

Sentencia T-089-09

Referencia: expediente T-1987559

Acción de tutela interpuesta por cecilia Carreño Ortiz contra la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela, en el asunto de la referencia, dictados por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, el 2 de mayo de 2008, en primera instancia; y por el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal-, el 10 de junio de 2008, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. La señora Cecilia Carreño Ortiz ingresó a laborar al ISS el 28 de agosto de 1989 en el cargo de auxiliar de Servicios Asistenciales Grado 13, y mediante decreto 1750 del 26

de junio de 2003 fue incorporada automáticamente y sin solución de continuidad, en el mismo cargo, a la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento. (Fl. 91)

1. Mediante Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007 (Fls 111 a 121) se ordena la supresión y liquidación de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento. En consecuencia, su cargo fue suprimido mediante decreto 4992 del 31 de diciembre de 2007 (Fls. 133 a 136)

1. Mediante derecho de petición del 21 de febrero de 2008 (fl. 84), solicitó la inclusión en la modalidad de protección laboral reforzada denominada retén social como “prepensionada”, y argumentó que al momento del proceso de liquidación le hacía falta menos de 3 años para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios para adquirir el derecho de pensión. Según el Decreto-Ley 1653 de 1977 y la Convención Colectiva (art. 98), estos requisitos son 50 años de edad y 20 de servicios.

1. La empresa demandada respondió mediante oficio del 17 de marzo de 2008 (fls. 85 a 87) y negó la inclusión por considerar que la protección del retén social en la modalidad de “prepesionados” no existe en este momento, pues estuvo vigente 3 años a partir del diciembre de 2002, fecha de promulgación de la Ley 790 de ese mismo año.

1. Por lo anterior interpuso acción de tutela, con el fin de que el juez de amparo ordenara a la ESE en liquidación la inclusión y consecuente protección como “prepensionada”.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1.- Escrito de la demanda de tutela (Folios 1 a 6)

2.- Certificado de tiempo laborado a 4 de marzo de 2005, expedido por el Gerente Nacional de Recursos Humanos del Instituto de Seguros Sociales. (Folio 91)

- 3.- Solicitud de inclusión en el retén social como “prepensionada”. (Folio 84)
- 4.- Respuestas de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento a la solicitud de inclusión en el retén social. (Folios 85 a 87)
- 5.- Escrito de respuesta a la demanda de amparo de las entidades demandadas. (folios 99 a 109)
- 6.- Fallos de tutela de primera y segunda instancia (Folios 260 a 269; y folios 3 a 19 Cuad 2)
- 7.- Copia del Registro Civil de la demandante. (Folio 43)
- 8.- Comunicado del liquidador a los empleados sobre el proceso de liquidación. (Folio 138)
- 9.- Copia del Decreto Liquidatorio 3202 del 24 de agosto de 2007. (Folios 11 a 121)
- 10.- Copia del Decreto de supresión de cargos 4992 del 31 de diciembre de 2007. (Folios 133 a 136)

Fundamentos de las acciones de tutela.

La demandante alega que se han vulnerado sus derechos al mínimo vital, al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y a la seguridad social, por cuanto la ESE en liquidación ha argumentado erróneamente la improcedencia de la aplicación de la protección a la categoría de “prepensionados” en su proceso de liquidación, en razón a que considera que su estipulación legal no está vigente.

Sobre esto explica que la ESE no aplica la jurisprudencia constitucional, según la cual los 3 años de los que habla la protección legal de los “prepensionados”, no se deben contar desde la promulgación de la ley 790 de 2002, sino “dentro del término de liquidación de la empresa, fijado en el acto que la suprime y hasta tanto se liquide o extinga su personalidad jurídica”¹. En este orden, la demandante afirma que cumple con los requisitos de estar a menos de 3 años en edad y tiempo de servicios, para cumplir con los requerimientos legales para adquirir su pensión. Dichos requisitos, a la luz del Decreto-Ley 1653 de 1977 y de la Convención Colectiva (art. 98), son 50 años de edad y 20 de

servicios.

Alega igualmente que la ausencia de su protección como persona próxima a pensionarse, afecta su derecho al trabajo y al mínimo vital, pues por la edad con la que cuenta, se considera excluida del mercado laboral. Además de que ello configura la posibilidad de un perjuicio irremediable, pues la vía laboral en la que procede alegar lo que solicitan al juez de tutela, resulta demasiado demorada y la decisión del juez ordinario podría tomarse cuando la entidad ya esté liquidada.

Argumentos de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento para no reconocer la categoría de “prepensionado” y para oponerse a las demandas de tutela.

La entidad demandada afirma que la decisión de no incluir a la mencionada categoría de “prepensionados” para las garantías laborales reforzadas del retén social en su proceso de liquidación, deriva del alcance que dicha categoría tiene según la Ley 790 de 2002. En efecto - explica- el artículo 12 de la Ley 790 en comento, define los llamados “prepensionados” como aquellas personas a quienes para acceder a la pensión les faltaban 3 años o menos contados a partir de la promulgación de dicha Ley. Así, en consideración a que la Ley 790 de 2002 se promulgó el 27 de diciembre de 2002, el alcance de la vigencia de esta figura (prepensionados) debe entenderse hasta el 27 de diciembre de 2005.

La anterior interpretación, trae como consecuencia que en la práctica la disposición legal brinda la protección laboral especial, a las personas que al momento de su entrada en vigencia y por tres años más, acrediten que los requisitos para acceder a la pensión serán plenamente cumplidos en tres años o menos. Lo que a su vez, excluye a aquellas personas que acrediten lo propio, después de los mencionados 3 años de vigencia de la protección referida.

De otro lado, agrega que la tutela no es procedente para alegar el reconocimiento de derechos pensionales, por lo cual la demandante debe acudir a la vía laboral. Agrega que en su momento se le informó a la actora que “analizados, estudiados y verificados los documentos que reposan en la historia laboral, se observa que no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, en aplicación del régimen de transición, Decreto 1653 de 1977, por cuanto a la fecha no cumple con el

requisito de tiempo y edad exigido para tal efecto por la norma en mención.” Añade que “a la fecha [22 de abril de 2008, fecha de contestación de la tutela] la señora Cecilia Carreño Ortiz cuenta con un total de 18 años, 5 meses y algunos días [de servicio] y cuarenta y siete años de edad”, lo que significa que no cumple aún con los requisitos para pensionarse de conformidad con el decreto mencionado.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Fallo de primera instancia

El juez de primera instancia concede el amparo, bajo el argumento de que la entidad demanda ha verificado, y así lo expresa en el escrito de contestación de la acción de la tutela, que a la actora le hacen falta menos de tres años para completar el tiempo de servicios de 20 años (un año y 7 meses aprox.) y para cumplir la edad, 50 años (2 años y 7 meses aprox.). Por lo cual, no es posible hacer caso omiso a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional, según las cuales se deberá entender dentro de la categoría de “prepensionado” a aquel trabajador a quien le falten tres años o menos para cumplir los requisitos de pensión durante el proceso de liquidación de la entidad respectiva.

