

ACCION DE TUTELA-Procedencia para garantizar el cumplimiento del art. 12 de la ley 790 de 2002 o retén social

PROGRAMAS DE REESTRUCTURACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial a madres cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse

PROGRAMAS DE REESTRUCTURACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Aplicación del retén social

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Debe dar a conocer su situación en tiempo razonable para ser beneficiaria del retén social

RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia

RETEN SOCIAL PARA MADRES CABEZA DE FAMILIA- Reiteración de jurisprudencia

PROGRAMAS DE REESTRUCTURACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán y Policarpa Salavarrieta

Referencia: expedientes T-2336831 y T-2381911.

Acciones de tutela interpuestas por Laura María Montenegro Martín contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y otro; y Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana contra la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en liquidación y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, (Expediente T-2336831) y por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá (Expediente T-2381911).

Mediante auto del veinticuatro (24) de septiembre de 2009, la Sala de Selección número nueve de esta Corporación decidió seleccionar los procesos de tutela radicados bajo los números T-2336831 y T-2381911 para su revisión ante la Corte y los acumuló para ser fallados en la misma sentencia, atendiendo a la igualdad de materia que ostentan.

I. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2336831.

La señora Laura María Montenegro Martín, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpone acción de tutela contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario -FIDUAGRARIA S.A.-, con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la “favorabilidad en materia laboral”, que considera vulnerados por las entidades accionadas, que se ordene su reintegro laboral y el pago de los salarios y prestaciones sociales, sin solución de continuidad. La accionante relata los siguientes

1. Hechos.

1. Afirma que trabajó en el ISS durante 2 años, del 13 de julio de 1981 al 13 de julio de 1983, tiempo ese durante el cual se capacitó en el Sena, patrocinada por el ISS; 3 meses y 24 días en el año de 1986, en forma interrumpida en el cargo de supernumeraria; 3 años y 3 meses por contrato de prestación de servicios, del 28 de octubre de 1986 al 28 de abril de 1987, del 25 de mayo al 24 de noviembre de 1987, del 9 de mayo al 9 de noviembre de 1988, del 21 de noviembre de 1988 al 21 de mayo de 1989, de agosto 11 de 1989 a enero 31 de 1990, de marzo 15 a diciembre 31 de 1990; 11 años y 2 meses, del 30 de abril de 1992 al 25 de junio de 2003, mediante contrato a término indefinido; que el 26 de junio de 2003 fue trasladada, en forma automática y sin solución de continuidad, a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, donde trabajó hasta el 12 de mayo de 2008, durante 4 años, 11 meses y 16 días, dando un total de tiempo laborado de 21 años, 8 meses y 10 días.

1. Indica que nació el 16 de julio de 1959. Es decir, que para el 12 de mayo de 2008 tenía 48 años y 10 meses de edad.

1. Sostiene la actora que el gobierno nacional, mediante el Decreto 1750 de 2003, ordenó la escisión del ISS en varias empresas del Estado, entre ellas la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, que en su artículo 18 ordena que en todo caso se respetarán los derechos adquiridos de los trabajadores; y que la Corte Constitucional, en su sentencia C- 314 de 2004, declaró exequible ese artículo, a excepción de su parte final, por ser violatorio de los derechos adquiridos de los trabajadores.

1. Finalmente, manifiesta que el Decreto 3202 de 2007 ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento; que el Decreto 1522 de 2008 dispuso la supresión de su cargo; y que la liquidadora, el 12 de mayo de 2008, hizo efectivo su despido, sin tener en cuenta las normas del retén social, ni sus peticiones verbales y escritas para que la incluyera en el retén social, por haber trabajado más de 20 años y faltarle menos de 2 años para cumplir los 50 años de edad, que son los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, según el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato de Trabajadores de Seguridad Social, que está vigente y rige su contrato de trabajo por haberse prorrogado de acuerdo con el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, según lo sostenido por la Corte Constitucional en las sentencias T-1166 de 2008 y T-089 de 2009.

La apoderada especial de FIDUAGRARIA S.A., liquidadora de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, solicitó exonerar a esta última entidad de toda responsabilidad, por estar demostrado que no ha violado ningún derecho fundamental a la accionante y porque la acción de tutela no es procedente para reclamar derechos de carácter laboral, pues existen para tal efecto acciones legales ordinarias. Manifiesta que el Decreto 3202 de 2007 suprimió la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, ordenó su liquidación y en su artículo 4 designó liquidadora de esa empresa a FIDUAGRARIA S.A., la cual, en cumplimiento del artículo 12 del mencionado Decreto 3202 de 2007, adelantó el programa de supresión de cargos y, al estudiar la hoja de vida de la señora Laura María Montenegro Martín concluyó que no tenía la

condición de prepensionada, porque, a la fecha de la supresión del cargo, no tenía 50 años de edad y solamente había cumplido 16 años de servicio. Es decir, no cumplía con los requisitos exigidos por el Decreto 1653 de 1977, en armonía con el artículo 6° de la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión de vejez. Lo que tenía en ese momento era una mera expectativa de pensión, pues los requisitos los reunirá en el año 2012. Adiciona que “si se tutelaran los derechos reclamados, la ESE hoy en liquidación nunca podrá reconocer la pensión, toda vez que la existencia legal de la empresa culmina el 24 de mayo de 2009, cuando la accionante cumpla el estatus para adquirir el derecho pensional es decir en el año 2012 se habrá extinguido jurídicamente la empresa”.

Sostiene igualmente que el Decreto 1750 de 2003, declarado exequible por la Corte Constitucional, dice en su artículo 16 que “para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos”; y en su artículo 18 que “el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, será el propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional”. Por lo cual concluye que los servidores del ISS que pasaron a las Empresas Sociales del Estado, como la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, dejaron de ser trabajadores oficiales y se convirtieron en empleados públicos a partir del 26 de junio de 2003, sin derecho a presentar pliegos de peticiones, ni de negociar convenciones colectivas de trabajo, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004.

Afirma que está vigente la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial; pero que, según su artículo 3°, son beneficiarios de esa convención los trabajadores oficiales. Deduce entonces que los empleados públicos, como los de las Empresas Sociales del Estado, no son beneficiarios de esa convención y que por eso no es cierto que la accionante tenga derecho a pensión convencional.

Considera que la Corte Constitucional reitera en su sentencia C-314 de 2004 que los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona y que las situaciones jurídicas no consolidadas no constituyen derechos adquiridos, sino meras expectativas, como es el caso de la pensión de la accionante, quien no reunía ninguno de los requisitos legales para su reconocimiento cuando fue desvinculada laboralmente.

Estima que el retén social es incompatible con la indemnización por desvinculación laboral, equivalente a \$34.867.888, que recibió la accionante, porque en esa forma no se vio afectado su mínimo legal.

II. DECISIONES JUDICIALES PROFERIDAS EN ESTE CASO.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 13 de mayo de 2009, negó la tutela solicitada, por considerar que la señora Laura María Montenegro Martín, al entrar en vigencia el sistema pensional integral (1 de abril de 1994), no cumplía ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de vejez, porque no había cumplido 35 años de edad para esa fecha, ni estaba demostrado que llevara 15 años de servicio cotizado a pensiones. Es decir, que no se encontraba acreditada su “calidad de beneficiaria del régimen de transición y por ende su pretendida inclusión en el retén social”.

2. Impugnación.

La apoderada de la accionante impugnó la sentencia del Juzgado, sin ninguna sustentación.

