (formal) de la acción para el caso objeto de estudio; en segundo término, se referirá brevemente a la improcedencia del cargo relativo a la aplicación del retén social a la situación del actor; y finalmente, determinará si el retiro del actor del cargo de delegado departamental de Nariño supone una violación a sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral, la igualdad, el trabajo y el mínimo vital de su grupo familiar, por desconocer la protección establecida por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, en favor de quienes han cumplido los requisitos para acceder al derecho pensional, pero no han sido incluidos en nómina de pensionados.

1. Procedibilidad de la acción.

Previo al análisis de procedibilidad de la acción, la Sala precisará cuál es la actuación que -se alega- desconoce los derechos fundamentales del actor, pues la intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil se refiere, indistintamente, a diversos actos normativos para justificar la improcedencia (formal) de la acción, lo que puede generar algunas confusiones:

De los antecedentes expuestos, empero, se infiere claramente que el acto controvertido es aquél por el cual se determinó desvincular al peticionario del cargo de delegado departamental: la resolución 2998 de diecinueve (19) de mayo de dos mil nueve (2009), por la cual se declaró insubsistente su nombramiento. Con respecto a ese acto, se realizará la evaluación de procedibilidad de la acción:

1.1. Subsidiariedad:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede para la protección de los derechos constitucionales cuando (i) no existe otro mecanismo de defensa judicial; (ii) existen tales mecanismos pero no son idóneos o adecuados, en virtud de las circunstancias del caso concreto, o las condiciones personales de vulnerabilidad o debilidad del afectado; o (iii), se interpone para buscar la protección transitoria del derecho, debido a que la duración o estructura del proceso ordinario, no permiten conjurar la amenaza de un perjuicio irremediable.

En el presente caso, estima la Sala procedente evaluar el problema jurídico desde la perspectiva del amparo definitivo, pues el asunto que debe examinarse se cifra en evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio del actor y el reconocimiento y pago efectivo de su derecho pensional, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso judicial, dada la duración del mismo.

Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación¹², debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurar una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier

caso, en un término inferior a 6 meses.

No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestión o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados¹³.

1.2. Inmediatez:

La resolución por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor fue proferida el diecinueve (19) de mayo de dos mil nueve (2009), y, de acuerdo con la información contenida en el expediente, la acción de tutela fue radicada el 7 de junio de 2009 en la oficina de reparto. En consecuencia, puede afirmarse que el afectado actuó con la celeridad propia del amparo iusfundamental que, con urgencia, requiere al juez de tutela.

1.3. Por último, la regla general de improcedencia de la acción para controvertir actos de carácter general y abstracto no es aplicable en este caso, pues la resolución 2998 de 2009 solo cobijó al actor. Es decir, se trata de un acto particular y concreto.

2. Análisis material de los cargos.

2.1 Improcedencia de la acción para la aplicación del retén social.

En este acápite la Sala explicará las razones por las cuales el cargo relativo a la protección del actor por la vía del retén social no es procedente, pues obedece a un inadecuado planteamiento del problema jurídico que se presenta al juez de tutela en este caso.

En el caso objeto de estudio, la entidad no se encuentra en liquidación, ni su planta está siendo reformada para alcanzar una mayor eficiencia. El conflicto se ubica en un plano diferente: la necesidad de armonizar el mandato según el cual el acceso a los cargos públicos

debe darse con base en el mérito, en defensa del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y de la concepción participativa de la democracia, con el interés de quienes actualmente ocupan esos cargos sin haber ingresado por la vía del concurso.

En otros términos, si bien el retén social, y el problema planteado a la Sala se relacionan con la protección de la estabilidad laboral de determinados grupos sociales vulnerables, esa situación se enmarca en procesos administrativos de tipo diverso, que persiguen la satisfacción de distintos principios constitucionales, lo que impide la aplicación de las subreglas relativas al retén social.

El problema, una vez depurado, se dirige a determinar si está permitido, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, protección al trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital, retirar del servicio a una persona que se encuentra en el trámite de reconocimiento pensional, por no haber aprobado las distintas etapas (o las etapas eliminatorias) de un concurso de méritos.

Para responder esa pregunta, la Sala procederá a verificar cuál era la situación laboral del actor en el régimen especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil y si, en ese marco, tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, tomando en cuenta la efectiva celebración del concurso de méritos para la provisión del cargo que ocupaba.

