

Sentencia T-1166/08

RETEN SOCIAL Y PLAN DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial a trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta

RETEN SOCIAL Y PLAN DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección del retén social de personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO-Calidad de “prepensionados” se extiende hasta cuando el trabajador se le reconozca la pensión o se de la liquidación definitiva de la entidad

ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Variación del régimen laboral

ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Vigencia y efectos de la convención colectiva del primero de noviembre de 2004

RETEN SOCIAL Y PLAN DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección del retén social de personas próximas a pensionarse debe extenderse hasta el último acto de liquidación de la empresa o hasta cuando la persona cobijada por ella se pensione

REINTEGRO DE TRABAJADOR AMPARADO POR RETEN SOCIAL-Procedencia de tutela por cumplir los requisitos para ser incluido en la categoría de prepensionado

Acciones de tutelas instauradas, por separado, por Stella del Rosario Colmenares Millán, Ana Milena Barrera Rojas y María Teresa González Camargo contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CORDOBA TRIVIÑO y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos proferidos por:

El Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en segunda, en la acción de tutela instaurada por Stella del Rosario Colmenares Millán contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A..

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en instancia única, en la acción de tutela iniciada por Ana Milena Barrera Rojas contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A.

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en segunda, en la acción de tutela instaurada por María Teresa González Camargo contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A.

I. ANTECEDENTES

Mediante auto de nueve (9) de septiembre de 2008, proferido por la Sala de Selección Número Nueve (9), fueron seleccionados para revisión los expedientes de referencia T-1972922, T-1981308 y T-2014902.

En el mismo auto se decidió acumular las acciones de tutela promovidas por Stella del Rosario Colmenares Millán (T- 1972922), Ana Milena Barrera Rojas (T-1981308) y María Teresa González Camargo (T-2014902) contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A., para que fueran falladas en una misma sentencia por presentar unidad de materia.

1. Hechos comunes a los expedientes T- 1972922, T-1981308 y T-2014902

Las actoras dentro de los procesos referenciados demandan a la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y a Fiduagraria S.A., al considerar que dichas entidades violan sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital y al debido proceso, entre otros

Existe identidad fáctica en los tres casos acumulados en sede de revisión, en el sentido de que las demandantes reclaman que las entidades demandadas violan sus derechos fundamentales al no haberlas incluido dentro del programa de “retén social” de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, pese a que ellas, al momento de entrar en liquidación la entidad -ordenada ésta mediante decreto 3202 de 24 de agosto de 2007-, se encontraban a menos de tres (3) años de adquirir el derecho de pensión de jubilación de acuerdo con el régimen previsto en el decreto 1653 de 1977 y los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de la Entidad; en su sentir, la situación en la que se encontraban se ajustaba a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en concordancia con la Ley 812 de 2003 y pertenecían por ello a la categoría de “prepensionados”.

Las tres demandantes solicitan que se amparen sus derechos fundamentales violados y que, en consecuencia, los jueces de tutela ordenen su reintegro a la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, así como el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que dure su desvinculación.

1. Hechos en el expediente T-1972922

Manifiesta la señora Stella del Rosario Colmenares Millán que ingresó a laborar en el Instituto de Seguros Sociales el siete (7) de noviembre de 1989, desempeñando el cargo de Odontóloga. Señala que su relación laboral con dicho instituto duró hasta el 26 de junio de 2003, cuando se estableció la escisión de éste mediante el decreto 1750 de 2003; en la misma fecha -indica- fue incorporada, sin solución de continuidad a la planta de personal de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento para desempeñar las mismas funciones que desempeñaba en el seguro social.

El tres (3) de enero de 2008, en virtud de la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, ordenada mediante decreto 3202 de 24 de agosto de 2003, el cargo que venía ocupando fue suprimido. Indica que solicitó por escrito a la liquidadora de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, Fiduagraria S.A. no suprimir su empleo por tener derecho a permanecer al servicio de la entidad hasta el cumplimiento de los requisitos de pensión o hasta el momento de la terminación del proceso de liquidación. Señala que al momento de la supresión de su cargo tenía más de cincuenta (50) años de edad cumplidos, y diecinueve (19) años y dos (2) meses de servicio en condición de servidora pública, por lo que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo (que exige, como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, haber cumplido cincuenta años de edad en el caso de las mujeres y la prestación de veinte años de servicio), se encontraba a unos ocho (8) meses de acceder al derecho de pensionarse.

1.1.1 Trámite de instancia en el expediente T- 1972922

1.1.1.1 Mediante auto de tres (3) de abril de 2008, el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá admite las acción de tutela presentada por Stella del Rosario Colmenares Millán contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento. En la misma providencia dispone solicitar al Instituto de Seguro Social que informe acerca de lo relacionado con los hechos narrados por la demandante. Sin embargo, con posterioridad, luego de dictar sentencia de primera instancia y previa solicitud de la entidad demandada en ese sentido, mediante auto de veintiuno (21) de mayo de 2008, declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, al considerar probada la violación del derecho al debido proceso de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento y Fiduagraria S.A., entidades realmente demandadas en la acción de tutela. En el mismo auto dispone la vinculación de ambas entidades y les otorga un término de cuarenta y ocho (48) horas para pronunciarse en relación con la demanda de amparo presentada por la señora Colmenares Millán.

Adicionalmente indica que a la demandante no le son aplicables las disposiciones de la Convención Colectiva de trabajo, ya que esta aplicaba a los trabajadores oficiales del ISS; al ser escindido el instituto -explica- la actora y los demás trabajadores, adquirieron la condición de empleados públicos, lo que justifica la inaplicabilidad de la convención

1.2 Hechos en el expediente T-1981308

La señora Ana Milena Barrera Rojas indica que empezó a trabajar en el Instituto de Seguros Sociales el dos (2) de abril de 1991 como médico general. Dicha relación laboral –señala- se mantuvo hasta cuando se decretó la escisión del seguro social, mediante el decreto 1750 de 2003, fecha en la cual fue incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, también como médico general.