3. Segunda Instancia.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mediante sentencia del 12 de junio de 2009, confirmó lo resuelto en la sentencia impugnada, pero teniendo en cuenta que la accionante no reunía los requisitos legales para ser incluida en el retén social (artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto reglamentario 190 de 2003) en el momento de su desvinculación laboral (12 de mayo de 2008), pues, si bien tenía 48 años y 10 meses de edad, solo llevaba 16 años de servicio. Es decir, que le faltaban 4 años para cumplir los 20 años que exige el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, que estima aplicable al caso. Aclara que el tiempo de servicio anterior al 30 de abril de 1992 no se puede tener en cuenta para pensión, porque trabajó como supernumeraria y por contratos de prestación de servicios.

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN DENTRO DE ESTE EXPEDIENTE.

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (folio 25).

- Copia de la tarjeta de cardex del I.S.S. correspondiente a la señora Laura María Montenegro Martín (folios 26 a 37).
- Copias de las constancias de trabajo en servicios asistenciales prestados por la señora Laura María Montenegro Martín expedidas por el jefe de personal del ISS (folios 38 a 40).
- Copia de la constancia de contratos de trabajo temporales de la señora Laura María Montenegro Martín emitida por el Jefe de la Sección de Personal de la Unidad Programática Zonal de occidente de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento (folio 41).
- Copia del certificado expedido por la Seccional de Cundinamarca del ISS sobre vinculación laboral de la señora Laura María Montenegro Martín (folio 42).
- Copia de la constancia expedida por la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, sobre vinculación laboral como empleada pública de la señora Laura María Montenegro Martín del 26 de junio de 2003 al 11 de mayo de 2008 (folio 43).
- Copia de la comunicación enviada por la apoderada especial de la E.S.E. Luis Carlos Galán, en liquidación, haciéndole saber a la señora Laura María Montenegro Martín su desvinculación laboral a partir del 09 de mayo de 2008 (folio 44).
- Copia de las peticiones formuladas por la señora Laura María Montenegro Martín a la apoderada especial de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento sobre aplicación de la convención colectiva de trabajo y reintegro laboral (folios 45 y 53).
- Copia del escrito dirigido por la Apoderada Especial de FIDUAGRARIA S.A., liquidadora de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, a la señora Laura María Montenegro Martín, mediante el cual le da respuesta al derecho de petición número 403 del 20 de enero de 2009 (folios 46 a 52).
- Copia de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social para el periodo 2001 a 2004 y de su denuncia (folios 77 a 162).
- Copia de la Resolución 2687 de 2008, por medio de la cual el apoderado general liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, reconoce y ordena pagar a la señora

Laura María Montenegro Martín la suma de \$34.867.888 (folios 464 a 467).

IV. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2381911.

La señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana, actuando en nombre propio, interpone acción de tutela contra la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en liquidación, la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario -FIDUAGRARIA S.A.- y el Ministerio de la Protección Social, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y de asociación sindical, que considera están siendo vulnerados por sus accionados por inaplicación de la convención colectiva de trabajo y el acuerdo integral firmados por el ISS y Sintraseguridadsocial en octubre de 2001, solicitando a la vez que le sean restablecidos sus derechos adquiridos por convención colectiva, que se ordene el reconocimiento transitorio de esta última hasta que le sea reconocida su pensión de jubilación, según el artículo 98 de esa convención. Como fundamento de sus peticiones la accionante aduce los siguientes

1. Hechos.

1. Sostiene que nació el 4 de febrero de 1961.

1. Manifiesta que prestó sus servicios como auxiliar de servicios asistenciales en la clínica Julio Sandoval Medina, así: durante 227 días, del 20 de junio al 13 de julio de 1983, del 28 de diciembre de 1983 al 25 de enero de 1984, del 30 de enero al 18 de febrero de 1984, del 1 de marzo al 10 de abril de 1984, del 16 de abril al 11 de mayo de 1984, del 7 al 17 de junio de 1984, del 20 de junio al 19 de julio de 1984; durante 18 años, 11 meses y 2 días en el ISS, seccional Boyacá, en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales (enfermería), del 23 de julio de 1984 al 25 de junio de 2003; y del 26 de junio de 2003 al 31 de mayo de 2009 en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta. Dice que en total trabajó al ISS 19 años, 6 meses y 19 días y que para la fecha de la presentación de la demanda de tutela llevaba trabajando en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta 4 años, 1 mes y 1 día, lo que suma 23 años, 7 meses y 20 días.

1. Agrega que, hallándose vinculada laboralmente al ISS, donde fue nombrada de tiempo

completo, esa entidad y el gobierno nacional suscribieron con Sintraseguridadsocial, el 1 de noviembre de 2001, un acuerdo integral, y que desde entonces ha sido beneficiaria de esa convención colectiva como trabajadora oficial.

1. Anota que el Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 escindió el ISS en varias Empresas de Seguridad del Estado, entre ellas la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, a la cual fue trasladada automáticamente y sin solución de continuidad.

2. Añade que el Decreto 2866 del 27 de julio de 2007 suprimió la E.S.E. Policarpa Salavarrieta y ordenó su liquidación, cuya fecha de terminación ha sido prorrogada por los Decretos 2710 del 23 de julio de 2008 y 581 del 26 de febrero de 2009.

1. Aclara que la entidad en liquidación la incluyó en el retén social como madre cabeza de familia, hasta cuando su hijo Juan Sebastián Pérez Gutiérrez cumplió la mayoría de edad el 17 de mayo de 2009.

1. Refiere que con fechas 26 de junio de 2006, 10 de julio de 2008 y 6 de enero de 2009, solicitó a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta el reconocimiento de sus derechos que se derivan de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 2001 y que la entidad siempre le ha resuelto negativamente.

1. En desarrollo del trámite de la acción de tutela la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana solicitó que se tengan en cuenta los hechos y novedades de última hora contenidos en su oficio del 1 de junio de 2009 dirigido al apoderado liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta. La Sala advierte que dicho oficio no aparece anexado al expediente, pero, en su lugar, se aprecia otro de fecha 24 de abril de 2009, en el que la actora solicita a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta no ser desvinculada del retén social en que se encontraba clasificada cuando su hijo Juan Sebastián Pérez Gutiérrez cumpliera 18 años de edad el 17 de mayo de

2009, porque se encontraba estudiando en la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá.

2. Traslado y contestación de la demanda.

El Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en auto del 28 de mayo de 2009, asumió el conocimiento de la tutela, de oficio ordenó vincular al Presidente y al Defensor del Pensionado del Instituto de los Seguros Sociales y concedió un término de 2 días para contestar la demanda, aportar y pedir pruebas. No obstante, guardaron silencio.

2.1. Ministerio de la Protección Social. La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social solicita que se exonere a esa entidad de toda responsabilidad, teniendo en cuenta que el Decreto 2866 de 2007 ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, habiéndole designado un liquidador, quien adelanta el proceso liquidatorio bajo su inmediata dirección y responsabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 del Decreto 254 de 2000, 6 y 7 de la Ley 1105 de 2006, 4 del Decreto 2866 de 2007 y 254 del Estatuto Orgánico Financiero.

2.2. E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en liquidación. La apoderada general de la empresa liquidadora de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta se opone a las pretensiones de la demanda y pide que se niegue por improcedente el amparo constitucional solicitado, porque la entidad accionada no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante, por no tener la calidad de prepensionada a la fecha de supresión del cargo.

Sustenta sus peticiones afirmando que la entidad accionada reconoció a la actora la protección del retén social en su condición de madre cabeza de familia hasta cuando su hijo cumplió la mayoría de edad. Después le suprimió el cargo mediante Decreto 2143 de 2008 a partir del 31 de mayo de 2009, ordenó pagarle una indemnización y liquidarle sus prestaciones sociales definitivas.