Fallo de segunda instancia

Por su lado, el ad quem revocó la decisión anterior, y explicó que si bien la actora al momento de la expedición de la normatividad relativa al proceso de liquidación contaba con 18 años y 4 meses de servicios y 47 años y 4 meses de edad aproximadamente, “para el 25 de agosto de 2008, época en la que culmina el proceso liquidatorio, aún le hace falta un año y siete meses [de edad] y 25 días para cumplir los 20 años de servicios.”

Afirma que la actora no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1° de abril de 1994, no cumplía con el requisito de la edad que éste exige, pues contaba con apenas 34 años de edad. De ahí, que no sea posible aseverar que a la demandante se le deba aplicar el Decreto 1653 de 1977. Tampoco, explica, la aplicación de los requisitos de la Convención Colectiva (art. 98) debe darse por cierta, pues ello implica establecer primero su vigencia y aplicabilidad al caso de la señora

Carreño Ortiz, análisis que desborda la competencia del juez de tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- En la presente providencia se revisa el caso de una ciudadana que reclama el reconocimiento de la calidad de “prepensionada” en los términos del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, y la consecuente aplicación de la protección laboral reforzada (retén social) que dicha calidad supone dentro de los procesos de liquidación de entidades estatales del Programa de Renovación de la Administración Pública.

La demandante alega que la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación ha vulnerado sus derechos al mínimo vital, al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y a la seguridad social, por cuanto ha dejado de aplicar injustificadamente la jurisprudencia constitucional, relativa a que los 3 años de los que habla la protección legal de los “prepensionados”, no se deben contar desde la promulgación de la ley 790 de 2002, sino “dentro del término de liquidación de la empresa, fijado en el acto que la suprime y hasta tanto se liquide o extinga su personalidad jurídica”². En este sentido, la actora afirma que cumple con los requisitos de estar a menos de 3 años en edad y tiempo de servicios, para cumplir con los requerimientos legales para adquirir su pensión, que al tenor del Decreto 1653 de 1977 y de la Convención Colectiva (art. 98), son 50 años de edad y 20 de servicios.

Añade igualmente que la ausencia de su protección como persona próxima a pensionarse, afecta su derecho al trabajo y al mínimo vital, pues por la edad con la que cuenta, se considera excluidos del mercado laboral. Además de que ello se configura la posibilidad de un perjuicio irremediable, pues la vía laboral en la que procede alegar lo que solicitan al juez de tutela, resulta demasiado demorada y la decisión del juez ordinario

podría tomarse cuando la entidad ya esté liquidada.

3.- A su turno, la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación argumenta que el artículo 12 de la Ley 790 en comento, define los llamados “prepensionados” como aquellas personas a quienes para acceder a la pensión, les faltaban 3 años o menos contados a partir de la promulgación de dicha Ley. Así, en consideración a que la Ley 790 de 2002 se promulgó el 27 de diciembre de 2002, el alcance de la vigencia de esta figura (prepensionados) debe entenderse hasta el 27 de diciembre de 2005. Esto, excluye a aquellas personas que acrediten lo propio después del 27 de diciembre de 2005.

De otro lado, afirma que la tutela no es procedente para alegar el reconocimiento de derechos pensionales, por lo cual la demandante debe acudir a la vía laboral. Agrega que en su momento se le informó a la actora que “analizados, estudiados y verificados los documentos que reposan en la historia laboral, se observa que no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, en aplicación del régimen de transición, Decreto 1653 de 1977, por cuanto a la fecha no cumple con el requisito de tiempo y edad exigido para tal efecto por la norma en mención.” Añade que “a la fecha [22 de abril de 2008, fecha de contestación de la tutela] la señora Cecilia Carreño Ortiz cuenta con un total de 18 años, 5 meses y algunos días [de servicio] y cuarenta y siete años de edad”, lo que significa que no cumple aún con los requisitos para pensionarse de conformidad con el decreto mencionado.

4.- El juez de tutela de primera instancia concedió el amparo, bajo el argumento de que la entidad demanda había verificado, y así lo expresó en el escrito de contestación de la acción de la tutela, que a la actora le hace falta menos de 3 años para completar el tiempo de servicios de 20 años (un año y 7 meses aprox.) y para cumplir la edad de 50 años (2 años y 7 meses aprox.). En virtud de esto ordenó su inclusión en el retén social y la aplicación estricta de las consecuencias que ello trae.

El ad quem por su lado, revocó la anterior decisión, y explicó que si bien la actora al momento de la expedición de la normatividad relativa al proceso de liquidación contaba con 18 años y 4 meses de servicios y 47 años y 4 meses de edad aproximadamente, “para el 25 de agosto de 2008, época en la que culmina el proceso liquidatorio, aún le hace falta

un año y siete meses [de edad] y 25 días para cumplir los 20 años de servicios.”

Añadió que la actora no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1° de abril de 1994, no cumplía con el requisito de la edad que éste exige, pues contaba con apenas 34 años de edad. De ahí, que no sea posible aseverar que a la demandante se le deba aplicar el Decreto 1653 de 1977. Tampoco, explica, la aplicación de los requisitos de la Convención Colectiva (art. 98) debe darse por cierta, pues ello implica establecer primero su vigencia y aplicabilidad al caso de la señora Carreño Ortiz, análisis que desborda la competencia del juez de tutela.

Problema Jurídico

5.- De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión, determinar si la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación ha vulnerado los derechos al mínimo vital, al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y a la seguridad social de la señora Cecilia Carreño Ortiz, al no otorgarle dentro del proceso de liquidación, la protección laboral reforzada relativa a la calidad de “prepensionado”.

No obstante, antes de resolver lo anterior, la Sala hará las precisiones correspondientes a la situación fáctica de la demandante, en relación con los requisitos para acceder a la pensión. Esto, teniendo en cuenta que el problema jurídico descrito ya se lo ha planteado la Corte en distintos fallos de tutela pasados³, por lo cual se requiere dicha precisión, en atención a determinar si el caso objeto de estudio es susceptible de reiterar la mencionada jurisprudencia. Así como también, se precisarán previamente las condiciones de procedencia de la acción de tutela en este tipo de casos.