2.2.1. La situación laboral del actor en relación con el régimen especial de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Uno de los puntos de mayor controversia en este proceso ha sido el de la calidad de empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción del actor. Así, la parte accionada ha señalado que el actor ingresó por filiación política, lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte se opone a los principios de pluralismo y participación y argumenta, además, que el cargo del actor siempre ha sido de libre nombramiento y remoción, pues así fue establecido en el decreto 1014 de 2000 y en la ley 1350 de 2000, y porque el artículo 266 de la Carta Política prevé la libre remoción para los cargos de responsabilidad administrativa o electoral. Por su parte, el actor afirma que los cargos de la entidad son de carrera desde el acto legislativo 01 de 2003.

Como se explicó en los fundamentos de esta providencia, lo que determina si un cargo es de carrera es la definición de su naturaleza por la Constitución o la ley -excepcionalmente, por autoridades administrativas-, y no el tipo de nombramiento de la persona que ocupa el cargo. En el caso de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el acto legislativo 01 de 2003 estableció que todos los cargos de la entidad son de carrera. Sin embargo, por tratarse de un régimen especial, el legislador previó el retiro flexible por necesidad del servicio, y la libre remoción para los empleados de la entidad de responsabilidad electoral o administrativa. En ese escenario, puede concluirse que el cargo de delegado departamental es un cargo de carrera y libre remoción.

Es importante señalar que esa situación fue modificada por la ley 1350 de 2009, en la cual se estableció expresamente que el cargo de delegado departamental sería de libre nombramiento y remoción. La Sala Plena de esta Corporación, empero, condicionó la constitucionalidad de esa disposición a que se entienda que el ingreso al cargo debe producirse por concurso pues hace parte de la carrera especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y manteniendo presente que el ejercicio de la facultad de libre remoción está condicionado a la expedición de acto administrativo motivado.

En la misma línea argumentativa, la sentencia C-230 A de 2008 ordenó la realización de concursos para la provisión de los cargos de la entidad, entre estos, el de delegado departamental. Sin embargo, independientemente del modo de ingreso o el tipo de nombramiento de los empleados de la entidad, desde la expedición del artículo 01 de 2003 debe entenderse que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Ello implica, a su vez, que hasta el desarrollo de los concursos, son beneficiarios de la estabilidad relativa, que se manifiesta en el condicionamiento a su desvinculación a la expedición de un acto administrativo motivado, en el que se expliquen las razones del servicio que llevan al retiro.

Para la Sala, del conjunto de elementos normativos mencionados, se infiere que el señor Ricardo Efraín Díaz Martínez ocupa un cargo de carrera, pues esa es la naturaleza de todos los cargos de la entidad desde la modificación del artículo 266 de la Carta Política. Al momento en que se profirió la resolución 2998 de 2009 (por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento), debía entenderse que el actor ocupaba un cargo en provisionalidad, hasta la realización del concurso de meritos iniciado por convocatoria 003 de

2008. Por esa razón, su retiro solo podía darse por resolución motivada en la que se expresara los motivos del servicios que dan lugar a la misma; o por provisión del cargo mediante concurso.

Ahora bien, la estabilidad de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad es relativa, pues -como se ha expuesto- su desvinculación puede producirse por motivos del servicio, lo que debe ocurrir mediante resolución motivada; o porque el cargo sea proveído mediante concurso de méritos pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las entidades o, de forma más precisa, el nominador de cada entidad, se encuentra vinculado a los resultados del concurso de méritos.

En tal escenario, es plausible el argumento de la parte demandada cuando afirma que en el caso del peticionario no se aplicó la causal de retiro contemplada por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, sino que su retiro se originó en el hecho de no haber superado una etapa eliminatoria del concurso de méritos, y se produjo mediante resolución 2998 de 2009, en la que se indicó explícitamente que su retiro obedece a la no superación de la cuarta fase del concurso de méritos, aspecto relevante pues la motivación es el requisito para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa y, en sentido amplio, para dar plena eficacia al debido proceso constitucional en este ámbito.

A pesar de ello, es importante señalar que, más allá de la regulación del retén social en procesos de reestructuración, y de la protección prevista por el legislador para el ejercicio de la causal de retiro por obtención de la pensión de vejez, el peticionario hace parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo puede implicar la solución de continuidad entre sus ingresos recibidos como contraprestación al trabajo, y el goce efectivo de sus mesadas pensionales.

Por ello, si bien no puede extenderse la aplicación del artículo 33 a todas las demás causales de retiro de manera automática (ello podría resultar particularmente difícil cuando el retiro obedece a rendimiento deficiente o a violación del régimen disciplinario, y debería evaluarse de forma independiente en lo que toca a las relaciones laborales que prevén una pluralidad de causales de retiro), sí es un deber de las autoridades públicas evitar que los derechos de este grupo poblacional sufran restricciones excesivas; y obligación de los jueces competentes verificar que no se esté encubriendo el ejercicio de lo dispuesto por el artículo 33 de la ley

100 de 1993 bajo el manto de otras causales legales de retiro.