Considera que la convención colectiva de trabajo fue suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, siendo beneficiarios los trabajadores oficiales y no los empleados públicos del ISS, quienes no pueden hacer parte de la convención y tienen su propio régimen legal. Agrega que la ley no autoriza extender los efectos de la convención colectiva a

trabajadores oficiales y menos a los empleados públicos de terceras empresas no firmantes de la convención, como es el caso de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, cuyos servidores no son trabajadores oficiales, sino empleados públicos, sujetos al mismo régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional.

Aduce que, si bien es cierto que la sentencia C-314 de 2004 protege los derechos convencionales de los servidores públicos incorporados automáticamente a las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003, resulta obvio concluir que esos derechos son los consolidados y adquiridos durante el término de vigencia de la convención pactado en ella, que venció el 31 de octubre de 2004, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional (C-177 de 2005, C-38 y C-314 de 2004) ha definido el concepto de derechos adquiridos “como aquellos derechos que han ingresado definitivamente al patrimonio de una persona”, que es un concepto diferente al de las meras expectativas, en las que el derecho no se ha consolidado, como es el caso de la pensión de la accionante, quien no cumplía ninguno de los requisitos convencionales para pensión de jubilación para el 31 de octubre de 2004, fecha esa en que venció el término de duración de la convención colectiva. Agrega que, según lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, las sentencias T-1166, T-1238 y T-1239 de 2008 no obligan a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, porque ésta no fue parte en esos procesos y porque las sentencias de tutela no tienen efectos erga omnes, ni son vinculantes para terceros.

Afirma que la suspensión del cargo que desempeñaba la señora Adriana Gutiérrez en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta no le vulnera ningún derecho fundamental, porque ese acto administrativo se limita a darle cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 2866 de 2007, en armonía con el artículo 8 de la Ley 1105 de 2006.

Estima que, según los artículos 12 y 16 de la Ley 790 del 2002 y el artículo 1.5 del Decreto reglamentario 190 de 2003, el término de 3 años para considerar una persona prepensionada está directamente relacionada con el término de duración del proceso de liquidación de las entidades objeto del plan de renovación pública.

Expresa que, como consecuencia de la inexequibilidad de la expresión “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”, contenida en el literal D del artículo 8° de la Ley 812 de 2003, declarada por la sentencia C-991 de 2004, se puede concluir que actualmente no existe norma legal

que fije el término específico de duración del retén social y para considerar prepensionada a una persona, porque el término inicial fijado por la Ley 790 de 2003 ya expiró y la Ley 812 de 2003 no especificó ningún término, por lo cual la jurisprudencia es la que ha señalado el término de protección a los prepensionados, pero que lo ha hecho en forma contradictoria y vulnerando el principio de igualdad.

Considera que la Corte Constitucional no sólo tiene disparidad de criterios acerca del término de protección a prepensionados (si son 3 años o lo que dure la liquidación de la entidad), sino también sobre la fecha inicial a partir de la cual se debe contabilizar ese término (decreto de liquidación de la empresa o decreto de supresión del cargo).

Califica de absurda la interpretación según la cual el término de protección a prepensionados debe contabilizarse a partir del acto de supresión del cargo, porque torna imposible realizar el estudio de cargos que debe efectuar la empresa al iniciarse el proceso liquidatorio, ya que “si el término de protección a prepensionados se debe contabilizar a partir del acto de desvinculación (...) no podría saberse quien es pensionado pues se parte de una fecha inexistente”. Por el contrario, estima razonable que se considere prepensionada a la persona que reúna los requisitos para acceder a su pensión de jubilación o de vejez dentro del término de liquidación de la entidad fijado en el acto que ordena esa liquidación, porque a esas personas se les permite así consolidar su pensión de jubilación y no se ven afectadas por la liquidación de la entidad.

Afirma que el artículo 1° del Decreto 2866 del 27 de julio de 2007 dice que a partir de la vigencia de ese decreto la E.S.E. Policarpa Salavarrieta entraba en proceso de liquidación, que debía concluir en el término de un año prorrogable; y que, de acuerdo con esa norma y las demás analizadas, son prepensionados los servidores que reúnan requisitos para pensión de jubilación o de vejez a más tardar el 26 de julio de 2008, caso que no es el de la accionante, quien no reunió los requisitos de pensión en ese término, porque no tenía 50 años de edad, que solo cumplirá el 4 de febrero de 2011, cuando la E.S.E. Policarpa Salavarrieta habrá dejado de existir jurídicamente, siendo imposible el reintegro de la accionante.

V. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

1. Única Instancia.

El Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de fecha 10 de junio de 2009, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana, por considerar que las entidades accionadas no le han vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante.

Afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, por regla general la acción de tutela no procede para ordenar el reintegro laboral, salvo cuando se trata de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como las amparadas por las normas del llamado retén social, entre ellas los prepensionados, caso en el cual el procedimiento laboral ordinario no resulta idóneo, porque el proceso de liquidación de la empresa es bastante corto y termina antes que aquel.

También resalta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-991 de 2004 y otras, en el sentido de que la protección que las autoridades deben dar a las personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación de la entidad que ha sido objeto de reestructuración y liquidación dentro del Plan de Renovación de la Administración Pública.

Expresa que, según la sentencia T-112 de 2009, para tener derecho a los beneficios del retén social, el trabajador debe cumplir los requisitos de pensión contemplados en la convención colectiva de trabajo, dentro del término de liquidación de la empresa y que éste no es el caso de la accionante, porque, si bien es cierto que llevaba más de 20 años de servicio por haber trabajado en el ISS desde el 24 de julio de 1984 y después en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta hasta el 31 de mayo de 2009, también lo es que la liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta finalizó el 26 de julio de 2008, y que Adriana Gutiérrez cumple 50 años de edad el 4 de febrero de 2011, por haber nacido el 4 de febrero de 1961; lo que lleva a concluir que la actora no está amparada por las normas del retén social, no tiene derecho al reintegro laboral y que las entidades accionadas no le han vulnerado ningún derecho fundamental.

VI. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN DENTRO DE ESTE EXPEDIENTE.

* Copia del acta de posesión de Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana, de fecha 23 de julio de 1984 (folio 17).

* Copia de la certificación expedida por la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, de que la accionante, el 26 de junio de 2003, pasó a ser parte de la planta de personal (folio 18).

* Copia de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004 (folios 20 a 89).

* Copia de las solicitudes de reconocimiento de derechos convencionales presentadas por la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana ante la E.S.E. Policarpa Salavarrieta (folios 95 a 101, 149 a 154, 164 a 171).

* Copia de la certificación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta sobre la inclusión en el retén social de la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana (folios 107 a 111).

* Copia del Decreto 581 del 26 de febrero de 2009, que prorroga el término de liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta hasta el 31 de mayo de 2009 (folios 177 a 179).

* Copia del escrito de fecha 24 de abril de 2009, dirigido por la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana a la Coordinadora de Talento Humano de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en liquidación, mediante el cual solicita que no la excluyan del retén social por cumplir su hijo la mayoría de edad, toda vez que éste se encuentra estudiando en la Universidad Militar Nueva Granada (folio 203).

* Copia del registro civil de nacimiento del señor Juan Sebastián Pérez Gutiérrez (folio 201).

* Copia de la certificación de estudios del señor Juan Sebastián Pérez Gutiérrez (folio 202).

* Copia de la comunicación dirigida por la Apoderada General Liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta a la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana mediante la cual le comunica la desvinculación laboral desde el 31 de mayo de 2009 (folio 204).

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar (i) si la acción de tutela es procedente para garantizar la aplicación de las normas del retén social. En caso de considerarla procedente, (ii) la Corte analizará si la señoras Laura Montenegro Martín y Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana tienen la calidad de madres cabeza de familia y/o prepensionadas y, si ello es así, si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de las actoras al desvincularlas de los cargos que ejercían, en virtud de sus respectivos procesos de liquidación.