Manifiesta que el nueve (9) de mayo de 2008, en virtud de la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, ordenada mediante decreto 3202 de 24 de agosto de 2003, el cargo que venía ocupando fue suprimido. Señala que al momento de la supresión de su cargo tenía cuarenta y ocho (48) años de edad cumplidos, y aproximadamente diecisiete (17) años y un (1) mes de servicio en condición de servidora pública, por lo que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo (que exige, como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, haber cumplido cincuenta años de edad en el caso de las mujeres y la prestación de veinte años de servicio), se encontraba a menos de tres (3) años de acceder al derecho de pensión. Indica que solicitó a la liquidadora de la entidad, Fiduagraria S.A. su permanencia en la entidad en vía de liquidación, por considerar que tenía la calidad de prepensionada y que, por ende, era merecedora de ser incluida en el plan de “retén social”. Señala que obtuvo una negativa por parte de la liquidadora, en el entendido de que las disposiciones del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 no aplicaban en su caso.

1.2.1 Trámite de instancia en el expediente T- 1981308

1.2.1.1 La señora Ana Milena Barrera Rojas interpone la demanda de tutela ante la oficina judicial de los juzgados laborales del circuito. El veinte (20) de mayo de 2008, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá resuelve declararse incompetente para el trámite de la acción, en razón a la naturaleza de las entidades demandadas, y ordena el envío de las actuaciones al reparto de los juzgados municipales de la ciudad, para que sea un juez de dicha jerarquía el que de trámite a la acción. Surtida dicha gestión, mediante providencia de veintitrés (23) de mayo de 2008, el Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá también declara que carece de competencia para el trámite del proceso y propone, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el conflicto negativo de competencias. Ésta institución, en proveído de dieciocho (18) de junio de 2008 ordena la remisión de la actuación nuevamente al Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá por considerar que dicha entidad es la competente para el trámite de la acción. Este despacho judicial, en auto de veinte (20) de junio de 2008, admite

la acción de tutela iniciada por Ana Milena Barrera Rojas contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A

1.2.1.2 En el trámite del proceso, antes de que se profiriera sentencia de primera instancia, las entidades demandadas no ejercieron su derecho a la defensa. Sin embargo, el mismo día en que el juez único de instancia tomó su decisión, esto es el 1º de julio de 2008, la apoderada especial de Fiduagraria S.A se opone a las pretensiones de la acción de tutela. Señala que la acción de tutela también resulta improcedente en el presente caso, pues este mecanismo de protección de los derechos fundamentales no puede sustituir los ordinarios de defensa de los intereses.

Indica que a la demandante no le son aplicables las disposiciones de la Convención Colectiva de trabajo, ya que esta aplicaba a los trabajadores oficiales del ISS; al ser escindido el instituto -explica- la actora y los demás trabajadores, adquirieron la condición de empleados públicos, lo que justifica la inaplicabilidad de la convención. Como consecuencia de lo anterior -explica- a la demandante le faltan más de siete (7) años para acceder a la pensión de vejez, prevista en la Ley 100 de 1993

1.3 Hechos en el expediente T-2014902

La señora María Teresa González Camargo manifiesta que se vinculó laboralmente al Instituto de Seguros Sociales el seis (6) de marzo de 1992. Señala que su relación laboral con dicho instituto duró hasta el 26 de junio de 2003, cuando se determinó la escisión de éste mediante el decreto 1750 de 2003; en la misma fecha -indica- fue incorporada, sin solución de continuidad a la planta de personal de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento.

Explica la actora que el nueve (9) de mayo de 2008, en virtud de la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, ordenada mediante decreto 3202 de 24 de agosto de 2003, el cargo que venía ocupando fue suprimido. Al momento de la supresión de su cargo -alega- tenía cincuenta y un (51) años de edad cumplidos, y aproximadamente diecisiete (17) años y dos (2) meses de trabajo en condición de servidora pública, por lo que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo (que exige, como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, haber cumplido cincuenta años de edad en el caso de las mujeres y la prestación de veinte años de servicio), se encontraba a menos de tres (3) años de acceder al derecho de pensión.

Indica que solicitó por escrito a la liquidadora de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, Fiduagraria S.A. no suprimir su empleo por tener derecho a permanecer al servicio de la entidad hasta el cumplimiento de los requisitos de pensión o hasta el momento de la terminación del proceso de liquidación, pero que dicha petición fue despachada de forma negativa, pues en el sentir de la entidad liquidadora a ella no le era aplicable lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

1.3.1 Trámite de instancia en el expediente T- 2014902

1.3.1.1 Mediante auto de veintiocho (28) de mayo de 2008, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá admite la acción de tutela presentada por María Teresa González Camargo contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A., y dispone correr traslado de la demanda por un término de tres (3) días.

1.3.1.2 En escrito presentado el cuatro (4) de junio de 2008, la apoderada especial de Fiduagraria S.A se opone a las pretensiones de la acción de tutela. En síntesis, señala que la acción de tutela resulta improcedente en el presente caso, pues este mecanismo de protección de los derechos fundamentales no puede sustituir los ordinarios de defensa de los intereses.