En ese marco, encuentra la Sala que, en el caso sub examine, existen dos elementos particulares que deben ser tenidos en cuenta para determinar la legitimidad de la desvinculación del accionante: (i) se trata de una persona en trámite de reconocimiento pensional; y (ii) como resultado del concurso de méritos iniciado por la convocatoria 003 de 2001 se conformó una lista de elegibles de 43 nombres, para la provisión de 64 cargos de delegados departamentales.

En ese marco, el Registrador argumentó que, además de encontrarse vinculado al concurso de méritos, era necesario retirar del servicio a todos los delegados departamentales, una vez terminadas las distintas fases del mismo, dado que no podía decidir al azar quiénes debían ser retirados y quiénes debían permanecer en el servicio, pues ello implicaría una vulneración al principio de igualdad.

Es claro, a partir de lo expuesto que el nominador de cada entidad del Estado, en efecto, se encuentra vinculado al resultado del concurso de méritos; sin embargo, la segunda parte del argumento presentado por la entidad accionada es débil, pues parte de la premisa de que el Registrador solo tenía dos opciones: el retiro de todos los delegados departamentales una vez terminado el concurso, o el retiro de algunos de ellos (43) al azar. Ese dilema ignora que existía otra posibilidad para el nominador, que además se encuentra determinada por tres derroteros esenciales, en tanto constituyen fundamentos del orden político instaurado por el constituyente de 1991:

En el estado de derecho están proscritas las actuaciones arbitrarias; las autoridades deben adoptar sus decisiones siempre bajo el principio de razón suficiente, es decir, con una motivación que encuentre sustento constitucional; y verificando que sus actuaciones sean proporcionadas, esto es, que no afecten derechos o principios constitucionales de forma excesiva.

En el estado social de derecho, la pensión de vejez es una garantía esencial para grupos que difícilmente pueden acceder al mercado laboral pero que han prestado sus servicios por largo tiempo, y que, por lo tanto, tienen derecho al descanso; además, la pensión de vejez o de jubilación es una prestación inescindible al derecho al trabajo.

En el estado constitucional de derecho, una restricción de un interés iusfundamental debe ser idónea para satisfacer de forma más amplia otros principios constitucionales; necesaria, en tanto no existan alternativas menos restrictivas, y proporcional (en sentido estricto), en la medida en que la intervención debe tener como contrapartida un aumento en eficacia de otros principios constitucionales, situación que corresponde evaluar a las autoridades públicas (no solo al juez) en cada caso concreto.

En ese orden de ideas, estima la Sala que la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado. Primero, porque el concurso solo se realiza si el cargo se encuentra en vacancia, lo que excluye de plano que pueda afectar a funcionarios nombrados en propiedad. En consecuencia, (ii) los funcionarios que se ven afectados por la celebración del concurso de la Registraduría Nacional del Estado Civil son aquellos que se encuentran nombrados en provisionalidad, así que son conscientes del carácter precario de su estabilidad; y, (iii) porque en la sentencia C-588 de 2009, la Sala Plena de este Tribunal consideró que la inscripción extraordinaria en carrera (medida destinada a proteger a todos quienes se hallaban en provisionalidad al momento de iniciarse los concursos de méritos) afecta el núcleo del sistema democrático, tal como fue concebido por el constituyente de 1991.

En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Sin embargo, la medida no es necesaria, debido a que la convocatoria 003 de 2008 se abrió para la provisión de 64 cargos de delegado departamental, y el resultado del concurso de méritos produjo la elaboración de una lista de elegibles conformada por 43 nombres. Esto significa que 21 de los cargos no se encuentran actualmente provistos mediante concurso de méritos, y que la entidad, en virtud de los principios de ausencia de arbitrariedad del estado de derecho; de razonabilidad y proporcionalidad que limitan las limitaciones a los derechos fundamentales en el estado constitucionalidad, y en atención al carácter de derecho fundamental y principio esencial del estado social que ostenta el derecho al trabajo, no podía decidir por azar cuáles funcionarios debían mantenerse en sus cargos y cuáles debían ser retirados; pero tampoco podía decidir desvincularlos a todos sin tomar en cuenta su situación

particular, pues ello constituye un desconocimiento del artículo 13 constitucional (particularmente en sus incisos 3º y 4º).

El hecho de que la entidad le haya informado al actor, días antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento, que había sido incluido en el plan de prepensionados de la entidad, destinado a acompañarlo en los trámites para la obtención de su pensión de vejez, sí permite acreditar que la parte accionada conocía plenamente su situación, y que era consciente de su estado de vulnerabilidad.