Para resolver el anterior problema jurídico estima la Sala preciso reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar el cumplimiento del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 o “retén social”; (ii) los programas de renovación de la administración pública y la aplicación del retén social; (iii) el alcance del “retén social” para las personas próximas a pensionarse; (iv) las mujeres cabeza de familia como sujetos de especial protección constitucional y el retén social; (v) la supresión y liquidación de las E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento y Policarpa Salavarrieta en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. Con base en ello, la Sala procederá al

análisis (vi) de los casos concretos para determinar si hay lugar o no a la protección invocada.

3. La procedencia de la acción de tutela para garantizar el cumplimiento del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 o “retén social”.

3.1. La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado el carácter excepcional de la acción de tutela, por regla general ésta solo resulta procedente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, pues no puede desplazar, ni sustituir, los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico¹.

No obstante, esta Corporación también ha sostenido que esta regla tiene dos excepciones, que se presentan cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales². En relación con este último aspecto, en Sentencia T-1268 de 2005, se indicó:

“Para la Corte, 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. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto”.

De la misma manera la Corte ha sido enfática en señalar que la procedencia excepcional de la tutela exige del juez un estudio de la situación particular del actor, con el propósito de establecer si el medio de defensa judicial ordinario es idóneo para proteger de manera integral los derechos fundamentales³, pues de no serlo “el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional (Sentencia T-489 de 1999)”⁴.

Ahora bien, cuando el amparo de los derechos es solicitado por sujetos de especial protección constitucional como consecuencia del estado de debilidad manifiesta en el que se encuentran y del especial amparo que la Constitución Política les brinda, la Corte ha considerado que se debe hacer un examen menos estricto de las reglas de procedencia de la

acción de tutela. Al respecto, en Sentencia T-456 de 2004 expuso⁵:

“(…) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.”

3.2. Esta Corporación ha sostenido de forma reiterada que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para obtener pretensiones derivadas de una relación laboral, pues la competencia de dichos asuntos está radicada en la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativa, según el caso⁶. No obstante lo anterior, esta Corte ha precisado que, a pesar de la existencia de otros medios ordinarios de protección, la acción de tutela resulta procedente para reclamar la aplicación de los beneficios derivados del “retén social”, por las siguientes razones:

(i) Las personas beneficiarias del “retén social” están en “condiciones especiales de vulnerabilidad, por tratarse de personas que son madres o padres cabeza de familia; disminuidos físicos y mentales o estar próximos a pensionarse (sentencia SU-389 de 2005)”
7.

(ii) Como los beneficios del “retén social” se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente, la jurisdicción ordinaria y/o contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo, ni eficaz, pues se hace predecible que para cuando se produzca el fallo laboral y/o contencioso administrativo la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios⁸.

4. Los programas de reestructuración de la administración pública y la aplicación del “retén social”.

4.1. Según el artículo 209 de la Constitución Política, la administración pública está al servicio del interés general y se orienta por los principios de igualdad, eficacia y economía, entre otros. En ese marco las autoridades administrativas deben propender por el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, dando un manejo eficiente de los recursos públicos.

Los procesos de reforma institucional son los mecanismos por medio de los cuales la administración pública hace frente a las exigencias que se presentan en el cumplimiento de los fines del Estado. Para permitir esta dinámica la Constitución Política establece el marco indispensable para que las autoridades puedan ejecutar programas de reforma que respondan a dichas exigencias. Es así como el artículo 150-7 de la Carta señala que corresponde al Congreso de la República:

“Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.”

De igual forma, el artículo 189-16 de la Constitución ordena, entre otros, que es deber del Presidente de la República “modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”.

Ahora bien, aunque es claro que los procesos de reestructuración son necesarios y persiguen fines constitucionalmente admisibles, su ejecución genera efectos en la sociedad, haciéndose necesario que las autoridades obren diligentemente en su diseño y desarrollo para no vulnerar los derechos de los sectores involucrados en el proceso.

4.2. Uno de los grupos sobre los cuales inciden dichos procesos es el de los servidores públicos, quienes muchas veces ven afectada su estabilidad laboral a consecuencia de los cambios estructurales que buscan hacer más eficiente la administración pública. En este punto la Corte ha expresado que “aun aceptando la prevalencia del interés general en la supresión de cargos en las entidades estatales, el principio de equilibrio en las cargas públicas, genera la necesidad de reparar el daño causado a los empleados que no tienen el

deber de renunciar –aún en aras de proteger el interés general- a sus derechos laborales, trascendentales en el marco del Estado social de derecho”⁹. En este orden de ideas, se tiene que, frente a los servidores que se ven perjudicados en el marco de los procesos de reestructuración, nace la obligación de las autoridades de respetar sus derechos fundamentales, en especial los que se originan en el contexto laboral. Sobre este tema y concretamente en lo relacionado con las modificaciones de las plantas de personal en el marco de los procesos de reestructuración, esta Corporación ha señalado:

“La estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inalterables. Las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, factores económicos, son, entre muchas, razones por las cuales en algunas ocasiones resulta necesario proceder a reestructurar entidades públicas.

La Corte ha señalado que tales procesos no pueden realizarse de manera libre, sino que a las autoridades les asiste el deber de respetar ciertos parámetros. Entre ellos, se ha destacado la necesidad de respetar y proteger los derechos de los trabajadores.

(...)

En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).”¹⁰

En conclusión, los procesos de reestructuración de las entidades adoptados por las autoridades y las subsecuentes modificaciones a las plantas de personal deben ir acompañados de todas las garantías necesarias para proteger los derechos fundamentales del trabajador.

4.3. Ahora bien, hay un grupo de trabajadores que, por sus especiales características, están en una situación vulnerable dentro del mercado laboral y que por lo tanto son más

susceptibles de resultar perjudicados en mayor grado dentro de los procesos de reestructuración que involucren supresión de cargos. Siguiendo los parámetros establecidos por los artículos 13, 43, 46 y 47 de la Constitución, la ley y la jurisprudencia han considerado importante dar una especial protección a estas personas para quienes una indemnización en esas circunstancias resulta insuficiente¹¹.

En efecto, la Ley 790 de 2002 se expidió dentro del marco de la renovación administrativa, con el objetivo de modernizar la estructura de la administración pública, otorgándole al Presidente de la República facultades extraordinarias para adelantar dicho programa. Con fundamento en esas facultades se suprimieron y fusionaron algunas entidades públicas del orden nacional. Previendo la reducción de plantas de personal que el desarrollo de ello implicaría, la ley incluyó mecanismos de protección para aquellos trabajadores que por su especial condición pudiesen resultar perjudicados durante el proceso de reestructuración. La protección ofrecida por esa norma se concretó a favor de i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) las personas próximas a pensionarse. El texto de la disposición pertinente es el siguiente:

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

El artículo 13 de la misma ley impuso un límite temporal a la aplicación de la norma en los siguientes términos:

“Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1o. de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.”

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 señaló que la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se aplicaría desde el primero de septiembre de 2002, en

el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, y hasta su culminación, la cual no podría exceder, en todo caso, del 31 de enero de 2004.

Con posterioridad el Congreso expidió la Ley 812 de 2003, a través de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. Esta ley contempló entre sus objetivos la implementación de la transparencia y eficiencia del Estado, a través del rediseño de las entidades mediante reformas transversales de fondo. Esta norma dispuso en el artículo 8°, literal D, que la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se extendería hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse cuya garantía debería respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez. De lo anterior se concluye que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente la Ley 790 de 2002, en lo atinente a la limitación temporal en la aplicación del beneficio establecido en el artículo 12 antes mencionado¹².