Adicionalmente indica que a la demandante no le son aplicables las disposiciones de la Convención Colectiva de trabajo, ya que esta aplicaba a los trabajadores oficiales del ISS; al ser escindido el instituto -explica- la actora y los demás trabajadores, adquirieron la condición de empleados públicos, lo que justifica la inaplicabilidad de la convención

2. Pruebas relevantes que obran en los expedientes

2.1 Pruebas relevantes en el expediente T-1972922

* Copia de comunicación de tres (3) de enero de 2008, por medio de la cual la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento informa a la señora Stella del Rosario Colmenares Millán la supresión de su cargo (Folio 17)

* Copia de diversos certificados laborales de la señora Stella del Rosario Colmenares Millán

(Folios 23-26)

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Stella del Rosario Colmenares Millán (Folio 27)

2.2 Pruebas relevantes en el expediente T-1981308

* Copia de una solicitud hecha por la señora Ana Milena Barrera Rojas el 18 de septiembre de 2007, dirigida a la liquidadora especial de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento en la que le pide su inclusión en el “retén social” (Folio 90)

* Copia de diversos certificados laborales de la señora Ana Milena Barrera Rojas (Folios 95-98)

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Milena Barrera Rojas (Folio 94)

* Copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial, vigente a partir del 1º de noviembre de 2001. (Folios 11-77)

2.3 Pruebas relevantes en el expediente T-2014902

* Copia de diversos certificados laborales de la señora María Teresa González Camargo (Folios 12-16)

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencias en el expediente T- 1972922

1.1 Sentencia de primera instancia

El Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, mediante fallo de cinco (5) de junio de 2008, resuelve conceder el amparo reclamado por la señora Colmenares Millán y, en consecuencia, ordena que, dentro de un término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, la demandante sea reintegrada al cargo que venía ocupando en la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, cancelándole los salarios y demás prestaciones dejados

de percibir mientras permaneció cesante, sin perjuicio del cruce de cuentas a que hubiere lugar, con relación a la indemnización que le fue reconocida.

Frente a la procedencia de la acción de tutela, el juzgado discurre que si bien existían otros mecanismos de defensa judicial de los intereses de la actora, éstos, en el caso concreto, resultaban ineficaces.

Considera el juzgado que en el presente caso la acción de tutela está llamada a la prosperidad, dado que las demandadas ignoraron los requisitos legales y jurisprudenciales que indicaban que la demandante sí debía ser incluida en el “retén social” de la entidad en curso de liquidación, por tener ciertamente la calidad de prepensionada.

1.2 Impugnación

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada especial de Fiduagraria S.A. presenta impugnación en su contra. Reitera la impugnante que, en su sentir, la acción de tutela resulta improcedente para dar solución al presente caso, ya que existen otros mecanismos de defensa judicial de los intereses de la actora. Adicionalmente indica que no existe un perjuicio irremediable para la demandante, pues al finalizar la relación laboral le fue reconocida y pagada una indemnización, con la que ésta puede garantizar su mínimo vital

1.3 Sentencia de segunda instancia.

En proveído de tres (3) de julio de 2008, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoca el fallo de primera instancia y, en su lugar, deniega el amparo reclamado por la señora Colmenares Millán.

En el sentir del juez de segunda instancia, dado que la liquidación definitiva de la entidad se encuentra prevista para el 25 de agosto de 2008, la actora no alcanza a adquirir el derecho pensional en existencia de la E.S.E demandada. Por ello, en su sentir, no puede ser considerada como parte del grupo de “prepensionados” sujetos a protección del “retén social” de la entidad.

Al respecto señala:

“...se advierte sin hesitación alguna que la peticionaria no reunirá los requisitos para acceder

a la pensión convencional, sino con posterioridad al término previsto para la existencia jurídica de la E.S.E, por lo que inane resultaría disponer su reintegro a través del mecanismo excepcional..."1

2. Sentencia única de instancia en el expediente T- 1981308.

Mediante decisión del primero (1º) de julio de 2008, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá resuelve declarar improcedente la acción de tutela presentada por Ana Milena Barrera Rojas contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A.

El juzgado único de instancia considera que la actora no cumple con los requisitos para ser considerada prepensionada. Ello porque, al momento de la liquidación definitiva de la entidad, no alcanza a cumplir los cincuenta (50) años de edad.

3. Sentencias en el expediente T- 2014902

3.1 Sentencia de primera instancia

El once (11) de junio de 2008, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá resuelve conceder el amparo deprecado por la señora González Camargo y ordena que, dentro de un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, la demandante sea reintegrada al cargo que venía ocupando en la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, cancelándole los salarios y demás prestaciones dejados de percibir mientras permaneció cesante, sin perjuicio del cruce de cuentas a que hubiere lugar, con relación a la indemnización que le fue reconocida.

En el parecer del juez, la demandante efectivamente cumplía los requisitos para ser admitida en el grupo de protección llamado "retén social", pues al momento de liquidación de la entidad tenía más de cincuenta años de edad y le faltaban menos de tres de servicio para acceder a la pensión convencional.

3.2 Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, Fiduagraria S.A. presenta impugnación en

su contra. Considera la entidad en su escrito, que la acción de tutela es improcedente para solucionar al caso de la señora González Camargo, porque existen otros mecanismos de defensa judicial de los intereses de la actora. Adicionalmente indica que no existe un perjuicio irremediable para la demandante, pues al finalizar la relación laboral le fue reconocida y pagada una indemnización, con la que ésta puede garantizar su mínimo vital

3.3 Sentencia de segunda instancia

El treinta (30) de julio de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoca la sentencia de primera instancia y, en su lugar, deniega el amparo reclamado por la actora.

El juez de segunda instancia considera que si bien es cierto que la ESE demandada no podía suprimir los cargos de aquellas personas que se encontraban a menos de tres años de acceder a la pensión por estar éstos incluidos en el “retén social” de la entidad, la demandante en el presente, aunque reúne el requisito de edad, solamente acreditó dieciséis (16) años y seis meses de servicios. Por ello, explica, se encontraba a más de tres años de adquirir el derecho de pensión.

III. TRÁMITE ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante auto de diez (10) de noviembre de 2008, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, al considerar necesaria la prueba de la edad de la señora María Teresa González Camargo, dispuso:

“PRIMERO: ORDENAR a la Secretaria General de esta Corporación, que solicite a la señora María Teresa González Camargo que aporte prueba de su edad al proceso de referencia T-2014902, en el término de dos (2) días contados a partir de la comunicación respectiva.”

1. Como resultado de la anterior actuación, mediante comunicación del trece (13) de noviembre de 2008, la señora María Teresa González Camargo aportó copia simple de su cédula de ciudadanía.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

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

2. Problema jurídico.

Esta Sala debe establecer si, en los casos que estudia, la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento y Fiduagraria S.A violaron los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital y al debido proceso, entre otros, de las demandantes, al no incluirlas en el programa de “retén social” de la primera empresa -que se encuentra en liquidación, pese a que estas últimas alegan cumplir con los requisitos exigidos para tal efecto por la Ley, en concordancia con lo exigido por la Convención Colectiva de Trabajo. Es necesario considerar que las demandadas alegan la falta de cumplimiento del requisito de encontrarse a menos de tres (3) años de cumplir los requerimientos para pensionarse, por parte de las demandantes, ya que en su entender, la Convención Colectiva invocada por éstas no les aplica, por referirse a los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales, calidad que tenían las demandantes pero que perdieron al escindirse dicho instituto, adquiriendo la calidad de empleadas públicas.

Para resolver el problema jurídico así planteado la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corte en materia (i) del límite temporal de la aplicación del retén social para los prepensionados, hará consideraciones relativas a la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento y la aplicación del retén social para los prepensionados y (ii) reiterará la jurisprudencia sobre la variación de régimen laboral de los servidores públicos y sus efectos en los derechos laborales en la escisión del Instituto de Seguros Sociales.

Luego abordará los casos en concreto.

3.- El límite temporal de la aplicación del retén social para los prepensionados. Reiteración de jurisprudencia.

Con el fin de renovar y modernizar la estructura de la administración pública -concretamente

de la rama ejecutiva del orden nacional-, el legislador expidió la Ley 790 de 2002. Consciente de que el proceso de renovación implicaría la eliminación de ciertas entidades, el legislador diseñó un plan de protección para las personas que podrían resultar más perjudicadas por dichas medidas. El legislador creó el llamado “retén social”, un dispositivo que impedía desvincular durante la reestructuración de dichas entidades a i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de 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 dicha ley². El texto de la norma 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”.

La Ley 790 de 2002 fue modificada por la Ley 812 de 2003 que, en su artículo 8º, dispuso que los beneficios del retén social se ampliaran hasta el 31 de enero de 2004. No obstante, en Sentencia C-991 de 2004, la Corte Constitucional declaró inexecutable el término de fenecimiento al considerar que para los prepensionados la ley no había fijado un lapso de aplicación del retén social, lo cual obligaba a cobijar con igualdad de protección a todos los beneficiarios del mismo. A partir de la sentencia de la Corte, la protección del retén social cobijó a todos los sujetos de protección indicados en la Ley 790 de 2002, hasta la culminación de los procesos de liquidación de las empresas.

En relación con las personas próximas a pensionarse, la ley 790 había fijado criterios para establecer quién era “prepensionado”: la norma dispuso que quienes dentro de los 3 años siguientes a la promulgación de la ley adquirieran el derecho a pensionarse no podrían ser desvinculados de la entidad pública. La modificación introducida en la Ley 812 de 2003 y la interpretación que de las mismas hizo la Corte Constitucional llevó a la conclusión de que la protección a las personas próximas a pensionarse debía concederse a aquellas personas que adquirirían el derecho a pensionarse dentro de los 3 años siguientes al decreto de liquidación

de la empresa, no desde la promulgación de la Ley 790 de 2002.

En efecto, en Sentencia T-009 de 2008, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional determinó que el lapso inicial establecido por la Ley 790 no podía contabilizarse a partir de la promulgación de dicha ley, especialmente porque la Ley 812 de 2003 lo había incorporado al plan general de renovación de la administración pública. De allí que dicho lapso debiera cumplirse en todas las liquidaciones, a partir de la decisión de liquidar la entidad pública.

Sobre el particular, la sentencia concluyó lo siguiente:

“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.

“Una conclusión contraria sería incongruente con el fin mismo de la Ley 812, pues implicaría admitir que esta ley extendió los beneficios del retén social para las personas próximas a pensionarse durante el plan de renovación de la administración pública, pero simultáneamente limitó dicha protección a quienes adquirieran el derecho dentro de los 3 años contados a partir de la promulgación de una ley expedida con 6 meses de anterioridad, que tenía contenido transitorio, con lo cual la supuesta protección podría extenderse, como máximo, dos años y medio después de la promulgación de la Ley 812.

“Adicionalmente, admitir que las madres y padres cabeza de familia y las personas discapacitadas sí pueden ser beneficiarios del retén social, pero los próximos a pensionarse no pueden serlo, implica contradecir la jurisprudencia de la Corte que reconoce que estas tres categorías se encuentran en similares condiciones de desprotección y merecen un trato

igualitario por parte de las entidades en proceso de reestructuraron.

“Ciertamente, no tendría ningún sentido que, sobre la base de la Sentencia C-991 de 2004 de la Corte Constitucional y de todas aquellas providencias que han reiterado la misma posición, las garantías del retén social se entregaran a las madres cabeza de familia y a las personas discapacitadas, pero no a las personas próximas a pensionarse, no obstante que es una conclusión irrefutable de la Corte que todos ellos, en su condición de sujetos de especial protección, están en circunstancias jurídicas asimilables.

“Así las cosas, para la Sala es claro 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 liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, tal como ha ocurrido con las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas discapacitadas”. (Sentencia T-009 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) (subrayado por fuera del original)

Esta tesis ya había sido fijada en Sentencia T-993 de 2007, en donde la Corporación señaló:

“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”. (Sentencia T-993 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

4. La supresión y liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento y la aplicación del retén social para los prepensionados.

La supresión y liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento se ordenaron mediante el artículo 1º del Decreto 3202 de 2007 de 24 de agosto de 2007. En dicho decreto, se designó -en el artículo 4º- liquidadora a la sociedad Fiduararia S.A., y se expusieron las razones que determinaron dichas decisiones, así:

“ Que la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento fue creada mediante el Decreto-ley 1750 de 2003, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social, que tiene por objeto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993;

Que de acuerdo con la evaluación realizada por la EPS del Instituto de Seguros Sociales, la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento presenta deficiencias en la calidad de la prestación de los servicios de salud, como se ha evidenciado en el incumplimiento por parte de la ESE de los estándares de oportunidad acordados para los servicios de consulta médica general, especializada y de consulta odontológica, así mismo, la ESE no ha cumplido con el suministro completo de medicamentos a pacientes hospitalizados en los servicios de urgencias, todo lo cual ha afectado los atributos de calidad, continuidad y seguridad en la prestación de los servicios de salud. Concluye el Instituto de los Seguros Sociales que esta situación ha sido persistente por parte de la ESE, al no cumplir con los parámetros de calidad pactados en los contratos con la EPS del Seguro Social, principal y prácticamente único comprador de servicios;

Que en materia de prestación de servicios el estudio técnico realizado por el Ministerio de la Protección Social evidenció que la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento, en su conjunto, registró una disminución en la producción de servicios de salud durante los últimos años, tanto en actividades ambulatorias de baja complejidad como en actividades hospitalarias de mediana y alta complejidad, el cual alcanzó porcentajes del 40% y 50% respectivamente, al comparar el número de actividades realizadas al cierre de las vigencias

2004 y 2006; conllevando a la insatisfacción de los usuarios por la inoportuna atención;

Que según el estudio técnico de evaluación administrativa elaborado por el Ministerio de la Protección Social, la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento presenta un déficit presupuestal proyectado al año 2007, superior a los Treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000) razón por la cual, la operación del último bimestre del año estaría amenazada y por lo tanto, estaría en riesgo la prestación de los servicios de salud a los afiliados de la EPS del ISS;

(...)

Que el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, establece que el Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional, previstos en el artículo 38 de la citada ley, cuando los resultados de las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuados por el Gobierno Nacional así lo aconsejen, o cuando se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, situación que se presenta en la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento;...” (Subrayas fuera del texto original)

Así pues, se observa que la liquidación de la E.S.E no tiene fundamento en la Ley de renovación de la Administración Pública, 790 de 2002, sino que se invoca como sustento normativo para su supresión el artículo 52 de la Ley 489 de 1998.

Sin embargo, pese a que la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento no se ordenó de acuerdo con las facultades contenidas en la Ley 790 de 2002, ello no implica que las disposiciones ahí contenidas en materia de “retén social” no sean aplicables en su caso. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia T-768 de 20053:

“ 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.

6.4. Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002.

Ahora bien, la liquidación forzosa administrativa constituye un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo, incluyendo, como es lógico, las prestaciones de orden laboral con la correspondiente prelación de créditos, a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores (artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial.⁴

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, es necesario observar que el gobierno nacional recogió en forma parcial lo anteriormente señalado en el mismo decreto 3202 de 2007, pues el párrafo del artículo 12, señala:

“...

Adicionalmente, en el decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007, “Por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, en Liquidación”, el gobierno nacional reiteró el espíritu de la anterior norma, e incluyó a los “prepensionados” que aquella había omitido:

“ ARTICULO CUARTO: Los servidores públicos en condición de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados, pensionables y embarazadas, 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. “(Subraya fuera del texto original)

Es necesario dejar en claro que la decisión de liquidar la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento no tuvo como fundamento la Ley 790 de 2002 ni la Ley 812 de 2003, pues el tiempo para el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional en la primera (art. 16) y la vigencia de la segunda se encontraban superados cuando, el 24 de agosto de 2007, se ordenó la supresión de la entidad. Así las cosas, esta decisión se tomó con fundamento en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 en concordancia con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política.

Sin embargo, el gobierno nacional estableció específicamente en relación con la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, en los decretos 3202 y 4992 de 2007, la protección del “retén social”, sin fijar en éstos los criterios para establecer cuándo los trabajadores de la misma tendrían derecho a dicha protección en la condición de prepensionados. Ahora bien, la Sala considera que sobre el particular deben aplicarse los principios que se aplicaron respecto del programa de renovación de la administración pública. Estos son, en síntesis, aquellos que

existieron por mandato de la Ley 790 de 2002 y la Ley 812 de 2003, y cuyos alcances fueron definidos en las sentencias C-991 de 2007, T-008 y T-108 de 2008. Lo anterior quiere decir que, en el caso de los “prepensionados” dicha calidad cobija a las personas que se encontraban a tres (3) años o menos de adquirir el derecho de pensión de vejez o de jubilación en el momento en que se ordenó la supresión y liquidación de la entidad, y que tal protección se extiende hasta cuando al trabajador se le reconozca la pensión o se de la liquidación definitiva de la entidad.

5. La variación de régimen laboral de los servidores públicos y sus efectos en los derechos laborales en la escisión del Instituto de Seguros Sociales.

Esta Corporación, mediante sentencias C-314 y C-349 de 2004, estudió la constitucionalidad de algunas normas del Decreto 1750 de 2003 “Por el cual se escinde el Instituto de Seguros sociales y se crean Empresas sociales del Estado”. Entre los diferentes cargos estudiados en las sentencias en mención, en ellas se definió lo relativo al posible desconocimiento de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva de los trabajadores oficiales del ISS que, por mandato del decreto, se convertían en empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas, por la posible pérdida de beneficios laborales reconocidos en la convención colectiva vigente.

En la sentencia C-349 de 2004, la Corte hizo un examen sistemático de la situación, que resulta pertinente traer a colación:

“

(....)

28. Según se dijo, la demanda considera que la incorporación “automática” y “sin solución de continuidad” decretada origina la vulneración de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, porque los trabajadores que pasaron de la categoría de oficiales para venir a ser empleados públicos perdieron los beneficios pactados en la convención vigente. Esta vulneración, sostienen, debería dar lugar a una indemnización.

Para resolver estos cargos la Corte debe tener en cuenta lo dicho en la reciente sentencia C-314/04 (M. P Marco Gerardo Monroy Cabra).

En este fallo se examinó detenidamente a la luz de la jurisprudencia precedente el problema de la posible afectación de derechos que podría originar en cabeza de los trabajadores el hecho del cambio de régimen jurídico determinado por efecto de reestructuraciones administrativas. En especial se estudiaron algunos apartes demandados de los artículos 16 y 18 del Decreto 1750 de 20035 frente a la acusación según la cual, en virtud de lo dispuesto en dichos apartes, se desconocía la protección constitucional especial al trabajo dispuesta por el artículo 25 superior y las garantías constitucionales de negociación colectiva y asociación sindical, por la posible pérdida de beneficios laborales de origen convencional. El estudio de la Corte concluyó que el aparte final del primer inciso del artículo 18 del Decreto bajo examen restringía la protección constitucional de las garantías laborales, porque únicamente hacía referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera esta misma categoría de derechos en materia salarial, así como los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos. Adicionalmente estimó que la definición de derechos adquiridos era ambigua, al no diferenciar entre prestaciones causadas y prestaciones que efectivamente hubieran ingresado al patrimonio jurídico del trabajador.

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 todo lo anterior, la Corporación estimó que la expresión “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas” era inexecutable, por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual trascendía la simple definición contenida en el artículo 18.” (Subrayas fuera del texto original)

Más adelante, la sentencia reiteró lo que la Corte ya había señalado en la sentencia C-314 de 2004, dando mayor claridad al alcance de su estudio de constitucionalidad de la norma y, por

contera, de los trabajadores de las nuevas entidades:

“

(...)

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.

Por todo lo anterior, la Corte no estima que las expresiones acusadas contenidas en el artículo 17 y en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 tengan la virtualidad de desconocer las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva por implicar la pérdida de los derechos emanados de la convención vigente.

No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías

convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004.” (Subrayas fuera del texto original)

Así pues, de los apartes anteriormente transcritos se deduce que la continuidad en la relación laboral de las personas que venían trabajando en el Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajadores oficiales y pasaron a formar parte de la planta de personal de las empresas sociales del Estado, como la Luís Carlos Galán Sarmiento, implicaba la continuidad de los derechos derivados de la convención colectiva del trabajo vigente.

Adicionalmente, la Sala observa, en relación con la vigencia de la Convención Laboral Colectiva pactada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social de 1 de noviembre de 2001, que el artículo 2º de dicho acuerdo, señala:

“ARTÍCULO 2. VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN

La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente.”

ARTÍCULO 478. Prórroga automática. A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

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 Luís Carlos Galán Sarmiento, en los términos de las sentencias C-314 y C-349 de 2004

6. Casos concretos

Las señoras Stella del Rosario Colmenares Millán, Ana Milena Barrera Rojas y María Teresa González Camargo consideran que la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A., en su condición de sociedad liquidadora de la primera, violan sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, entre otros, al no haberlas incluido dentro del programa de “retén social” de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, pese a que ellas, al momento de entrar en liquidación la entidad -ordenada ésta mediante decreto 3202 de 24 de agosto de 2007-, se encontraban a menos de tres (3) años de adquirir el derecho de pensión de jubilación de acuerdo con el régimen previsto en el decreto 1653 de 1977 y los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de la Entidad. En su sentir, la situación en la que se encontraban se ajustaba a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, y pertenecían por ello a la categoría de “prepensionados”.

Las entidades demandadas alegan, en su defensa, que las señora Colmenares Millán, Barrera Rojas y González Camargo no cumplían con los requisitos para ser incluidas en el “retén social” ya que en su entender, la Convención Colectiva invocada por éstas no les aplica, porque fue suscrita con los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales, calidad que tenían las demandantes pero que perdieron al escindirse dicho instituto, adquiriendo la calidad de empleadas públicas. Así las cosas -explican- no estaban a menos de tres años de pensionarse.

6.1 Consideraciones del caso concreto comunes a los expedientes T- 1972922, T-1981308 y T-2014902

En primer orden de ideas, la Sala desea referirse a la aplicación del “retén social” en la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, estableciendo con claridad que, de acuerdo con lo visto en las consideraciones generales de esta sentencia, debe dejarse establecido con claridad:

1) Que pese a que la liquidación de la ESE demandada no se dio dentro del marco del programa de renovación de la Administración Pública previsto en la Ley 790 de 2002 y la Ley 812 de 2003, el “retén social” debe ser aplicado en la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en los términos de la citada ley 790 de 2002, y de lo previsto en esta materia en la Ley 812 de 2003, de acuerdo con las declaraciones que al respecto hizo la sentencia C-991 de 2004, dictada por la Corte Constitucional y cuyos alcances fueron aclarados en jurisprudencia reciente.

2) Que, como consecuencia de lo anterior, para establecer si un empleado público puede catalogarse en la categoría de “prepensionado” con el objeto de ser incluido en el “retén social” debía estar a tres (3) años o menos de adquirir el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, contados a partir del momento en el que se ordenó la liquidación de la entidad.

3) Que, en contra de lo afirmado por las demandadas en los procesos de tutela, el cambio de la naturaleza de la relación laboral –esto es, la variación de la condición de trabajadores oficiales a la de empleados públicos- dispuesta en el decreto 1750 de 2003, no implica que los antiguos trabajadores del ISS quedaran excluidos de los beneficios de la convención colectiva de trabajo de dicha entidad.

4) Así pues, como consecuencia de lo anterior, a las personas que, el 24 de agosto de 2007, fecha en la que se decidió la liquidación de la entidad, se encontraban a tres (3) años o menos de acceder a la pensión de jubilación o de vejez prevista en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, debió cobijárseles con la protección del llamado “retén social”

5) Dicha protección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 consiste en la conservación de sus puestos de trabajo y, como lo ha expresado claramente la jurisprudencia de esta Corte, se extiende hasta “...que se le reconociera la pensión o se diera la liquidación definitiva de la entidad”⁷. Es necesario señalar con total claridad, que la jurisprudencia de esta Corte en materia de “retén social” nunca ha impedido la liquidación definitiva de una entidad, por lo que dicha protección se extiende hasta el último acto de liquidación de la empresa o hasta cuando la persona cobijada por ella se pensione, lo que ocurra primero.

Así las cosas, en el estudio de las situaciones planteadas por cada una de las demandantes,

para definir si se vulneraron o no sus derechos fundamentales, la Sala pasará a establecer si cumplían con los requisitos señalados, es decir, encontrarse a tres (3) años o menos de acceder a la pensión de jubilación o de vejez. Es de tener en cuenta que el requisito previsto en la Convención Colectiva del Trabajo para hacerlo, consistía, en el caso de las mujeres, en cumplir cincuenta (50) años de edad y acreditar por lo menos veinte (20) años como servidor público.

Las normas pertinentes de la Convención son las siguientes:

“Artículo 98. Pensión 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 periodo que se inicia a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(...)

Artículo 101. Acumulación de tiempo de servicios. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades...”

6.2 Consideraciones del caso concreto relativas al expediente T- 1972922.

La señora Stella del Rosario Colmenares Millán señala que ingresó a laborar en el Instituto de Seguros Sociales el siete (7) de noviembre de 1989, desempeñando el cargo de Odontóloga. Dicha afirmación se encuentra probada con certificado aportado por la demandante, que se encuentra en el folio 25 del expediente. Así las cosas, el 24 de agosto de 2007 contaba con más de diecisiete (17) años y siete (7) meses de servicio continuo en el ISS y la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento. Adicionalmente, como consta en el folio 23 del expediente, la actora laboró entre el 1º de septiembre de 1981 y el 1º de septiembre de 1982 para el Ministerio de Defensa Nacional, lo que computa otro año de servicios en su hoja de vida -en términos del artículo 101 de la Convención Colectiva del Trabajo- para un total superior a los dieciocho años y siete meses de servicio, contados hasta la fecha en la que se ordenó la liquidación de

la entidad. También debe considerar la Sala que, según la prueba que obra en el folio 28 del expediente, la señora Colmenares Millán nació el 24 de agosto de 1957, por lo que el día en el que inició la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, cumplió cincuenta años de edad.

Así las cosas, la Sala encuentra suficientemente probado que la demandante sí cumplía los requisitos para ser incluida en la categoría de “prepensionada” del “retén social” de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento. Por ello, la negativa de las entidades demandadas de reconocerle dicho estatus es violatoria de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. En consecuencia, en el presente caso, la Sala deberá revocar el fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el tres (3) de julio de 2008, que revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá el cinco (5) de junio de 2008, concediendo el amparo reclamado por la señora Colmenares Millán y, ordenando que, dentro de un término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, la demandante fuera reintegrada al cargo que venía ocupando en la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, cancelándole los salarios y prestaciones dejados de percibir mientras permaneció cesante, sin perjuicio del cruce de cuentas a que hubiere lugar, con relación a la indemnización que le fue reconocida.

Considera la Sala pertinente detenerse en el argumento del juez de segunda instancia en el presente proceso, según el cual, dado que la liquidación definitiva de la entidad se encontraba prevista para el 25 de agosto de 2008, la actora no alcanza a adquirir el derecho pensional en existencia de la E.S.E demandada. Sin duda alguna, esta Sala no considera ajustado a la jurisprudencia dicho argumento. Como se vio en un pasaje anterior de esta sentencia, la protección que otorga a los “prepensionados” el “retén social” se extiende hasta que se reconozca la pensión o se de la liquidación definitiva de la entidad, lo primero que ocurra, pero que no puede interpretarse que la existencia de éste impida la liquidación definitiva de la entidad.⁸ Dentro de este marco y asumiendo que son dos los supuestos que alternativamente dan lugar a la cesación de los efectos de la protección, esta Sala considera que el argumento del Tribunal carece de fundamento. Adicionalmente –en el parecer de esta Corporación– dicha tesis ignoró la realidad de los procesos de liquidación, que son complejos y que, en la mayoría de los casos deben ser prorrogados; ello ocurrió efectivamente en el caso de la E.S.E demandada, pues el 20 de agosto de 2008, mediante decreto 3057 de 2008,

el gobierno nacional decidió extender el proceso de liquidación hasta el 24 de febrero de 2009. Desea expresar la Sala con claridad, que el hecho de la terminación de la liquidación pone fin a la protección social, pero no puede servir a ningún juez de tutela como excusa para dejar de ordenar el restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados si la demanda de tutela se presenta antes de que la entidad demandada sea liquidada definitivamente.

6.3 Consideraciones del caso concreto relativas al expediente T-1981308

La señora Ana Milena Barrera Rojas señala que ingresó a laborar en el Instituto de Seguros Sociales el dos (2) de abril de 1991. Dicha afirmación no se encuentra probada en expediente, sino que por el contrario ahí consta que la demandante “ingresó al Instituto de Seguros Sociales el 5 de abril de 1993” según certificado aportado por la misma, que se encuentra en el folio 96 del expediente. Así las cosas, el 24 de agosto de 2007 contaba con más de catorce (14) años y cuatro meses de servicio continuo en el ISS y la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento. Sin embargo, en el mismo certificado, la Sala observa que la demandante estuvo nombrada en provisionalidad en diferentes ocasiones en el ISS, en el periodo comprendido entre 1987 y 1993; estos periodos suman un total de tres (3) años y siete (7) meses adicionales aproximados, y tienen que ser tenidos en cuenta en el cómputo total, pues la Convención Colectiva del Trabajo habla “de servicio continuo o discontinuo al Instituto” Adicionalmente, como consta en el folio 95 del expediente, la actora laboró entre el 24 de febrero de 1984 y el 28 de febrero de 1985 en la Caja Nacional de Previsión, entidad pública, lo que computa otro año de servicios en su hoja de vida -en términos del artículo 101 de la Convención Colectiva del Trabajo- para un total superior a los dieciocho (18) años y once (11) meses de servicio aproximados, contados hasta la fecha en la que se ordenó la liquidación de la entidad. También debe considerar la Sala que, según la prueba que obra en el folio 94 del expediente, la señora Barrera Rojas nació el 24 de julio de 1960, por lo que el día en el que inició la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, tenía 47 años y un (1) mes de vida, faltándole dos (2) años y once (11) meses para cumplir los cincuenta.

Así las cosas, la Sala encuentra suficientemente probado que la demandante sí cumplía los requisitos para ser incluida en la categoría de “prepensionada” del “retén social” de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento. Por ello, la negativa de las entidades demandadas de reconocerle dicho estatus es violatoria de sus derechos fundamentales a la igualdad, al

debido proceso y al trabajo. En consecuencia, en el presente caso, la Sala deberá revocar el fallo único de instancia proferido el primero (1º) de julio de 2008 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por Ana Milena Barrera Rojas contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A. En su lugar, concederá el amparo reclamado por la demandante y ordenará a las entidades demandadas que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegren a la señora Ana Milena Barrera Rojas a la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en un cargo igual o superior al que venía ocupando en dicha entidad, cancelándole los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir mientras permaneció cesante, previo cruce de cuentas o compensación si se ha indemnizado a la misma. El reintegro de la señora Barrera Rojas durará hasta cuando se le reconozca la pensión de jubilación o de vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

6.4 Consideraciones del caso concreto relativas al expediente T-2014902

La señora María Teresa González Camargo manifiesta que se vinculó laboralmente al Instituto de Seguros Sociales el seis (6) de marzo de 1992. Dicha afirmación se encuentra probada en expediente, en los folios 13 y 14. Así las cosas, el 24 de agosto de 2007 contaba con más de dieciséis (16) años y cinco (5) meses de servicio continuo en el ISS y la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento. Adicionalmente, como consta en el folio 55 del expediente, la actora laboró entre el 1º de enero de 1981 y el 13 de enero de 1982 en el ISS lo que computa más de un (1) año adicional de servicios. Así las cosas, la demandante acredita un total de más de diecisiete (17) años y cinco (5) meses de servicios hasta la fecha en la que se ordenó la liquidación de la entidad, faltándole menos de tres (3) años para cumplir con el requerimiento de tiempo de servicios previsto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Adicionalmente, de acuerdo con las pruebas aportadas por la demandante el trece (13) de noviembre de 2008, la Sala observa que la demandante nació el 28 de octubre de 1956, por lo que el 24 de agosto de 2007 tenía más de cincuenta y un (51) años de edad, cumpliendo de ésta manera el requisito de edad previsto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo.

En conclusión, la Sala encuentra suficientemente probado que la demandante sí cumplía los requisitos para ser incluida en la categoría de “prepensionada” del “retén social” de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento. Por ello, la negativa de las entidades demandada de reconocerle dicho estatus es violatoria de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. En consecuencia, en el presente caso, la Sala revocará la sentencia de treinta (30) de julio de 2008, mediante la cual la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el amparo concedido a la actora en primera instancia por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, el once (11) de junio de 2008. En su lugar, confirmará esta última sentencia.

V. DECISIÓN

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en el nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR, en el proceso de referencia T- 1972922, el fallo proferido, el tres (3) de julio de 2008, en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá el cinco (5) de junio de 2008, concediendo el amparo reclamado por Stella del Rosario Colmenares Millán contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A..

En su lugar, CONFIRMAR el fallo de primera instancia

Segundo: REVOCAR, en el proceso de referencia T-1981308, el fallo único de instancia proferido el primero (1º) de julio de 2008 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por Ana Milena Barrera Rojas contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A.

En su lugar, CONCEDER a la demandante el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.

En consecuencia, ORDENAR a la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la

notificación de la presente sentencia, reintegren a la señora Ana Milena Barrera Rojas a la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en un cargo igual o superior al que venía ocupando en dicha entidad, cancelándole los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir mientras permaneció cesante, previo cruce de cuentas o compensación si se ha indemnizado a la misma. El reintegro de la señora Barrera Rojas durará hasta cuando la demandante se le reconozca la pensión de jubilación o de vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

Tercero: REVOCAR, en el proceso de referencia T-2014902, la sentencia de treinta (30) de julio de 2008, mediante la cual la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el amparo concedido a la actora en primera instancia por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, en once (11) de junio de 2008, dentro de la acción de tutela iniciada por María Teresa González Camargo contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en liquidación, y Fiduagraria S.A.

En su lugar, CONFIRMAR el fallo de primera instancia.

Cuarto: LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Ausente en comisión

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

2 “...la política del ‘retén social’ deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como consecuencia del proceso de reforma de la administración pública.”

3 MP: Jaime Araújo Rentería

4 Sentencia C - 248 de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz.

5 Los apartes acusados de dichos artículos eran los siguientes, que aparecen subrayados:

“Artículo 16. Carácter de los servidores. Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales.

“Artículo 18. Del régimen de Salarios y Prestaciones. 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. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas.

“Parágrafo Transitorio. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales que automáticamente se incorporen en la nueva planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, y que en razón del régimen general para los empleados públicos no cumplan requisitos para la vinculación en cargos que les permita percibir cuando menos una asignación básica mensual igual a la que venían recibiendo, serán incorporados en el empleo para el cual los acrediten. En todo caso, el Gobierno Nacional adoptará las medidas con el fin de mantener la remuneración que venían percibiendo por concepto de asignación básica

mensual, puntos de antigüedad y prima técnica para médicos, la que devengarán mientras permanezcan en el cargo.”

6 Este aparte, se recuerda, es del siguiente tenor: “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”,

7 T-108 de 2008. MP: Jaime Araújo Rentería.

8 T-108 de 2008. MP: Jaime Araújo Rentería.