Por lo tanto, no podía aplicar lo que podría denominarse la “regla absoluta de exclusión”, para evitar la “exclusión al azar”, como se infiere de la contestación a la demanda sino que, en aplicación de los principios de buena fe y solidaridad social, debía tomar en cuenta la situación del actor quien, además de encontrarse en trámite de reconocimiento pensional, prestó sus servicios profesionales a la entidad por más de 28 años.

Por lo expuesto, la Sala confirmará las decisiones de instancia, en tanto concedieron el amparo al actor, pero adicionará las órdenes proferidas por los jueces de tutela de primera y segunda instancia, en el sentido de aclarar que la protección constitucional se extiende solo hasta que ocurra uno de los siguientes eventos: (i) que los cargos de delegado departamental que actualmente no han sido proveídos por concurso se provean por esa vía; (ii) que el peticionario sea incluido en nómina de pensionados de Cajanal.

Por último, considera pertinente la Sala referirse al supuesto conflicto que -se ha afirmado en el trámite de este proceso-, existe entre los derechos del actor y los del señor Lucio Bravo Franco, quien ingresó al cargo de delegado departamental de Nariño mediante concurso de méritos.

La Sala estima que ese conflicto es solo aparente, pues (i) en Nariño, como en los demás departamentos, existen 2 cargos de delegado departamental; (ii) el concurso no se abrió para ese cargo específicamente, sino para los 64 delegados departamentales en la planta global y flexible de la entidad; es decir que, al momento de desvincular al actor, el Registrador podía evaluar la posibilidad de remitirlo a cualquiera de las delegaciones, en virtud del carácter global de la planta de personal, como también podía hacerlo con el señor Lucio Bravo Franco.

Con todo, atendiendo las dificultades que supone la implantación del régimen de carrera en entidades que han mantenido otras formas de vinculación, y la pluralidad y diversidad de conflictos que en estos escenarios suelen surgir, la Sala explícitamente señala que este amparo se adopta mediante un examen de las circunstancias del caso concreto, de donde la extensión de sus efectos a otras situaciones debe ponderarse con especial prudencia por parte de los jueces constitucionales.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Confirmar las sentencias de instancia, en tanto concedieron el amparo a los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital del señor Ricardo Efraín Díaz Martínez.

SEGUNDO.- Adicionar los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Nariño, en primera instancia, el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009), y la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, en segunda instancia, el once (11) de febrero de dos mil diez (2010) en cuanto es necesario establecer que el amparo concedido en el numeral precedente, se extiende solo hasta que ocurra uno de los siguientes eventos: (i) que los cargos de delegado departamental que actualmente no han sido proveídos por concurso se provean por esa vía; o (ii) que el peticionario sea incluido en nómina de pensionados de Cajanal.

TERCERO.- Líbrense, por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2951 de 1991, para los efectos allí contemplados.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 En el proceso objeto de estudio, el Consejo de Estado decidió declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de notificación a un tercero interesado en el resultado del proceso, Lucio Franco Bravo, actualmente Delegado Departamental de Nariño. La Sala omitirá mencionar los fundamentos del fallo anulado y procederá a exponer exclusivamente las decisiones proferidas con posterioridad a la declaratoria de nulidad.

2 Cfr. Sentencias T-128/09, T-206/06, T-338/08, T-486/06, T-556/06, T-570/06, T-538/06, T-646/06, T-971/06, T-873/09. SU-388 y SU-389 de 2005, entre otras.

3 Posteriormente complementada y modificada por la ley 812 de 2003, y los decretos 190 y 396 de 2003, conjunto normativo que suele agruparse bajo el nombre de retén social.

4 En la sentencia C-964 de 2003, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de algunas disposiciones de la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley.

5 Corte Constitucional, sentencias C-1039 de 2003 y T-587 de 2008.

6 Setencias C-184 de 2003; C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008.

7 Corte Constitucional, sentencia T-768 de 2005.

8 Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009.

9 Véanse por todas, las Sentencias T-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Ley 1350 de 2009 (Diario Oficial No. 47.433 de 6 de agosto de 2009). “Por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública.” Artículo 1o. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación de la Carrera Administrativa Especial para los servidores públicos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, mejorar la eficiencia de la función pública a cargo de la Entidad, asegurando la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

11 Ley 1350 de 2009; Artículo 6º: “Los empleos de la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil tendrán el carácter de empleos del Sistema de Carrera Especial de la Registraduría Nacional, con excepción de los siguientes empleos de libre nombramiento y remoción: a) Los cargos de responsabilidad administrativa o electoral que conforme con su ejercicio comportan la adopción de políticas o realización de funciones de dirección, conducción, asesoría y orientación institucionales: (...) Delegado Departamental”.

12 Cfr. SU-975 de 2003.