La Corte Constitucional, en Sentencia C-991 de 2004, al estudiar la constitucionalidad del literal D del artículo 8° de la Ley 812 de 2003 determinó que el trato diferencial que establecía dicha norma entre sujetos de especial protección constitucional, es decir, en iguales condiciones, vulneraba no solamente el artículo 13 de la Constitución, sino que además constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002; declarando por lo tanto inexecutable la limitación temporal en ella establecida, que afectaba a las madres cabeza de familia y a los discapacitados. A partir de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la protección del retén social se prolonga hasta la liquidación definitiva de la entidad¹³.

4.4. Debe destacarse, finalmente, que en la sentencia T-692 de 2009 esta Corporación precisó que, para que una persona pueda ser beneficiaria del “retén social” como madre cabeza de familia, debe dar a conocer su situación en un tiempo razonable, de tal manera que se le pueda garantizar de forma efectiva sus derechos. Para el efecto y teniendo en cuenta las situaciones que eventualmente se puedan presentar fijó las siguientes reglas:

“Primera situación: al iniciarse la liquidación de una Empresa social del estado se debe establecer un lapso de tiempo en el que las personas que tengan la calidad de sujetos de especial protección alleguen la documentación necesaria para acreditar tal situación y, de esta manera, acceder a los beneficios. Bajo este entendido, todas las personas que alleguen

la documentación requerida y efectivamente acrediten tal calidad, deberán ser beneficiados por el “retén social” y se les dará el trato especial, en igualdad de condiciones, hasta tanto mantengan su calidad y se concluya la liquidación total de la empresa.

Segunda situación: También puede ocurrir que luego de haber concluido el término que se estableció para la entrega de documentación que acredite la calidad de beneficiario del retén social, sobrevengan hechos que atribuyan tal condición a personas que durante el lapso en el que se dio plazo inicialmente no tenían la calidad de sujetos de especial protección. En esta medida se debe garantizar también la protección de estos derechos, siempre y cuando: (i) estas nuevas situaciones sean comunicadas por el servidor público en el interregno entre la ocurrencia de los hechos y la supresión del cargo; y (ii) la entidad tenga pleno conocimiento de estos hechos nuevos mediante la prueba correspondiente. Estas exigencias resultan razonables y necesarias, en la medida en que al ser hechos posteriores a la selección de los beneficiarios del “retén social” y al diseño y planeación de la restructuración, se imponen deberes correlativos a quien pretende reclamar su nueva condición.”

La Sala considera que estas reglas son aplicables no solamente a las madres cabeza de familia, sino también a los prepensionados y demás beneficiarios del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 o “retén social”, pues aunque son “sujetos con características diversas -en virtud de que una madre cabeza de familia no tiene las mismas calidades que un discapacitado o un sujeto próximo a pensionarse- jurídico-constitucionalmente están en igual posición, a saber, son sujetos con especial protección constitucional en virtud de su estado de debilidad manifiesta (art. 13 constitucional)”¹⁴.

5. El alcance del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 o “Retén Social” para las personas próximas a pensionarse.

5.1. En desarrollo del artículo 13 Superior, esta Corte ha estudiado el tema de la protección constitucional de las expectativas de quienes están próximos a pensionarse. Es así como en Sentencia C-168 de 1995, en la cual se analizó la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte señaló que los regímenes de transición en materia pensional van más allá de la simple protección de derechos adquiridos, pues constituyen una verdadera protección de las expectativas de las personas que están próximas a pensionarse, lo cual representa una verdadera política social del Estado. La Corte explicó que esta protección no riñe con la

Constitución, sino que, por el contrario, se ajusta a lo ordenado en su artículo 25 Superior. Al respecto la sentencia mencionada indicó:

“Sin embargo, considera la Corte que las ‘expectativas’ pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales.

(...)

Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

(...)

Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.”

La Corte también ha sido clara en afirmar que la situación de las personas que están próximas a pensionarse no es la misma de aquella en la que se encuentran las personas que apenas inician su vida laboral. Por lo tanto, dicha diferencia justifica un tratamiento distinto¹⁵.

En Sentencia C-147 de 1997, esta Corporación expresó que las expectativas pueden llegar a ser objeto de alguna protección por parte del Legislador, con el propósito de impedir que los

cambios de legislación creen situaciones de desigualdad o lleguen a promover o a establecer beneficios sociales para determinados sectores de la población.

5.2. Ahora bien, como ya se anotó, en desarrollo de la Ley 790 de 2002 el gobierno nacional dispuso la reestructuración de algunas entidades del Estado, eliminando algunos cargos al interior de las mismas. En el artículo 12 de la citada norma se consagró como una medida de protección a favor de personas próximas a pensionarse, un régimen de transición¹⁶, estableciendo paralelamente la calidad de prepensionado en los siguientes términos:

“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública (...) y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Subrayado fuera del texto original).

La Corte ha aclarado que, al incorporar la Ley 812 de 2003 el beneficio consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, la definición de persona próxima a pensionarse debería ser la misma que la utilizada en la Ley 790, precisando que dicha incorporación condujo a que el beneficio contemplado en el artículo 12 y por consiguiente la definición de “próximo a pensionarse” perdieran uno de sus componentes: el límite temporal establecido en la Ley 790 de 2002. También ha precisado que el periodo de 3 años, como lapso dentro del cual una persona puede ser considerada próxima a pensionarse, no fue modificado por la Ley 812¹⁷. Así lo sostuvo en Sentencia T-009 de 2008, al indicar:

“La Sala considera que la incorporación del retén social al plan de renovación de la Ley 812 hace inaplicable el término de vigencia conferido por la Ley 790 de 2002, por lo menos en lo que hace referencia a la fecha a partir de la cual debe empezar a contarse el periodo de protección de 3 años. No obstante, ese lapso abstracto dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a pensionarse, como condición para recibir los beneficios del retén social - los 3 años- debe conservarse, pues constituye el término que a ojos del legislador define a quien está próximo a pensionarse.

En conclusión, el legislador estableció en 3 años como el lapso dentro del cual una persona puede considerarse próxima a pensionarse. Con ello consagró un plan de transición por dicho

lapso. Este término debe ser respetado por la Corte. Lo que fue modificado, gracias a la vigencia de la Ley 812, es la fecha, el momento histórico, a partir del cual deben contabilizarse esos 3 años.

Ello porque el hecho de que el término de 3 años se cuente a partir de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 es una condición claramente modificada por el Plan Nacional de Desarrollo -812 de 2003-, pues ésta última prolongó la vigencia del retén social a todo el plan de renovación de la administración pública, no ya al que fue objeto de regulación transitoria por parte de la Ley 790.”

5.3. Por otro lado, aunque la jurisprudencia constitucional no ha tenido una posición unificada respecto a la fecha a partir de la cual se deben contar los 3 años en mención, la Sala considera que la interpretación que solvente esa duda no puede ser aquella más gravosa para los derechos de los trabajadores de las entidades estatales incursas en procesos de reestructuración. Tomando en cuenta lo anterior se tiene que la “interpretación más favorable para la garantía de los derechos fundamentales de seguridad social, de la fecha exacta a partir de la cual se calcula si a una persona le faltan menos de 3 años para pensionarse, es aquella que realiza el mencionado cálculo desde la desvinculación efectiva del trabajador(a). Esto, en razón a que dicha fecha en la mayoría de los casos es posterior a la de la expedición de la norma de ordena el inicio del proceso de liquidación”¹⁸.

La Corte ha señalado también que la protección constitucional a que tienen derecho los prepensionados debe extenderse durante todo el tiempo que dure la renovación de la respectiva entidad que ha sido objeto de liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional hasta el reconocimiento de la pensión ¹⁹ o hasta el último acto de liquidación que extinga la personalidad jurídica de la misma²⁰, lo que ocurra primero.