Si lo anterior resulta afirmativo, la Corte hará referencia a las líneas jurisprudenciales relacionadas con (i) los programas de renovación de la administración pública y la aplicación del retén social, así como la procedencia de la aplicación de lo anterior a la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación y (ii) el alcance de la protección del retén social a los “prepensionados”, en relación con las interpretaciones posibles de su vigencia. Por último, analizará a luz de lo anterior el caso concreto objeto de examen.

Asuntos previos. Verificación de la condición de “prepensionado” y procedibilidad de la tutela en el caso objeto de revisión.

6.- Tal como se advirtió, el problema jurídico se circunscribe a establecer si la decisión de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación de no reconocer los beneficiarios del retén social, en la modalidad de “prepensionada”, en desarrollo de su proceso de liquidación, vulnera los derechos fundamentales de la tutelante. Esto significa que la discusión no es propiamente si la demandante es o no “prepensionada”, sino más bien si la interpretación que de la vigencia de dicha figura hace la ESE demandada garantiza adecuadamente su protección especial. En este orden, se debe partir del punto según el cual, la demandante cumple en efecto con ciertos requisitos que permitan reconocer su condición de persona próxima a pensionarse. Sólo así, es posible determinar si su situación amerita la aplicación de las líneas jurisprudenciales, que han determinado cómo se debe entender la vigencia de esta modalidad de protección laboral especial.

7.- Encuentra pues la Sala que la noción de “prepensionados” se refiere de manera general a aquellas personas trabajadoras de entidades estatales en proceso de liquidación, dentro de los programas de renovación de la administración pública, a quienes les falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión. Ahora bien, la pregunta que surge es, ¿a partir de cuándo cuenta este tiempo un trabajador para afirmar que le faltan menos de tres 3 años para pensionarse? Independientemente de que lo anterior sea el objeto planteado en el problema jurídico de esta sentencia, conviene anticipar que existen dos posibles respuestas. La primera defendida por la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación, según la cual dicho término se debe contar desde el momento en que se promulgó la Ley 790 de 2002, esto es desde el 27 de diciembre de 2007, y hasta por tres años más⁴. Y la segunda, defendida por la actora, consistente en que se deben contar dentro del periodo de liquidación de la entidad respectiva.

8.- Adicionalmente, conviene señalar también que la jurisprudencia constitucional no ha establecido una fecha determinada a partir de la cual contar los 3 años en mención. En la sentencia T-254 de 2008 por ejemplo, el cálculo para determinar que los actores en dicho proceso les hacía falta menos de 3 años para cumplir con el tiempo y la edad para acceder al derecho de pensión en Adpostal, se contó a partir de la fecha de expedición del decreto que ordenaba la liquidación. Por el contrario, en sentencia T-009 de 2008 se contó dicho término a partir de la fecha de desvinculación de Adpostal, que era distinta y posterior a la fecha del decreto que ordenaba su liquidación. De igual manera, en

sentencia T-1239 de 2008 la Sala Sexta de Revisión verificó que una de las demandantes le hacía falta menos de 3 años para acceder a la pensión como trabajadora de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación (entidad demandada en el presente proceso), a partir de la fecha de la supresión efectiva del cargo⁵.

En este orden de ideas, 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 que ordena el inicio del proceso de liquidación.

9.- En atención a lo anterior, se tiene que la supresión del cargo de la demandante se ordenó mediante Decreto 4992 del 31 de diciembre de 2007 (Fls. 133 a 136). Para dicha fecha la actora contaba con 47 años y un mes de edad de los 50 años de edad exigidos por el Decreto 1653 de 1977 y por la Convención Colectiva (art. 98), y con 18 años y 4 meses de servicios de los 20 años exigidos por las mismas normas. Sobre esto concluye la Sala, que respecto del momento en que se desvinculó efectivamente la demandante, ésta cumple con la condición fáctica según la cual, le hacía falta menos de 3 años, en edad y tiempo de servicio, para pensionarse. Igualmente, asume la Sala de Revisión, que ha quedado fuera de discusión la verificación del tiempo laborado, pues el que acredita la tutelante se basa en certificaciones expedidas por el mismo ISS6, además de que en ninguno de los escritos de descargos se puso en duda que ello fuera así.

Procedencia de las tutelas

10.- En casos anteriores, correspondientes a las sentencias T-9937, T-10458 y T-10769 de 2007, T-00910, T-25411 y T-123912 de 2008, la Corte Constitucional revisó casos de extrabajadores de Adpostal en Liquidación, de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación e INCODER, que cumplían con la condición que se acaba de describir, es decir, durante el proceso de liquidación de las entidades respectivas, a los tutelantes les faltaban menos de 3 años, en edad y tiempo de servicio, para pensionarse. En aquellas oportunidades, las distintas Salas de Revisión verificaron la procedibilidad de las acciones de tutela, para solicitar la inclusión en los

beneficios del retén social en calidad de “prepensionados”, y el consecuente reintegro y reconocimiento de las prestaciones laborales dejadas de percibir, como es el presente caso, en el siguiente sentido:

“Como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de tal manera que la acción no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, ni en una herramienta que premie la desidia, la negligencia o la indiferencia de los actores.¹³

También ha sostenido la Corte Constitucional¹⁴, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y por tanto, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos.

Teniendo en cuenta que una de las características esenciales de la tutela es la inmediatez, la Corte ha señalado que esta figura ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Por consiguiente, ha señalado la Corporación que, <... no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales ...¹⁵> [T-993 de 2007]

De esto se concluye la necesaria consideración, de si la iniciación de la acción de tutela en este caso no ha obedecido a la negligencia de los demandantes al dejar de utilizar otros mecanismos idóneos para lograr lo solicitado al juez de amparo. Así, como la verificación del cumplimiento del principio de inmediatez.

Sobre lo primero se encuentra que la demandante, tal como se desprende de la relación de pruebas efectuadas en los antecedentes de esta sentencia, solicitó a la ESE

demandada, el reconocimiento de la calidad de “prepensionada” y la respectiva inclusión en el retén social, ante lo cual la Entidad en liquidación respondió desfavorablemente.

Sobre lo segundo, cabe señalar que entre el momento en que la ESE Luis Carlos Galán respondió negativamente al reconocimiento de la calidad de “prepensionada” (17 de marzo de 2008), y el momento de la interposición de la acción de tutela, transcurrió un poco más de un (1) mes.

Se concluye pues, que en relación con los puntos anteriores, no se ha hecho uso inadecuado de la acción de tutela por parte de la actual demandante.

11.- También, se sostuvo en la jurisprudencia citada, que si bien en principio las pretensiones de los tutelantes tienen cabida por la jurisdicción ordinaria laboral, se debe tener en cuenta que los procesos de liquidación son perentorios. Por lo cual, se podría presentar un perjuicio irremediable, pues la vía laboral podría durar más de lo que dura el proceso de liquidación en cuestión. Además, como quiera que la garantía de esta modalidad de protección consiste en el reintegro o pago de los aportes hasta que se reciba la pensión, ello sólo es realizable de manera más adecuada mientras la Entidad exista.

Se utilizó pues como fundamento para soportar la anterior idea, el argumento desarrollado, en el mismo sentido, por la Sala Plena (SU-388 de 2005) en el caso de Telecom en Liquidación:

“<En primer lugar, la Corte considera que por tratarse de un proceso de liquidación cuya fecha límite es relativamente próxima (a más tardar el 12 de junio de 2007), la acción de tutela se proyecta como el mecanismo apropiado para asegurar un verdadero respeto de los derechos fundamentales. Al respecto conviene recordar que en algunos casos el factor temporal cobra especial relevancia para determinar la procedencia de la tutela, como ocurre precisamente en los procesos liquidatorios de cercana culminación.

(...)

De esta manera, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Decreto 1615 del 12 de junio de 2003, mediante el cual se ordenó la supresión y liquidación de TELECOM, señala que “el proceso de liquidación deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años contados a partir de la vigencia del presente Decreto, prorrogables por el Gobierno Nacional por un acto debidamente motivado hasta por un plazo igual”, la Sala considera que la acción de tutela se proyecta como el mecanismo apto para la protección de los derechos reclamados, por cuanto las otras vías judiciales de defensa podrían resultar ineficaces ante la próxima e inexorable desaparición de la empresa.

En segundo lugar, la Corte considera que en tratándose de sujetos de especial protección, como las madres cabeza de familia, el derecho a la estabilidad reforzada es susceptible de protección mediante tutela en procesos de reestructuración del Estado, precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales>.16

Teniendo en cuenta que en el presente caso se cumple con el requisito de inmediatez y tiene la misma naturaleza que el anterior referente a TELECOM- ya que el Decreto 2853 de 2006 del 25 de agosto de 2006, mediante el cual se ordenó la liquidación ADPOSTAL estableció en su artículo 2 que “el proceso de liquidación deberá concluir en un plazo de dos (2) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, prorrogable por el Gobierno Nacional, por un acto debidamente motivado, hasta por un plazo igual. Vencido el término de liquidación señalado, terminará para todos los efectos la existencia jurídica de la Administración Postal Nacional, Adpostal, en liquidación”- se procederá de la misma manera.17” [T-993 de 2007]

De lo anterior se concluye entonces, que en el caso objeto de revisión no se ha utilizado el mecanismo de amparo, de carácter prima facie subsidiario, so pretexto de desplazar los mecanismos judiciales idóneos. Por el contrario, en estos casos la acción de tutela obra como garante, ante la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable, que imposibilite en el futuro garantizar los derechos fundamentales reclamados por los demandantes.

Ahora bien, tal como se anticipó, corresponde a la Sala responder al interrogante

planteado en el problema jurídico, consistente en determinar cuál es la interpretación conforme a los derechos constitucionales, de la vigencia de la garantía de la modalidad de protección especial laboral del retén social, denominada “prepensionados”.

Programas de renovación de la administración pública, aplicación del retén social y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación dentro de dichos programas.
Reiteración de jurisprudencia

12.- El 20 de agosto de 2002, se expidió la directiva presidencial número 10, la cual determinó llevar a cabo una serie de actuaciones tendientes a la reestructuración y liquidación de las entidades que hacen parte del sector central del Estado Colombiano, pues ha sido uno de los propósitos establecidos por el Gobierno la Reestructuración de la Administración como medio para mejorar la situación del fisco y poder realizar mayores gastos de inversión.

13.- Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 790 de 2002, cuyo objetivo es renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

Para el desarrollo de ese objetivo, el artículo 12 de la ley en mención, determinó que 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”.¹⁹

14. El Gobierno Nacional de acuerdo a las facultades de reglamentación que le fueron concedidas, expidió el Decreto 190 de 2003, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, y en su artículo 16 estableció que las disposiciones allí contenidas se aplicarían a partir del primero (1) de septiembre de 2002, dentro del Programa de

Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el treinta y uno (31) de enero de 2004, disposición que en criterio de la Corte es violatoria de la Constitución.²⁰

15.- Luego el Congreso de la República expidió la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 8, literal d, consagró que los beneficios establecidos en el capítulo II de la Ley 790 de 2002, se extenderían en el tiempo únicamente hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo referente al tema de las personas que estuviesen próximos a pensionarse, las cuales permanecerían en ejercicio de sus cargos.

El 12 de octubre de 2004 la Corte Constitucional en la sentencia C-991, declaró inexecutable el artículo 8, literal d de la Ley 812 de 2003 en el aparte que señala “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”. En esta sentencia la Corte señaló que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, introducida por el legislador, se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de proteger especialmente a las personas que por su condición física, mental o económica, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. En consecuencia, si en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos los retrocesos, esta prohibición prima facie se presenta con mayor rigurosidad cuando se desarrollan derechos sociales y los titulares son personas que gozan de especial protección constitucional.

16. Con posterioridad, esta Corporación profiere la sentencia SU-388 de 2005, que unificó la jurisprudencia relativa a la protección del retén social para las madres cabeza de familia desvinculadas de sus empleos. La Corte sostuvo, entre otras cosas, que cada vez que se adelantan procesos de reestructuración del Estado, sus efectos repercuten de un lado, en la comunidad beneficiaria o receptora de los servicios prestados en desarrollo de una función administrativa, y, de otro, en sus propios trabajadores, quienes son los directamente afectados con la medida. Por lo tanto, en uno u otro caso, la reestructuración deberá hacerse respetando la Constitución y los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.

17.- Así mismo, señaló que como existían disposiciones que consagraban una indemnización a favor de las personas retiradas de la entidad, y como ésta tuvo fundamento en la desvinculación de los demandantes, al quedar sin efecto el acto de desvinculación sucederá lo mismo con la indemnización habiendo lugar a restituciones y compensaciones mutuas.

La formula adoptada es la siguiente:

“En el evento en que le haya sido cancelada una indemnización al accionante, como la indemnización tiene como fundamento la desvinculación del peticionario, al quedar sin efecto el acto de desvinculación sucederá lo mismo con la indemnización habiendo lugar -entonces- a restituciones y compensaciones mutuas. En la medida en que la restitución inmediata de dicha indemnización podría no resultar posible por haberse dispuesto de la misma por parte del accionante, una vez se lleve a cabo el cruce de cuentas, en caso de resultar saldos a favor de la entidad accionada, ésta deberá ofrecer facilidades de pago que garanticen la subsistencia digna del accionante, en los términos esbozados en la Sentencia SU-388 de 2005.

De esta forma, es preciso tener en cuenta tres eventos diferentes en los cuales pueden operar las compensaciones o restituciones que fueren necesarias:

* En un primer momento, a la fecha del reintegro efectivo del accionante, la empresa procederá a la compensación de los valores adeudados por concepto de salarios y prestaciones con el monto de la indemnización efectuada, a fin de determinar si quedan saldos a favor de la entidad o por el contrario le corresponde hacer un pago suplementario.

* En un segundo momento, en el evento en que existieren créditos pendientes a favor de la empresa, el peticionario podrá hacer abonos parciales desde el momento del reintegro y durante su permanencia en la entidad, para lo cual Telecom debe ofrecerle facilidades de pago de manera que no afecte su mínimo vital y su subsistencia en condiciones dignas.

* Por último, si todavía quedaren saldos pendientes con la entidad llegado el día de la terminación de la empresa y la desvinculación definitiva del actor, en ese momento habrá lugar a las restituciones y compensaciones mutuas que hasta entonces estuvieren pendientes.”²¹

La ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y el Retén Social

18.- En sentencia T-1239 de 2008 se analizó la situación según la cual, en principio podría pensarse que la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no fue liquidada en el programa de renovación de la administración pública. Lo que llevaría a concluir que las normas del retén social no le son aplicables, dado que por haber sido suprimida en desarrollo de las facultades ordinarias del Presidente de la República, ninguna obligación legal existía, en principio, para proteger a personas puestas en condiciones de vulnerabilidad.

No obstante lo anterior, en aquella oportunidad, la Sala Sexta de Revisión solicitó a la Oficina de renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación que informara si la supresión y liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se dio dentro del programa de renovación de la administración, entidad que dentro del término legal informó “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.”²²

De este modo, en la mencionada T-1239 de 2008 la Corte Constitucional verificó que “la supresión y liquidación de la entidad accionada se dio dentro del programa de renovación de la administración pública, aunque en el Decreto 3202 de 2007 no se indique expresamente.”²³

Alcance de la protección del retén social a los “prepensionados”, en relación con las interpretaciones posibles de su vigencia. Reiteración de jurisprudencia²⁴

19.- Tal como se relató al comienzo de estas consideraciones, la ESE Luis Carlos Galán argumenta que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, define los llamados “prepensionados” como aquellas personas a quienes para acceder a la pensión, les faltaban 3 años o menos en edad y tiempo de servicios, contados a partir de la promulgación de dicha Ley. Así, en consideración a que la Ley 790 de 2002 se promulgó el 27 de diciembre de 2002, el

alcance de la vigencia de esta figura (prepensionados) debe entenderse hasta el 27 de diciembre de 2005. Esto, excluye a aquellas personas que acrediten lo propio después del 27 de diciembre de 2005, fecha en la cual culminaría la vigencia de la protección referida, según esta interpretación; como es el caso de los demandantes quienes lo acreditan a 27 de diciembre de 2006, es decir un año después de que presuntamente perdió vigencia esta garantía. En consecuencia, esta entidad no extendió el beneficio del retén social a estas personas.

De otra parte, el artículo 13 de la mencionada ley estableció la aplicación en el tiempo de la protección contemplada en el artículo 12, así: “las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1° 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.”

El Decreto 190 de 2003 que reglamentó la Ley 790 de 2002 dispone, en relación con el acceso al beneficio del retén social para los “prepensionados”, lo siguiente:

“1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez.”

Posteriormente se expidió la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 8 disponía que la protección establecida en el artículo 12 se aplicaría hasta el 31 de enero de 2004 “salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.” La Corte, mediante sentencia C-991 de 2004,²⁵ entendió que la limitación temporal establecida por el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 había sido derogada tácitamente por el literal D., último y penúltimo inciso, de la Ley 812 de 2003 y declaró la nueva limitación temporal inconstitucional.

No obstante, consideró que no existía limitación temporal en la aplicación del beneficio para los “prepensionados”. Y, después de un juicio de proporcionalidad de la medida, a la luz de la supuesta vulneración al artículo 13 de la Constitución

respecto del trato dado a los “prepensionados” y a las cabezas de familia y a los discapacitados, concluyó que la medida era desproporcionada.

20.- De acuerdo con lo anterior, surgió una duda respecto de la vigencia de la limitación temporal establecida para acceder al beneficio previsto en la Ley 790 de 2003 y reglamentado por el Decreto 190 de 2003.

La primera interpretación conduce a entender, como lo ha hecho la ESE Luís Carlos Galán en liquidación, que el beneficio del retén social para los “prepensionados” culminó el 27 de diciembre de 2005 cuando se cumplieron 3 años a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002 y, por lo tanto, en ningún proceso liquidatorio de una entidad del orden nacional en el Programa de Renovación de la Administración Pública se debe contemplar dicha protección.

Una segunda interpretación, sostenida por la tutelante, conduce a considerar que no existe una limitación temporal para la aplicación del beneficio del retén social para los “prepensionados” en el contexto del programa de renovación de la administración pública. Lo anterior ya que la sentencia C-991 de 2004 entendió que la limitación temporal establecida en la Ley 790 de 2002 había sido derogada tácitamente por la Ley 812 de 2003. Y, ésta respecto de los pensionados dice explícitamente que su protección debe ser respetada hasta que a dichas personas se les reconozca la pensión. Por lo cual, los trabajadores no pueden calcular que les falta menos de 3 años para pensionarse hasta que no se inicie efectivamente el proceso de liquidación de la entidad pública de la que son trabajadores; y cuando éste se inicie, y se cumpla con el requisito descrito, la garantía debe ser respetada hasta que se reconozca la pensión.

21.- Se ha sostenido pues, que la primera interpretación conduce a un tratamiento desigual respecto de tres grupos que han sido calificados por la Corte Constitucional como sujetos de especial protección constitucional. Dijo la Corte en la Sentencia C-991 de 2004 al analizar el trato diferencial establecido por el artículo 8 de la Ley 812 de 2003:

“El trato diferencial consiste en la creación de una situación privilegiada para las personas próximas a pensionarse frente a las madres y padres cabeza de familia y las personas discapacitadas afectadas por la Reestructuración de la Administración. Lo

anterior, puesto que a las primeras no se les limitó la protección brindada por la Ley 790, artículo 12, mientras que a las segundas se les fijó un límite en el tiempo no establecido en la mencionada norma. Corresponde a la Sala analizar si tal trato diferencial constituye una discriminación prohibida a la luz del mandato de trato paritario derivado del artículo 13.

Para analizar si tal trato diferencial constituye una vulneración se debe establecer, primero, si los sujetos entre los cuales se presenta el trato diferencial están bajo iguales supuestos que impliquen un trato igual. La Sala observa que si bien materialmente se trata de 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).”

Sobre el anterior argumento, en relación con la postura de de la ESE demandada respecto de la vigencia de la protección de los “prepensionados” se concluyó en sentencia T-993 de 2007, lo siguiente:

“La primera interpretación conduciría a la vulneración al derecho a la igualdad de las personas que se encuentran próximas a pensionarse. La protección del retén social, establecida por la Ley 790 de 2002, ha sido aplicada en el contexto del Programa de Renovación de la Administración Pública. Así, desde el 27 de diciembre de 2002 procesos de renovación de la administración como el de TELECOM o el SENA han aplicado dicha protección en sus procesos de renovación manteniendo en su planta de personal a las personas que cumplen con los requisitos del artículo 12 de la Ley 790 de 2002. Por lo tanto, en otros procesos de renovación semejantes a éste se habría protegido al grupo de prepensionados, mientras que en este proceso serían excluidos sin justificación alguna, lo cual sería contraria al principio de igualdad”.

De otra parte, se estaría desconociendo que la Ley 812 de 2003 no fijó una limitación temporal para la protección de las personas próximas a pensionarse en el contexto del programa de renovación de la administración pública. La norma estableció que <los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la

ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez.>26 Así, la definición de persona próxima a pensionarse debe provenir de la Ley 790 de 2002 que fue la que previamente la había determinado como aquella persona que se encuentre a tres años de adquirir el derecho a la pensión. No obstante, no se puede entender que la nueva norma también contempla la limitación temporal establecida en la norma anterior, pues la Ley 812 de 2003 extendió el límite temporal que la anterior fijaba.

La Ley 790 de 2002 estableció en su artículo 12 que los prepensionados son aquellas personas 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”. Por lo tanto, serían prepensionados quienes para el 27 de diciembre de 2005 adquirieran el derecho a la pensión de jubilación o de vejez. No obstante, la norma en su artículo 13 estableció que “las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1° 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.” Así, otra lectura de la norma conduciría a entender que son prepensionados aquellas personas que cumplieran los requisitos en un lapso de tiempo entre el 27 de diciembre de 2002 y el 27 de junio de 2003, tiempo en el que se estableció la vigencia de la norma.

Así, la aplicación de dicha norma solo cobijaría los procesos de renovación de la administración pública que se dieran desde el 1 de septiembre de 2002 hasta el 27 de junio de 2003, cuando vencían las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República.

22.- Ahora bien, cabe añadir que no se puede desconocer que el 26 de junio de 2003 fue promulgada la Ley 812 de 2003 que derogó la limitación temporal del artículo 13 y no fijó un límite a la protección de los “prepensionados”. Por lo tanto la interpretación conforme a la cláusula constitucional de la igualdad (art 13 C.N), y al alcance de ella en relación con la vigencia de la garantía de las distintas modalidades de protegidos por

el retén social (C-991 de 2004), permite concluir que la vigencia de la protección del retén social se encuentra supeditada a la vigencia del Plan de Renovación de la Administración Pública. Así, la contabilización de los tres años a partir de los cuales una persona adquiere dicha calidad no parten de la vigencia de la Ley 790 de 2002 sino que se contabilizan a partir de la reestructuración efectiva de la correspondiente entidad de la administración pública, en virtud de la Ley 812 de 2003.²⁷

De conformidad con los anteriores criterios jurisprudenciales la sala estudiará el caso concreto bajo revisión.

Caso concreto.

23.- La demandante alega que la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación ha vulnerado sus derechos al mínimo vital, al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y a la seguridad social, por cuanto ha dejado de aplicar injustificadamente la jurisprudencia constitucional, relativa a que los 3 años de los que habla la protección legal de los “prepensionados”, no se deben contar desde la promulgación de la ley 790 de 2002, sino “dentro del término de liquidación de la empresa, fijado en el acto que la suprime y hasta tanto se liquide o extinga su personalidad jurídica”²⁸. La actora afirma que ostenta los requisitos de estar a menos de 3 años en edad y tiempo de servicios, para cumplir con los requerimientos legales para adquirir su pensión, que al tenor del Decreto 1653 de 1977 y de la Convención Colectiva (art. 98), son 50 años de edad y 20 de servicios.

La ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación argumenta que el artículo 12 de la Ley 790 en comento, define los llamados “prepensionados” como aquellas personas a quienes para acceder a la pensión, les faltaban 3 años o menos contados a partir de la promulgación de dicha Ley, por lo que su vigencia debe entenderse hasta el 27 de diciembre de 2005. Asevera que la tutela no es procedente para alegar el reconocimiento de derechos pensionales, por lo cual la demandante debe acudir a la vía laboral.

El juez de tutela de primera instancia concedió el amparo. Y, el ad quem por su lado, revocó tal decisión, hallándole razón a la ESE demandada y añadió que la actora no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1° de abril de 1994, no cumplía con el requisito de edad que éste exige, pues

contaba con apenas 34 años de edad. De ahí, que no sea posible aseverar que a la demandante se le deba aplicar el Decreto 1653 de 1977. Tampoco, explica, la aplicación de los requisitos de la Convención Colectiva (art. 98) debe darse por cierta, pues ello implica establecer primero su vigencia y aplicabilidad al caso de la señora Carreño Ortiz, análisis que desborda la competencia del juez de tutela.

Vulneración de los derechos fundamentales

24.- Sobre lo anterior encuentra la Sala Octava de Revisión, que se han vulnerado los derechos fundamentales de los demandantes, a la seguridad social y a la igualdad. En primer término, de conformidad con lo explicado, la vigencia de la garantía de los beneficios del retén social a los denominados “prepensionados”, no puede ser interpretada en términos restrictivos respecto del acceso del derecho a la pensión. Esto es, que dicha vigencia está determinada por el aparte final del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, al establecerse que se protege únicamente a personas a quienes les falte, en edad y tiempo para pensionarse, 3 años o menos, contados a partir de la promulgación de la mencionada Ley (27 de diciembre de 2002). Pues, con ello se desconoce que la Ley 812 de 2002 (art 8°), posterior a la Ley 790 citada, modificó la vigencia del reconocimiento de la aplicación de los beneficios del retén social. Y, en materia de los sujetos protegidos llamados “prepensionados”, determinó que la garantía de su derecho contenido en la protección laboral especial del retén social, debería respetarse hasta el reconocimiento efectivo de la pensión.

Si bien, la Ley 812 en mención no derogó expresamente el término de vigencia del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en relación con los “prepensionados”, sí dejó la duda consistente en cómo debía entenderse dicha vigencia. Y, la Corte Constitucional ha encontrado que la interpretación que solventa la duda descrita, no puede ser aquella más gravosa para los derechos de seguridad social de los trabajadores de las entidades estatales en proceso de liquidación. Por ello, estableció que la contabilización de los 3 años a partir de los cuales una persona adquiere la calidad de “prepensionado” no parte de la vigencia de la Ley 790 de 2002, sino que se contabilizan a partir de la reestructuración efectiva de la correspondiente entidad de la administración pública, en virtud de la Ley 812 de 2003. La cual como se explicó más arriba, se ha calculado indistintamente desde la fecha de expedición de las normas que inician el proceso de liquidación o, como es el caso

de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación²⁹, desde la fecha del acto que suprime el cargo (desvinculación efectiva) o la terminación del contrato laboral³⁰.

De conformidad con lo anterior queda demostrado que la situación fáctica de la demandante se subsume en el supuesto según el cual, le hace falta menos de 3 años en edad y tiempo de servicio para pensionarse, contados a partir de la desvinculación efectiva del cargo mediante el acto que lo suprime.

Con todo, antes de pasar a la parte resolutive, la Corte debe resolver los argumentos del juez de segunda instancia que negó el amparo, según los cuales a la actora no se le debe aplicar el régimen de transición ni el artículo 98 de la Convención Colectiva, por cual la exigencia de los requisitos de 50 años de edad y 20 de servicios está errada en su caso.

Sobre el régimen pensional aplicable en el caso concreto

25.- En efecto, la actora alega que está dentro del régimen de transición y por ello, su régimen pensional indica que los requisitos para dicho derecho corresponden a los contemplados en el decreto 1653 de 1997; esto es, 50 años de edad si es mujer y 20 de servicios. A lo anterior, se opone el ad quem y explica que la demandante no cumple con los requisitos del mencionado régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1° de abril de 1994, ésta no contaba con 35 años tal como lo exige la mencionada disposición de la Ley 100.

Sobre esto encuentra la Sala, que en principio tendría razón el juez de amparo de segunda instancia, aunque ello no es objeto de discusión en el presente caso. Por el contrario lo que se debe determinar es el régimen pensional aplicable a la señora Castaño Ortiz.

26.- En este orden, si bien es discutible la aplicación del decreto 1653 de 1977 por virtud del régimen de transición en mención, la Corte ha establecido en casos como el de la actual demandante que régimen pensional aplicable es el convencional, es decir, los requisitos del artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, que de igual manera exigen para acceder a la pensión, 50

años de edad si es mujer y 20 años de servicios.

En la sentencia T-1239 de 2008 se estudió este punto en profundidad. Se analizó la posición expuesta por la entidad demandada, según la cual la convención colectiva no se encuentra vigente y no se puede aplicar, toda vez que al declararse la exequibilidad del Decreto 1750 de 2003 mediante el cual se escindió el ISS, la Corte Constitucional ratificó la imposibilidad de aplicar la convención colectiva de trabajo a los empleados públicos de las ESE. Y agregó que las Empresas Sociales del Estado no fueron ni son parte del contrato colectivo, por no existir al momento de su celebración.

Así las cosas, la Corte estableció pues, que la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encontraba vigente, para casos como el de la tutelante al momento de reclamar la inclusión y los beneficios laborales del retén social.

Explicó la Sala Sexta de Revisión lo siguiente:

Sobre el particular, es necesario recordar que el ISS fue escindido por el Decreto 1750 de 2003 y los servicios de salud inicialmente encargados a la entidad, fueron asumidos por siete empresas sociales del Estado entre las que estaba la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. En dicho decreto, se disponía la incorporación automática y sin solución de continuidad de los trabajadores oficiales del ISS a las ESE recién creadas, pero en calidad de empleados públicos.³¹

(...)

En este sentido, el fenómeno jurídico de la escisión de una de las partes del contrato colectivo, en este caso del Instituto de Seguro Social, no afecta la convención suscrita por esta entidad y SINTRASEGURIDADSOCIAL. No obstante, para establecer si los efectos de la convención se extendieron a las nuevas empresas, incluida la ESE 'Luis Carlos Galán Sarmiento', es necesario determinar si tal contrato colectivo sigue vigente.

Se puede afirmar entonces que el cambio de empleador no impide que la convención colectiva de trabajo suscrita con el ISS deje de ser fuente de derechos para el trabajador - por lo menos mientras dicha convención conserve vigencia -, y que el cumplimiento de sus cláusulas sea exigido en ese entretanto al nuevo empleador.

Así pues, el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo resulta aplicable en el presente caso, y señala los siguientes requisitos para adquirir la pensión de jubilación:

“ARTICULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN.

“El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (...)”

27.- En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, que negó el amparo de los derechos de la tutelante y concederá la tutela ordenando a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario - Fiduagraria S.A., quien lleva a cabo el proceso de liquidación de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, el reintegro de la señora Cecilia Carreño Ortiz y proceda a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir. En caso de que la accionante hubiera recibido la indemnización correspondiente por la desvinculación de la entidad, esta Sala considera pertinente advertir a la autoridad liquidadora que podrá adelantar el cruce de cuentas y compensaciones de las mismas en relación con las sumas recibidas. En este procedimiento, la autoridad liquidadora ofrecerá facilidades de pago a la demandante, de manera que se garantice su subsistencia digna y la de su familia.

Se advierte además, que el reintegro durará hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero. No obstante, la demandada por intermedio de la empresa liquidadora, y a cargo de quien asuma el pasivo pensional de la extinta ESE Luís Carlos Galán Sarmiento deberá garantizar la realización de los aportes en pensión hasta tanto la actora cumpla con el requisito para acceder a dicho derecho.

Por último, la Sala ha considerado para el cumplimiento de la orden que emitirá, que el plazo para dar por terminado el proceso de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento - el cual se estipuló para el 25 de agosto de 2008 - se prorrogó hasta el 24 de febrero de 2009³², luego esta entidad está en la obligación de aplicar los beneficios

contemplados en el retén social protección durante el proceso de liquidación, en los términos expuestos arriba.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia, el fallo de tutela dictado por el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal-, el 10 de junio de 2008, en segunda instancia, y en su lugar ORDENAR a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario - Fiduagraria S.A., quien adelanta el proceso de liquidación de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento, reintegrar a la señora Cecilia Carreño Ortiz al cargo que desempeñaba o a uno equivalente en la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación, sin solución de continuidad desde la fecha en la cual fue desvinculada de la entidad y hasta que le sea reconocida la pensión de jubilación convencional en cumplimiento de los requisitos para ello, o de lo contrario, hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa. De no ser posible el reintegro de la demandada, por intermedio de la empresa liquidadora y a cargo de quien asuma el pasivo pensional de la extinta ESE Luís Carlos Galán Sarmiento, se deberá garantizar la realización de los aportes en pensión hasta tanto la actora cumpla con el requisito para acceder a la pensión.

TERCERO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-1045 de 2004

2 T-1045 de 2004

3 T-1239 de 2008, T-254 de 2008, T-009 de 2008, T-1076 y T-1045 de 2007, entre otras.

4 Ley 790 de 2002 Artículo 12

5 T-1239 de 2008: “A fecha de esta providencia, la señora María del Pilar Morales Ruiz tiene poco más de 48 años de edad y 18 años, 8 meses y 19 días de tiempo de servicios. Ahora, al momento de la supresión de su cargo - 3 de enero de 2008 - tenía 48 años de edad y 18 años, 2 meses y 11 días de servicio. En este caso, a la accionante le hacen falta menos de tres años para acceder a la pensión de jubilación convencional, encontrándose dentro del plazo exigido por las normas del retén social para ser beneficiaria de la protección laboral en calidad de prepensionada”.

6 Folio 91

7 Sala Segunda de Revisión

8 Sala Cuarta de Revisión

9 Sala Cuarta de Revisión

10 Sala Sexta de Revisión

11 Sala Octava de Revisión

12 Sala Sexta de Revisión

13 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras las Sentencias T-575 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil, y T-900 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño y T-700 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

14 [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-575 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil.

15 [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-543 de 1992 MP: José Gregorio Hernández Galindo.

16[Cita del aparte transcrito] Sentencia SU-388 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

17 [Cita del aparte transcrito] De la misma manera procedió la Corte en la sentencia T-602 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

18 La jurisprudencia constitucional ha interpretado este evento en el siguiente sentido: “De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, en donde el aparato estatal debe estar diseñado dentro de criterios de mérito y eficiencia, para lo cual está facultada para crear, modificar, suprimir y reorganizar los cargos de su planta de personal cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exige. No obstante, dicha facultad no puede ejercerse de manera arbitraria e ilimitada, pues la Constitución Política, establece la protección especial a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, así como el derecho que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas.” (T-206 de 2006)

19 Ley 790 de 2002: “ARTÍCULO 13. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. 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.”

20 Así lo determinó la Sala Primera de Revisión de esta Corporación al considerar que la limitación en el tiempo del beneficio que se les otorgó a las madres cabeza de familia en la Ley 790, artículo 12, por el Decreto 190, artículo 16, no es ajustada a la Constitución, por cuanto una norma de menor jerarquía (Decreto 190 de 2003, artículo 16), estableció un límite que la norma que le daba validez (Ley 790 de 2002, artículo 12) no establecía, por esta razón, la Corte aplicó la Constitución y no tuvo en cuenta el artículo 16 del Decreto 190 de 2003. Ver sentencia T-792 de 2004.

21 Ver entre otras, sentencia T-602 de 2005.

22 T-1239 de 2008

23 Idídem

24 En este acápite se seguirá la exposición que sobre el tema se hiciera en la sentencia T-993 de 2007.

25 Sentencia C-991 de 2004.

27 [Énfasis fuera del texto] T-993 de 2006, reiterada en la T-1045 y 1046 de 2007 y en la T-009 de 2008. Se sostuvo en la citada T-993 de 2007: “La Sala entiende que la extensión del retén social establecido por la Ley 812 de 2003 hace inaplicable el término señalado por la Ley 790 de 2002 en lo que se refiere a la fecha inicial. El lapso dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a la pensión como condición para ser cobijada por la protección del retén social fue determinado como un régimen de transición de tres años en los que se protegerían los derechos en vía de adquisición. Si bien en un principio la contabilización de ese término se basaba en la Ley 790 de 2002, dicho término fue modificado con la expedición de la Ley 812 de 2003 al prolongarse la vigencia del retén social y del Plan de Renovación de la Administración Pública. De acuerdo a lo anterior, la protección del retén social para las personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación de la administración pública, que al haber sido extendido por la Ley 812 de 2003 termina en el momento en que dicha ley expiró, es decir hasta el 24 de julio de 2007.”

28 T-1045 de 2004

29 T-1239 de 2008

30 T-009 y T-1239 de 2008

31 La Corte Constitucional, en Sentencia C-314 de 2004 al analizar la afectación de los derechos adquiridos de los trabajadores que, automáticamente y sin solución de continuidad, fueron vinculados a las nuevas empresas sociales del Estado, en virtud del Decreto 1750 de 2003 dijo lo siguiente: “Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico”. Posteriormente, en la Sentencia C-349 de 2004 reiteró la posición sentada en la sentencia anteriormente citada, manifestando que: “Concretamente sobre el tema de los derechos laborales derivados de la convención colectiva vigente, en el fallo en cita se estimó que la convención colectiva de trabajo era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, por lo cual, respecto de los trabajadores cobijados por ella, era fuente de derechos adquiridos, por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conservara su vigencia. Dado que el aparte final del primer inciso del artículo 18 no hacía referencia a esta clase de derechos, el mismo vulneraba las normas superiores relativas a la protección del trabajo. (...)” “Por lo tanto, la incorporación “automática y sin solución de continuidad quiere decir: (i) que se produce sin necesidad de requisitos adicionales a la expedición del Decreto 1750 de 2003; (ii) que por lo mismo no requiere de la formalización de una nueva relación laboral; (iii) que implica la prórroga de la relación laboral preexistente, sin suspensión temporal de la misma, aunque ella venga a ser regida por un régimen laboral nuevo, como sucede cuando el trabajador oficial viene a ser empleado público.” Este último efecto inmediato y sin solución de continuidad, es definido directamente por el párrafo del artículo 17 que al efecto dispone que la no suspensión

de la relación laboral significa que se computará, para todos los efectos legales, el tiempo servido al Instituto de Seguros Sociales, con el tiempo que se sirva en las nuevas empresas que se crean. “Se pregunta entonces la Corte si las anteriores circunstancias, derivadas todas ellas del alcance de las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad tienen el efecto de desconocer las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva, por implicar la pérdida de beneficios logrados convencionalmente, como afirman los demandantes. “A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales. “Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador - trabajador. Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente”.

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación dejó incólumes los derechos y beneficios convencionales de los trabajadores que se vincularon a las empresas sociales del Estado, siempre y cuando la convención colectiva mantuviera su vigencia.

32 Así se verificó en la relación de pruebas practicadas en el proceso T-1239 de 2008