6. Las mujeres cabeza de familia como sujetos de especial protección constitucional y el retén social.

6.1. El artículo 13 de la Constitución Política²¹ consagra la obligación del Estado de velar por la igualdad real y efectiva y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. El cumplimiento de estos cometidos constitucionales se materializa en las denominadas acciones afirmativas, respecto de las cuales la jurisprudencia constitucional ya

ha tenido oportunidad de pronunciarse²². Sobre su naturaleza, en la Sentencia C-371 de 2000 la Corte explicó lo siguiente:

“Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan²³, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación²⁴.”

En la Carta, además de la cláusula abierta consagrada en el artículo 13, existen grupos expresamente definidos “como destinatarios de las mencionadas acciones, uno de los cuales son las mujeres, específicamente las que sean cabeza de familia”²⁵. En este sentido el artículo 43 de la Constitución Política señala que “(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Ahora bien, el primer llamado a intervenir en el diseño y ejecución de las acciones afirmativas es el Legislador, como “órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades”²⁶.

En desarrollo de lo anterior el Congreso de la República aprobó la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, el inciso 2° del artículo 2 de dicha norma, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, dispone:

“(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica o socialmente, en forma permanente hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

6.2. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que no toda mujer, por el hecho de serlo,

ostenta la calidad de cabeza de familia, pues para tener tal condición es necesario “(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”²⁷.

De igual forma, esta Corporación ha aclarado que una mujer no deja de ser cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad, pues en todo caso deberá constatarse si las mismas se encuentran imposibilitadas para trabajar, tal como ocurre con los hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 que se encuentran estudiando²⁸. En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-283 de 2006, señaló:

“(…) no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el Programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada.” (Subrayado fuera de original).

6.3. Una de las acciones afirmativas que cobijan a las madres cabeza de familia es el retén social. La Ley 790 de 2002 consagró en su artículo 12 una protección laboral reforzada para las madres cabeza de familia. La Corte en la sentencia C-1039 de 2003 precisó que en este caso “más allá de la protección que se le otorga a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños”, razón por la cual declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “las madres” del artículo 12 precitado, “en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”.

Finalmente, la Corte ha señalado que no puede predicarse válidamente que la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 dependa de la pertenencia al plan de renovación de la administración pública o de la declaratoria de inexequibilidad del límite temporal de la estabilidad en el empleo previsto en la Ley 812 de 2003, pues la misma es una garantía constitucional autónoma²⁹.

7. La supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública.

7.1. El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, ordenó mediante el Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, la supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, por presentar desequilibrio financiero creciente, graves deficiencias en la calidad y prestación de los servicios de salud y ser inviable e insostenible financieramente. Lo anterior, en principio, permitiría concluir que la supresión de la empresa no se dio dentro del marco del plan de renovación de la administración pública, sino (i) en desarrollo de las facultades legales ordinarias que le confieren al Presidente el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, (ii) como resultado de la mala condición financiera y de servicio de la entidad³⁰.

No obstante lo anterior, en sentencia T-1239 de 2008³¹, la Sala Sexta de Revisión de esta Corporación solicitó a la Oficina de Renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación que informara si la supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento se había dado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, habiendo informado “que dicha liquidación se efectuó dentro del programa de renovación, de conformidad con los lineamientos señalados por el Presidente de la República en la Directiva No. 10 de agosto de 2002”.

Así pues, está demostrado que la supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento “se dio dentro del programa de renovación de la administración pública, aunque en el Decreto 3202 de 2007 no se indique expresamente”³².

7.2. El Decreto 2866 del 27 de julio de 2007 ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta. Esta determinación se tomó en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 52 de la Ley

489 de 1998 al Presidente de la República, como producto del desequilibrio financiero, problemas de gestión y una acumulación de pérdidas operativas de la entidad.

Lo anterior permite concluir que la liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta no tiene fundamento en la Renovación de la Administración Pública, Ley 790 de 2002, pues en ella se invoca como sustento normativo el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, ello no implica que las disposiciones en materia de retén social consagradas en la Ley 790 de 2002 no le sean aplicables. Así lo sostuvo esta Corte en la sentencia T-768 de 2005, al indicar:

“ Así las cosas, se concluye que 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 circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que 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 Derecho.

(...)

Aunque en ambos escenarios la supresión de empleos y el consecuente retiro de trabajadores responde a causas jurídicas distintas, la garantía de estabilidad laboral reforzada para aquellas personas de especial protección constitucional esta igualmente llamada a ser aplicada en los casos de liquidación forzosa administrativa. Teniendo en cuenta que se trata de un derecho que deriva su existencia directamente del mandato constitucional, resulta apenas lógico que las garantías previstas para las personas discapacitadas, las madres y, por extensión, los padres cabeza de familia, sean aplicadas de igual forma tanto en los procesos de reestructuración administrativa como en los de liquidación forzosa.”

Adicionalmente, debe resaltarse que el gobierno nacional recogió en forma parcial lo

anteriormente señalado en el artículo 5° del Decreto 2143 del 16 de junio de 2008, “Por el cual se aprueba la modificación de la planta de cargos de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, en Liquidación”, el cual dispone:

“Los servidores públicos en condición de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados y prepensionados, se mantendrán temporalmente en la planta de cargos mientras conserven la condición que les otorga el reunir el supuesto de hecho que generó el beneficio. Extinguida la condición de beneficiario por circunstancias sobrevinientes, el cargo quedará automáticamente suprimido.”

8. Análisis de los casos concretos.

Conforme a los hechos, pruebas y jurisprudencia reseñada, descendiendo al caso de los expedientes acumulados, esta Sala entra a determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de las señoras Laura Montenegro Martín (expediente T-2336831) y Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana (expediente T-2381911).

8.1. Expediente T-2336831.

De las certificaciones que obran en los folios 26, 38, 39, 41, 42, 43 y 45 se deduce que la señora Laura María Montenegro Martín prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales así: del 13 de julio de 1981 al 13 de julio de 1983, del 17 de diciembre de 1984 al 11 de enero de 1985, del 14 al 30 de enero de 1985, del 24 de julio al 15 de agosto de 1985, del 16 de agosto al 29 de agosto de 1985, del 9 de diciembre de 1985 al 29 de enero de 1986, (contratos de trabajo); del 15 de junio al 9 de julio de 1986, del 15 de julio al 27 de agosto de 1986, del 29 de agosto al 12 de octubre de 1986 (supernumeraria); del 30 de abril de 1992 al 26 de junio de 2003 (contrato de trabajo), fecha esa en que por disposición legal pasó a trabajar automáticamente como empleada pública a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento del 23 de junio de 2003 al 12 de mayo de 2008, cuando fue desvinculada laboralmente, todo lo cual da un gran total de 18 años, 8 meses y 8 días, sin tener en cuenta 3 años, 1 mes y 16 días que trabajó en el ISS, pero por contrato de prestación de servicios.

En este punto es preciso indicar que la Corte ha reiterado (i) que la vinculación de un trabajador mediante la figura de supernumerario es “una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo”³³, (ii) el tiempo que una persona trabaja como

supernumeraria debe ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez³⁴. En ese orden de ideas, en el caso bajo análisis se debe computar el tiempo trabajado por la accionante como supernumeraria.

Ahora bien, la actora basa sus argumentos en el hecho de que es beneficiaria de la convención colectiva suscrita por el ISS y Sintraseguridadsocial, por lo que está próxima a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contemplada en el artículo 98 de dicha convención. Por su parte, la entidad accionada argumenta que la convención colectiva rige para los empleados oficiales del ISS, pero no para los empleados públicos de otras entidades, como es el caso de la accionante, que era empleada pública de la E.S.E.

Luis Carlos Galán Sarmiento. Basta decir en este punto que la anterior controversia ya ha sido resuelta por esta Corporación en varias oportunidades, en las cuales ha precisado que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 2001 por el ISS con Sintraseguridadsocial es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS que por disposición legal pasaron automáticamente como empleados públicos de las empresas sociales del Estado, como la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento. Así lo sostuvo en Sentencia T-1166 de 2008, al indicar:

“Es de concluir, entonces, que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, pese a que se encontraba vigente, en principio, entre el primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) y el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004), está sujeta a las prórrogas sucesivas que, por mandato del artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo, se extienden hasta que se den los supuestos previstos en la jurisprudencia transcrita y que consisten, esencialmente, en que la convención suscrita en el 2001 sea reemplazada por una nueva convención o sea modificada por un laudo arbitral.

En síntesis, esta Sala observa que al no existir prueba de que haya una nueva convención colectiva o un laudo arbitral que la reemplace, la convención de 1º de noviembre de 2004 se encuentra vigente y, por ello, sus efectos se extienden a los trabajadores de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en los términos de las sentencias C-314 y C-349 de 2004.”

Por otra parte, según la copia del registro civil que obra al folio 24, la señora Laura María Montenegro Martín nació el 16 de julio de 1959. Esto es, que el 12 de mayo de 2008, fecha

en que fue desvinculada laboralmente, tenía 48 años, 9 meses y 26 días de edad.

Siendo así las cosas, el 12 de mayo de 2008, fecha de la desvinculación laboral, a la accionante le faltaban 1 año, 2 meses y 4 días para cumplir los 50 años de edad y 1 año, 3 meses y 22 días para cumplir 20 años de servicio. Es decir, que estaba a menos de 3 años de cumplir los dos requisitos que exige el artículo 98 de la convención para tener derecho a la pensión de jubilación los cuales cumplía el 20 de agosto de 2009 y, por consiguiente, tenía la condición de prepensionada y el derecho a seguir vinculada laboralmente a la entidad hasta el reconocimiento de la pensión o hasta el último acto de liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, lo que ocurriera primero. Como la gerente liquidadora la desvinculó laboralmente el 12 de mayo de 2008 en esas condiciones, el acto vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social, que deben ser amparados mediante la acción de tutela, que resulta más idónea y eficaz que la acción ordinaria laboral.

Sin embargo, en razón de que la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento se extinguió definitiva y totalmente el 6 de noviembre de 2009³⁵, no es posible el reintegro. En su lugar, teniendo en cuenta que, debido a la desvinculación no hubo solución de continuidad en la relación laboral y con el propósito de garantizar el derecho a la pensión de la actora, la Sala ordenará al Administrador del Patrimonio Autónomo de Remanentes -PAR- de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento que pague a la señora Laura María Montenegro Martín, con cargo a dicho patrimonio, (i) los salarios y prestaciones sociales y (ii) los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, causados desde el 12 de mayo de 2008, fecha de la desvinculación laboral, hasta el 6 de noviembre de 2009, fecha del último acto de liquidación de la entidad. Ello, realizando el cruce de cuentas y compensaciones a que haya lugar en caso de que la accionante hubiese recibido efectivamente indemnización al momento de su despido.

8.2. Expediente T-2381911.

Una de las pretensiones fundamentales de la accionante es que se ordene el pago de los derechos laborales a que tiene derecho según la Convención Colectiva del Trabajo suscrita por el ISS con Sintraseguridadsocial en octubre de 2001, según solicitud formulada a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta el 26 de junio de 2006. Este documento obra en copia en los folios 95 a

101 del expediente y en él se observa que la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana pide al gerente de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta: (i) reliquidar y reajustar la asignación básica; (ii) reconocer y pagar la retroactividad de las cesantías; (iii) reconocer y pagar los demás derechos laborales causados entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, como subsidio familiar e intereses de las cesantías; (iv) reconocer y pagar a partir del 1 de noviembre de 2004 todos los derechos laborales de acuerdo con la convención colectiva de trabajo; (v) ordenar el reajuste de todas las prestaciones sociales, como las cesantías; (vi) aplicar la indexación monetaria a todas las sumas de dinero que deban ser reconocidas y pagadas.

Como se ha visto, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en el sentido de que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para ordenar el pago de acreencias laborales, en virtud de su carácter subsidiario y en razón de que el afectado dispone de la acción ordinaria laboral para reclamar esos derechos; y que excepcionalmente es viable la acción de tutela para reconocer algunos derechos a las personas que son objeto de especial protección constitucional, por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta por razones económicas, físicas o mentales, como es el caso de madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas y prepensionados amparados por el retén social, que son desvinculados injustamente de sus empleos.

De lo anterior se concluye que la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento y pago las acreencias laborales convencionales que reclama la demandante.

Por otra parte, la Sala observa que la accionante no pide en el escrito de tutela el reintegro laboral como consecuencia del amparo del retén social en calidad de prepensionada, entre otras razones porque en ese momento (27 de mayo de 2009) aún estaba trabajando en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, ya que ésta la desvinculó a partir del día 31 de ese mes y año. Por eso únicamente solicita que se le reconozcan los derechos convencionales que se acaban de mencionar. Después, en el mes de junio de 2009 la actora hace llegar al juez de tutela un escrito que en lo pertinente expresa “ante los sucesos y novedades de última hora, por tanto estos no hacen parte integral de mis hechos y fundamentos jurídicos de la misma, solicito muy comedidamente, en pro del debido proceso y de mis derechos vulnerados, tener en

cuenta lo planteado en el oficio adjunto, enviado al Apoderado General Liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación, de fecha 1° de junio de 2009 y formar parte del sumario”. Y dice anexar el oficio No.372-2009 del 28 de mayo de 2009, el oficio de fecha primero de junio de 2009 y copia de un certificado de estudios³⁶ .

Sin embargo, en el expediente no aparece el oficio de fecha primero de junio de 2009, supuestamente enviado al gerente general liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, sino otra comunicación, de fecha 24 de abril de 2009, remitida por la señora Adriana E. Gutiérrez a la Coordinadora de Talento Humano de esa entidad, mediante la cual solicita no ser desvinculada del retén social en que se encontraba clasificada cuando su hijo Juan Sebastián Pérez Gutiérrez cumpliera 18 años de edad el 17 de mayo de 2009, porque se encontraba estudiando en la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá; y agrega que presentó documentación a medicina laboral para reubicación por incapacidad³⁷. También acompaña una certificación expedida el 17 de abril de 2009, según la cual el señor Juan Sebastián Pérez Gutiérrez cursaba segundo semestre de ingeniería civil en la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá³⁸; y copia del oficio 372-209, del 28 de mayo de 2009, dirigido por el apoderado general liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta a la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana, mediante el cual le comunicó a esta última que cesaba en sus funciones del cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, grado 21, que venía desempeñando, y que quedaba desvinculada de la entidad a partir del 31 de mayo de 2009, por haberse extinguido su condición de madre cabeza de familia que le permitía mantenerse temporalmente en el cargo³⁹.

De suerte que la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana en momento alguno ha solicitado en forma expresa el reintegro laboral a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta como consecuencia del retén social en condición de prepensionada, como tampoco ha demostrado que haya hecho la misma petición a esa entidad y que se le haya negado.

En tales condiciones, el juez de tutela no puede entrar a decidir sobre una pretensión de reintegro laboral derivada de la situación de prepensionada, que no ha sido solicitada ni demostrada oportunamente ante la respectiva entidad en liquidación, como sucede en el caso bajo examen, pues como ya se señaló, la Sala considera aplicable a los prepensionados lo dicho en la sentencia T-692 de 2009 respecto de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, en el sentido de que para beneficiarse del retén social (i) se debe dar

a conocer la situación en un tiempo razonable ante la respectiva entidad pública en liquidación, (ii) si sobrevienen hechos que atribuyan la calidad de sujetos de especial protección a personas que no fueron incluidas desde el principio dentro del retén social, se debe comunicar estas nuevas situaciones “en el interregno entre la ocurrencia de los hechos y la supresión del cargo” y allegar la prueba correspondiente; (iii) de no obrar de esa manera, la acción de tutela se torna improcedente para reclamar el reintegro laboral y pago de salarios y prestaciones sociales.

Por otro lado, se encuentra demostrado que la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en liquidación, incluyó a la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana en el retén social como madre cabeza de familia, pues así lo afirma la accionante, lo acepta la apoderada de la entidad liquidadora⁴⁰ y lo corrobora la certificación que obra en los folios 107 a 111. Por esa razón la actora continuó desempeñando su cargo hasta el 31 de mayo de 2009, fecha a partir de la cual fue desvinculada, porque según la entidad la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana había perdido la condición de madre cabeza de familia por el hecho de haber llegado el hijo de la beneficiaria, Juan Sebastián Pérez Gutiérrez, a la mayoría de edad el 17 de mayo de 2009, sin tener en cuenta que éste se encontraba matriculado para cursar el segundo semestre de la carrera de ingeniería durante el año 2009, en la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá⁴¹.

Como ya se analizó en la parte considerativa de esta providencia, la Sala reitera la jurisprudencia constitucional en el sentido de que la condición de madre cabeza de familia y la consiguiente estabilidad laboral reforzada no se pierden necesariamente por el simple hecho de que el hijo cumpla la mayoría de edad, sino que es necesario tener en cuenta la imposibilidad en que se encuentre para trabajar, como cuando se halla estudiando. No cabe duda entonces que la E.S.E. Policarpa Salavarrieta obró en forma arbitraria al desvincular a la accionante a partir del 31 de mayo de 2009 por el motivo de que su hijo Juan Sebastián Pérez Gutiérrez cumplió 18 años el 17 de mayo de 2009, antes de que finalizara el proceso liquidatorio de la entidad, sin respetar la estabilidad laboral reforzada a que tenía derecho en su condición de madre cabeza de familia, vulnerándole así los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social.

La forma para restablecer los derechos señalada por la ley y la jurisprudencia en tales casos es el reintegro laboral. Sin embargo, como este último resulta imposible de realizar, porque

la E.S.E. Policarpa Salavarrieta se extinguió definitivamente el 15 de septiembre de 2009⁴², teniendo en cuenta que, debido a la desvinculación no hubo solución de continuidad en la relación laboral, la Sala ordenará al Administrador del Patrimonio Autónomo de Remanentes - PAR- de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta que pague a la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana, con cargo a dicho patrimonio, (i) los salarios y prestaciones sociales y (ii) los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, causados desde el 31 de mayo de 2009, fecha de la desvinculación laboral, hasta el 15 de septiembre de 2009, fecha del último acto de liquidación de la entidad. Ello, realizando el cruce de cuentas y compensaciones a que haya lugar en caso de que la accionante hubiese recibido efectivamente indemnización al momento de su despido.

La Sala precisa que el Ministerio de la Protección Social no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante, porque, si bien es cierto que el artículo 2 del Decreto 1750 de 2003 dice que las Empresas Sociales del Estado, como la Policarpa Salavarrieta, están adscritas al Ministerio de la Protección Social, también lo es que dicha norma especifica que las mismas son una categoría especial de entidades públicas descentralizadas del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, igualmente el Presidente y el Defensor del Pensionado del Instituto de los Seguros Sociales no han vulnerado a la actora derecho fundamental alguno, porque, estos funcionarios no son responsables de las obligaciones laborales contraídas con sus empleados por la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, ni intervinieron en el proceso de liquidación de dicha entidad.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 12 de junio de 2009, que confirmó el dictado el 13 de mayo del mismo año por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que negó la acción de tutela promovida por la señora Laura María Montenegro Martín contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en liquidación. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social

de la señora Laura María Montenegro Martín.

SEGUNDO.- ORDENAR al Administrador del Patrimonio Autónomo de Remanentes -PAR- de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, pague a la señora Laura María Montenegro Martín, con cargo a dicho patrimonio, los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, los salarios y las prestaciones sociales, causados desde el 12 de mayo de 2008, fecha de la desvinculación laboral, hasta el 6 de noviembre de 2009, fecha del último acto de liquidación de la entidad. Ello, realizando el cruce de cuentas y compensaciones a que haya lugar en caso de que la accionante hubiese recibido efectivamente indemnización al momento de su despido.

TERCERO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta sentencia, el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, de fecha 10 de junio de 2009, en cuanto negó la tutela interpuesta por la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana únicamente en lo relacionado con el no reconocimiento de derechos laborales convencionales y el reintegro laboral derivado de la condición de prepensionada; y REVOCARLA en todo lo demás. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social de la señora Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana.

QUINTO.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias T-099 de 2008, T-1268 de 2005, T-480 de 1993 y T-106 de 1993, entre muchas otras.

2 Sentencias T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000, entre muchas otras.

3 Sentencia T-180 de 2009.

4 Sentencia T-1088 de 2007.

5 En igual sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-238 de 2009, T-180 de 2009, T-515A de 2006 y T-789 de 2003.

6 Ver sentencias T-178 de 2009, T-768 de 2005 y T-514 de 2003, entre otras.

7 Sentencia T-178 de 2009.

8 Ver sentencias T-1239 de 2008, T-989 de 2008 y T-009 de 2008, entre otras.

9 Sentencia T-1052 de 2007.

10 Sentencia T-512 de 2001.

11 Sentencia T-1052 de 2007.

12 Ver sentencia C-991 de 2004, entre otras.

13 Ver sentencias T-1239 y T-1166 de 2008.

14 Sentencia C-991 de 2004.

15 Véase también Sentencia C-147 de 1997 y C-168 de 1995.

16 Ver sentencia T-009 de 2008.

17 Ibídem.

18 Ver sentencia T-089 de 2009.

19 Este criterio ha sido reiterado en las sentencias T-178 de 2009, T-112 de 2009, T-009 de 2008 y T-993 de 2007, entre otras.

20 Ver entre otras, Sentencia T-1166 de 2008.

21 La norma en comento establece: “(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. ¶ El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

22 Sentencias T-1211 de 2008, C-174 de 2004, C-044 de 2004, C-184 de 2003, T-500 de 2002, C-371 de 2000, y C-112 de 2000, entre otras.

23 Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación Inversa e Igualdad”, en Amelia Varcárcel (compiladora), El Concepto de Igualdad, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

24 Greenwalt Kent. “Discrimination and Reverse Discrimination.” New York: Alfred A. Knopf. 1983. Citado en: Michel Rosenfeld. Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry. Yale University Press. New York. 1991.

25 Sentencia T-827 de 2009.

26 Ver sentencia T-1211 de 2008.

27 Sentencia SU-388 de 2005.

28 Sentencias T-827 de 2009.

29 Ver sentencias T-692 de 2009 y T-1211 de 2008.

30 Ver sentencias T-1239 y T-1166 de 2008, entre otras.

31 En esa oportunidad la Corte estudió un caso en el cual la accionante consideraba vulnerados sus derechos fundamentales por haber sido desvinculada del cargo que ejercía, en virtud del proceso de liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

32 Ver sentencias T-089 de 2009 y T-1239 de 2008.

33 Sentencia C-401 de 2008.

35 Acta final del proceso liquidatorio de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

36 Folio 200.

37 Folio 203.

38 Folio 202.

39 Folio 204.

40 Folio 208.

41 Folios 202 a 204.

42 Acta final del proceso liquidatorio de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta.