

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL-Procedencia

SUPRESION DE CARGOS EN ENTIDADES ESTATALES-Protección a prepensionados

ACCION DE TUTELA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Procedencia

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Alcance

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos para que se configure

RETEN SOCIAL Y PLAN DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección del retén social de personas próximas a pensionarse

RETEN SOCIAL-Aplicación Ley 790 de 2002 a situaciones de liquidación forzosa administrativa de entidades descentralizadas de orden territorial

Ley 790 DE 2002-Creó un límite de estabilidad laboral para madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados

LEY 812 DE 2003-Derogatoria de manera tácita de la limitación contenida en la Ley 790 de 2002

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO-Efectos del cambio de régimen laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos

SUSTITUCION PATRONAL-Elementos/SUSTITUCION PATRONAL-Protección del trabajador

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO-Reintegro al cargo

Referencia: expedientes T-1'952.506, T-1'987.754, 1'987.759, T-1'994.038

Peticionarias: Ana Esperanza Vélez Rodríguez, Myriam Leonor García Velasco, María Florinda Salamanca Niño y Adriana Cristina Angel Patiño,

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogota D.C., once (11) de diciembre de dos mil ocho (2008)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, ha proferido esta

SENTENCIA

en la revisión de los fallos adoptados por los jueces de tutela en los expedientes cuyo número de radicación y peticionario se indican a continuación: 1) expediente T-1'952.506 de Ana Esperanza Vélez Rodríguez contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, 2) expediente T-1'987.754, Myriam Leonor García Velasco, en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación; 3) T-1987.759, María Florinda Salamanca Niño en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, y 4) expediente T-1'994.038, Adriana Cristina Ángel Patiño en contra de Fiduagraria S.A., encargada de la liquidación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

Los expedientes de la referencia fueron acumulados por la Sala de Selección Número 8, en auto de selección del 22 de agosto de 2008.

I. ANTECEDENTES

La Sala procede a resumir uno a uno los hechos de los expedientes acumulados, con sus respectivas decisiones judiciales.

Expediente T-1'952.506

1. Hechos de la demanda

a. La demandante asegura que se vinculó al ISS en 1991, como bacterióloga, pero con la liquidación de la empresa, fue automáticamente vinculada a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

b. El 24 de agosto de 2007 se liquidó la ESE y a pesar de que la peticionaria solicitó no ser desvinculada por estar próxima a pensionarse, el 8 de enero de 2008 se le notificó la

supresión del cargo y la consecuente desvinculación de la empresa.

c. Sostiene que se vulnera su derecho a la igualdad porque otros trabajadores puestos en sus mismas condiciones sí fueron dejados en sus cargos.

d. Además, la decisión de no dejarla en el cargo vulnera su derecho al trabajo y a la seguridad social.

e. Sostiene que al momento de presentar la tutela le faltaba un año y siete meses para cumplir la edad de pensión convencional y cerca de un año para el tiempo de servicios.

f. Dice que la desvinculación la afecta gravemente en su mínimo vital pues mantiene a su familia, dos hijos menores, y le impide cubrir las deudas, especialmente una adquirida con el Fondo Nacional del Ahorro.

2. Peticiones

La demandante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y que se ordene el reintegro a la entidad, más el reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir, incluidos los aportes de seguridad social dejados de hacer.

3. Razones jurídicas de la pretensión

Dice la demandante que la empresa social del Estado le desconoció el derecho a permanecer vinculada mientras se surtía el proceso de liquidación. Dice que la estabilidad laboral reforzada es de origen constitucional y debe protegerse; que su condición de prepensionada la ubica en esa franja de personas protegidas; que la decisión de la empresa afecta su mínimo vital, teniendo en cuenta los gastos que debe hacer para mantener a su familia, que se vulneró su derecho al debido proceso por cuanto la supresión del cargo exigía que se la reubicara en otro, y que la convención colectiva es aplicable en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional (Sentencia C-349 de 2004).

4. Contestación de la demanda

En memorial del 7 de mayo de 2008, la abogada Magdalena Sabogal de Urrego, en representación de Fiduagraria S.A., sociedad encargada de la liquidación de la ESE Luis

Carlos Galán Sarmiento, dio contestación a la demanda. Señaló que la tutela es mecanismo improcedente para obtener el reintegro laboral o el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales; indicó que la peticionaria no se enfrenta –o no lo demostró- a un perjuicio irremediable por razón de su desvinculación de la empresa, más todavía cuando recibió una indemnización superior a los 60 millones de pesos y tiene en su haber 3 inmuebles y un vehículo; que la convención colectiva de trabajo suscrita con el ISS no es aplicable a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento; que la ESE no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud, por lo que no puede vincular personal destinado a esas labores; que los actos de supresión de la entidad se presumen válidos y son demandables ante la jurisdicción administrativa; que la demandante no presentó los recursos contra la decisión que no le concedió la calidad de prepensionada; que la demandante no ha cumplido la edad para quedar cobijada por el régimen de transición.

En el proceso intervino Caprecom para indicar que es una empresa totalmente independiente de Fidagraria y que no tiene ninguna relación laboral con la demandante, por lo que no puede verse afectada por la decisión que pueda tomar el juez de tutela.

5. Sentencia de primera instancia

En providencia del 26 de marzo de 2008, el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Bogotá concedió el amparo solicitado por considerar que la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán se dio en el marco de renovación de la administración pública, proceso en el cual se dio aplicación a las normas del retén social y se dispuso la protección de personas próximas a pensionarse. Como según las cuentas aportadas por la entidad, a la peticionaria le faltaban menos de tres años para pensionarse, la misma era titular de la protección del retén social.

La decisión judicial ordena al liquidador de la empresa celebrar un contrato con una entidad pública para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público hasta la enajenación definitiva de los bienes.

6. Impugnación

Fidagraria S.A. impugnó la decisión en memorial del 25 de marzo de 2008. Se ratificó en que la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener el reintegro de la demandante ni para garantizar el pago de las prestaciones y salarios dejados de percibir; que la ESE Luis

Carlos Galán no puede adelantar tareas distintas a las tendientes a su liquidación, por lo que no es posible que preste servicios médicos a posibles usuarios: la empresa simplemente no tiene funciones para realizar en materia de salud; que la demandante no afronta un perjuicio irremediable porque recibió una indemnización superior a los 62 millones de pesos; que en la liquidación de la empresa se han seguido los lineamientos legales y se han cumplido las directrices administrativa; que la protección a las personas próximas a pensionarse se extendió hasta el 24 de julio de 2007, tal como lo indicó la Sentencia T-993 de 2007, por lo que no existía obligación legal de incluir a la peticionaria en el retén social, y que de cualquier manera ésta no cumplía con la edad requerida para se incluida.

7. Sentencia de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 29 de mayo de 2008, revocó la decisión de primera instancia por considerar que la desvinculación de la demandante no la enfrentó a una situación de indefensión que haga necesaria la protección tutelar, pues aquella recibió una indemnización que minimiza su pretendido desamparo económico. Agrega que se trata de una profesional de 48 años en capacidad laboral, lo que excluye el perjuicio irremediable. Los problemas derivados de su desvinculación deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria.

Expediente T-1'987.754

1. Hechos de la demanda

a. La demandante afirma que ingresó a la entidad el 3 de julio de 1987 y últimamente laboraba como ayudante grado 6, en calidad de trabajadora oficial.

b. El 12 de mayo de 2008 se le informó de la supresión del cargo.

c. Afirma que tiene derecho a la pensión de jubilación convencional, porque trabajó 20 años, 10 meses y 9 días. Incluso, advierte que sólo le faltaba un (1) año, 6 meses para adquirir el derecho a la pensión de vejez; y que no le faltaría tiempo sino fuera porque la entidad dejó de cotizar tres (3) años al sistema general de seguridad social.

d. Solicitó el ingreso al retén social pero la entidad accionada le aseguró que el plazo de protección había vencido el 27 de diciembre de 2005. Incluso le advierte la entidad que le faltan 2 años y 6 meses para pensionarse.

e. Dice que vive sola y debe responder por un crédito hipotecario y que su único ingreso provenía de su trabajo.

2. Peticiones

La demandante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y que se ordene el reintegro a la entidad, más el reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir.

3. Razones jurídicas de la pretensión

Considera que según sus cuentas le hace falta un (1) año y 6 meses para adquirir el derecho a la pensión aunque la empresa alegue que son 2 años y medio. No obstante, sostiene que el término de protección de las personas prepensionadas fue ampliado por la Corte Constitucional y actualmente es de 3 años contados a partir de la liquidación de la empresa.

Agrega que la tutela es el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos, que se está vulnerando su derecho al trabajo y las normas del retén social, vías por las cuales se desconoce su derecho a la vida digna.

4. Contestación de la demanda

En memorial del 22 de mayo de 2008, la abogada Magdalena Sabogal de Urrego, en representación de Fiduagraria S.A., sociedad encargada de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, dio contestación a la demanda y sostuvo que la tutela no es el medio para reclamar el reconocimiento de prestaciones laborales ni de obtener el reintegro a un cargo; que la demandante no se encuentra en condiciones de sufrir un perjuicio irremediable; que a los trabajadores de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no les es aplicable la convención colectiva suscrita con el ISS; que en virtud de la liquidación, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no puede adelantar ninguna actividad que no tienda a la desaparición efectiva de la empresa, por lo que no podría reintegrar a ningún trabajador encargado de

prestar el servicio público médico; que la peticionaria recibió una indemnización por el despido injustificado, y que la demandante no cumplía con las condiciones para beneficiarse del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que además le faltaban cerca de 6 años para cumplir los requisitos de pensión de vejez, por lo que no podía ser incluida en el retén social. Reitera que a la demandante le faltaban más de 3 años para la pensión de vejez, por lo que no podía ser beneficiaria del retén social.

5. Sentencia de primera instancia

6. Impugnación

En memorial del 5 de junio de 2008 la demandante impugnó la decisión por considerar que en su caso la tutela es el único medio de defensa judicial dado que la empresa demandada se encuentra en liquidación, lo que hace suponer la inaplicabilidad del fallo del juez ordinario una vez éste se produjera. En lo demás, reitera los argumentos de la demanda.

7. Sentencia de segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 8 de julio de 2008, confirmó la decisión de primera instancia. A su juicio, la demandante no aportó prueba de las semanas cotizadas y del tiempo que le hace falta para cumplir con los requisitos para la adquisición de la pensión. Adicionalmente, la peticionaria no presentó prueba de la convención colectiva, fuente del derecho que reclama, por lo que el conflicto sobre la aplicabilidad de la misma no puede resolverse en sede de tutela.

Expediente T-1'987.759

1. Hechos de la demanda

a. La demandante laboraba como enfermera desde el 6 de diciembre de 1984 en calidad de trabajadora oficial.

b. El 10 de mayo de 2008 se le informó de la supresión del cargo.

c. Afirma que tiene derecho a la pensión de jubilación convencional, porque trabajó 19 años,

8 meses y 20 días, lo que significa que cuando fue desvinculada le faltaban menos de dos meses para adquirir el derecho a la pensión y menos de dos años para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

d. Dice que tiene derecho a la protección del retén social para prepensionados pues al momento de la liquidación le hacían falta menos de 3 años para pensionarse.

2. Peticiones

La demandante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y que se ordene el reintegro a la entidad, más el reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir.

3. Razones jurídicas de la pretensión

Considera que su situación es precaria y no existe otro mecanismo judicial de defensa, dado que la justicia ordinaria produciría el fallo una vez liquidada la empresa; asegura que tiene derecho a la protección del retén social, por ser persona próxima a pensionarse, tal como lo han reconocido varios fallos de la Corte Constitucional; que su condición es de persona puesta en estado de debilidad manifiesta y que la decisión de la ESE vulnera sus derechos al trabajo y a la vida digna.

4. Contestación de la demanda

En memorial del 18 de junio de 2008, la abogada Magdalena Sabogal de Urrego, en representación de Fiduagraria S.A., sociedad encargada de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, dio respuesta a la demanda y aseguró que la tutela no es el medio para reclamar el reconocimiento de prestaciones laborales ni de obtener el reintegro a un cargo; que la demandante no se encuentra en condiciones de sufrir un perjuicio irremediable; que a los trabajadores de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no les es aplicable la convención colectiva suscrita con el ISS; que en virtud de la liquidación, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no puede adelantar ninguna actividad que no tienda a la desaparición efectiva de la empresa, por lo que no podría reintegrar a ningún trabajador encargado de prestar el servicio público médico; que la peticionaria recibió una indemnización por el despido injustificado, y que la demandante no cumplía con las condiciones para beneficiarse

del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que además le faltaban cerca de 6 años para cumplir los requisitos de pensión de vejez, por lo que no podía ser incluida en el retén social.

5. Sentencia de primera instancia

En providencia del 20 de junio de 2008, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá denegó la protección solicitada. La providencia estimó que para la satisfacción de las pretensiones de la demandante existen otros mecanismos judiciales de defensa que la misma debe agotar antes de acudir a la tutela.

Por otro lado, el despacho transcribe apartes de varias sentencias de la Corte Constitucional que tienen que ver con el tema de protección a prepensionados de empresas del Estado en liquidación. Luego de la transcripción, advierte que la demandante no cumplía 20 años de servicios al momento de la liquidación, sino 18 años, 8 meses y 6 días, por lo que no pudo haber sido calificada como prepensionada.

6. Impugnación

En memorial del 25 de junio de 2008 la peticionaria interpuso recurso de apelación. Advirtió que la acción ordinaria no es el medio idóneo para pedir la protección de sus derechos fundamentales porque la empresa se encuentra en liquidación, lo que hace suponer que no existiría para la fecha en que deba pronunciarse la justicia ordinaria. Señala que se está vulnerando su derecho al trabajo y que el retén social no tiene término de vigencia.

7. Sentencia de segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 14 de julio de 2008, confirmó la decisión al considerar que la peticionaria no se encuentra en condición de persona desprotegida por cuanto no demostró su condición de persona próxima a pensionarse. Agrega que como la demandante no allegó la convención colectiva de la cual dice derivarse el derecho a pensionarse a determinada edad, no es posible tener en cuenta lo reclamado por aquella. Adicionalmente, no cumple la demandante con el requisito para acceder a la pensión de conformidad con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no cumplir las condiciones de edad y tiempo de servicio. Así, por no cumplir

los requisitos para ser considerada como prepensionada, pero no por haberse extinguido el lapso de protección fijado por la Ley 790 de 2002, modificado por la Corte Constitucional en el entendido de que éste rige mientras se liquida la entidad, el Tribunal confirma la decisión de negar el amparo.

1. Hechos de la demanda

a. La demandante trabajaba en el Instituto de Seguros Sociales hasta que la entidad fue liquidada por disposición del Decreto 1750 de 2003.

b. En virtud del mismo decreto, la demandante fue vinculada a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, en el mismo cargo que desempeñaba en el ISS, sin solución de continuidad.

c. Fiduagraria S.A. fue encargada de la liquidación de la empresa, proceso en el cual, en aplicación del Decreto 3202 de 2007, otorgó la protección derivada del retén social a las madres cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse.

d. La demandante advirtió a la liquidadora su carácter de prepensionada, pues, contados a partir del momento de la liquidación de la empresa, le faltaban menos de 3 años para adquirir el derecho a pensionarse.

e. La entidad liquidadora negó el derecho al retén social por considerar que los 3 años de protección para las personas prepensionadas vencieron en 2005.

2. Peticiones

La accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y que se ordene el reintegro a la entidad, más el reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir.

3. Razones jurídicas de la pretensión

Considera que la convención colectiva de la que es beneficiaria se encuentra vigente y, según dicha convención, habría adquirido el derecho a pensionarse dentro de los 3 años siguientes a la fecha de liquidación de la empresa. Dice que tal reconocimiento se encuentra

consignado en la Sentencia C-991 de 2004 de la Corte, y en otros pronunciamientos que ofrecen protección a las personas próximas a pensionarse, como es el caso de la tutela T-009 de 2008, de esta Corporación.

4. Contestación de la demanda

En memorial del 29 de mayo de 2008, la abogada Magdalena Sabogal de Urrego, en representación de Fiduagraria S.A., sociedad encargada de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, dio respuesta a la demanda y aseguró que la tutela no es el medio para reclamar el reconocimiento de prestaciones laborales ni de obtener el reintegro a un cargo; que la demandante no se encuentra en condiciones de sufrir un perjuicio irremediable; que a los trabajadores de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no les es aplicable la convención colectiva suscrita con el ISS; que en virtud de la liquidación, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no puede adelantar ninguna actividad que no tienda a la desaparición efectiva de la empresa, por lo que no podría reintegrar a ningún trabajador encargado de prestar el servicio público médico; que la peticionaria recibió una indemnización por el despido injustificado, y que la demandante no cumplía con las condiciones para beneficiarse del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues le faltaban cerca de 9 años para cumplir los requisitos de pensión.

5. Sentencia de primera instancia

En providencia del 6 de junio de 2008, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá denegó la protección solicitada por considerar que la tutela es improcedente para ordenar el reintegro laboral, pues para ello existen los medios ordinarios de defensa.

6. Impugnación

En memorial del 10 de junio de 2008 la peticionaria interpuso recurso de apelación en el que reiteró los argumentos de la demanda, pero enfatizó en la procedencia de la tutela para obtener la protección de los derechos solicitados.

7. Sentencia de segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 18 de julio de 2008, confirmó la decisión de primera instancia. Según el Tribunal, cuando la

demandante ingresó a trabajar a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, adquirió la condición de empleada pública, por lo que no le era aplicable el régimen de la convención colectiva de trabajo suscrita en el ISS.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de tutela de los asuntos acumulados en este proceso.

2. Problema jurídico

Los procesos de la referencia fueron acumulados por presentar identidad de materia: el problema jurídico común consiste en determinar si las peticionarias, en calidad de personas próximas a pensionarse, debieron ser incluidas en el retén social que se puso en marcha en el proceso de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento por parte de su liquidadora, Fiduagraria S.A. La resolución del problema jurídico planteado exige, no obstante, la aclaración previa de otros interrogantes jurídicos relativos a los alcances de la acción de tutela, las implicaciones del retén social, el concepto de prepensionados y los requisitos exigidos por la ley para recibir los beneficios derivados de dicha política protectora.

Como la jurisprudencia de la Corte ya se ha ocupado de despejar dichos interrogantes, en la parte general de esta providencia la Sala reiterará la posición establecida del tribunal. En este sentido, recordará la jurisprudencia sobre procedencia de la acción de tutela para obtener la protección de los derechos derivados del retén social e insistirá en la doctrina constitucional sobre el amparo que en dicho contexto se ha venido concediendo a las personas próximas a pensionarse. Posteriormente, la Sala resolverá cada una de las demandas y determinará en los cuatro casos si las peticionarias tenían o no el derecho a beneficiarse de las normas del retén social, habida cuenta de su comprobada calidad de prepensionadas.

3. Procedencia de la acción de tutela para obtener la aplicación de las normas del retén social

Las demandantes solicitan por vía de tutela que el juez de conocimiento ordene su reintegro a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento –en liquidación- y disponga el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir. Sostienen que por tener la calidad de personas próximas a pensionarse, no podían ser desvinculadas sino hasta que culminara el proceso de liquidación de la empresa.

La regla general de la jurisprudencia es que la acción de tutela no procede para ordenar el reintegro laboral ni para pedir el pago de acreencias derivadas de las relaciones de trabajo. La Sentencia T-768 de 2005 recordó dicho principio al advertir.

“Como regla general la acción de tutela no es el medio idóneo para reclamar las prestaciones sociales derivadas una relación laboral. Teniendo en cuenta las competencias de las diferentes jurisdicciones, es la jurisdicción laboral quien, en principio, está llamada a prestar su concurso para decidir controversias que se inscriben en el desarrollo de un contrato de trabajo.

“En este orden de ideas, las pretensiones que están dirigidas, por ejemplo, a obtener el pago de salarios, el reconocimiento de prestaciones sociales, el reconocimiento o reliquidación de pensiones, la sustitución patronal, el reintegro de trabajadores y, en fin, todas aquellas prestaciones que derivan su causa jurídica de la existencia de una relación laboral previa, en principio, no están llamadas a prosperar por vía de la acción de tutela, en consideración al criterio de subsidiaridad que reviste la protección constitucional”. (Sentencia T-768 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería) (subrayas fuera del original)

Esta jurisprudencia advierte que la tutela es, en principio, un medio inadecuado para elevar pretensiones de orden laboral, pues, por disposición de la Constitución Política, éste es un mecanismo residual de protección judicial. En ese sentido, los asociados deben acudir en primera instancia a la jurisdicción ordinaria para ventilar los asuntos que ponen en riesgo sus garantías constitucionales. Sobre el particular, la Corte sostuvo:

“(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre

todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)¹ y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).” (Sentencia T-514 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Ahora bien, pese a que la tutela es un medio subsidiario y residual de protección de derechos fundamentales, la Constitución permite que se recurra a ella cuando los medios principales de defensa son insuficientes para conjurar un perjuicio irremediable. Por ello, si las circunstancias fácticas enfrentan al titular del derecho a un perjuicio irremediable, no puede el juez de tutela exigirle al afectado acudir primero a los medios ordinarios de defensa. En otros términos, frente a la existencia de un perjuicio de esta magnitud, la tutela se convierte en mecanismo principal de defensa judicial.

Ahora bien, la existencia del perjuicio irremediable depende de la valoración que se haga de las circunstancias específicas del caso. El perjuicio irremediable se determina según las particularidades del conflicto jurídico que debe resolverse. No obstante, para facilitar la identificación del perjuicio que adquiere tal categoría, la jurisprudencia constitucional ha señalado varios criterios de análisis. En un sentido general, la jurisprudencia ha sostenido que un perjuicio es irremediable cuando se cierne sobre un derecho fundamental de manera grave y urgente, y requiere de la adopción de medidas impostergables. La jurisprudencia ha definido esos criterios del siguiente modo:

“Como lo ha indicado esta Corporación, por perjuicio irremediable debe entenderse “(..) aquel daño que puede sufrir un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico, siempre y cuando sea inminente, grave, requiera la adopción de medidas urgentes y, por lo tanto, impostergables y que se trate de la afectación directa o indirecta de un derecho constitucional fundamental y no de otros como los subjetivos, personales, reales o de crédito y los económicos y sociales, para los que existen vías judiciales ordinarias”². Si no concurren los anteriores supuestos y no se ha demostrado la inminente configuración del perjuicio irremediable, la acción de tutela no será procedente cuando existen medios jurisdiccionales alternativos para la protección de los derechos presuntamente vulnerados o

amenazados, pues el juez de tutela no puede suplantar a los jueces naturales de los diferentes asuntos”. (Sentencia T-1496 de 2000 M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez)

La Corte definió así los elementos del perjuicio irremediable, en providencia que constituye punto de referencia en la materia:

“El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el “efecto de perjudicar o perjudicarse”, y perjudicar significa -según el mismo Diccionario- “ocasionar daño o menoscabo material o moral”. Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.

“La diferencia específica la encontramos en la voz “irremediable”. La primera noción que nos da el Diccionario es “que no se puede remediar”, y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal de la oportunidad de la urgencia.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una

persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio". (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Conocido el planteamiento general sobre la figura del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha llegado a la conclusión de que las personas que reclaman la aplicación de los beneficios derivados del retén social pueden acudir a la tutela para satisfacer sus pretensiones laborales.

Ciertamente, de acuerdo con la sentencia de unificación SU-389 de 20053, la tutela es el mecanismo judicial procedente para aplicar las normas del retén social porque éstas tienen como objetivo el amparo de personas puestas en condiciones especiales de vulnerabilidad, en el marco de procesos de reestructuración de entidades públicas. Así lo entendió la Corte al señalar.

"La vista de la doctrina anterior permite elaborar las siguientes subreglas jurisprudenciales en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la aplicación del retén social:

"i) El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 7909 de 2002.

"ii) El retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a la mujer cabeza de familia de no ser desvinculada con ocasión del proceso de renovación de la administración pública;

"iii) Se ha demostrado que en estos eventos existe perjuicio irremediable, pues con la aplicación del Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790

de 2003, las madres cabeza de familias como beneficiarias del retén social pierden el empleo “del que derivan su único sustento”, con lo que queda desprotegido su núcleo familiar y en particular se ven afectados los derechos fundamentales de sus hijos menores.

“(…)

“Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo.” (Sentencia SU-389 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería)

Concretamente, respecto de personas protegidas por el retén social en calidad de sujetos próximos a pensionarse, la Corte sostuvo que la tutela es un mecanismo idóneo de protección judicial porque permite ventilar la pretensión del trabajador en un tiempo menor del que previsiblemente duran los procesos de liquidación de las empresas respecto de las cuales se reclama el derecho. Sobre el particular, la Sentencia T-009 de 2008 precisó:

“Ciertamente, la panorámica general del caso le revela a la Sala que la afrenta irremediable se cierne contra el derecho a adquirir una pensión, de un individuo que estaba en vía inequívoca de adquirirla. Y aunque para los fines de su reconocimiento sería posible acudir a la jurisdicción ordinaria, es previsible que para cuando se produzca el fallo judicial la entidad suprimida haya sido plenamente liquidada y la peticionaria no encuentre a quién reclamar su derecho pensional vitalicio. También es previsible que en las circunstancias actuales de la demandante, la misma vea limitadas sus posibilidades reales de conseguir un empleo que le permita completar la edad para pensionarse, que de cualquier manera no sería la consagrada en la convención colectiva de trabajo.” (Sentencia T-009 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En el caso concreto, las peticionarias acuden a la tutela para que el juez de conocimiento ordene el reintegro al cargo que desempeñaban, pues su alegada calidad de prepensionadas les confería la potestad de permanecer en él hasta la liquidación definitiva de la empresa. Existe una alta probabilidad de que si las demandantes se ven obligadas a acudir a la jurisdicción ordinaria, el fallo se produzca con posterioridad a la liquidación definitiva de la

empresa. Este hecho, aunado a la circunstancia de que la protección a otros sujetos del retén social podría generar una violación al derecho a la igualdad, hacen que esta Sala admita la procedencia de la tutela para resolver la petición de las tutelantes.

4. Los derechos de los que están próximos a pensionarse tienen protección constitucional

Las demandantes de la referencia solicitan la protección de los derechos derivados del retén social en su condición de personas próximas a pensionarse. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución Política confiere una protección especial a las personas que ven cerca la adquisición del derecho a pensionarse y ha señalado que la ley puede establecer mecanismos de protección de esa expectativa legítima frente a posibles cambios de regulación o de régimen jurídico. Sobre este particular, la Corte sostuvo:

“Los mecanismos de protección de las expectativas legítimas de adquisición de derechos sociales se fundan en el reconocimiento de la calidad de los aspirantes. En efecto, estos mecanismos protegen las esperanzas de personas que ingresaron a trabajar con anticipación considerable, que han cotizado al sistema por lo menos la mitad de su vida laboral y han cifrado parte de su futuro en un retiro próximo, con el anhelo de disfrutar del mismo hasta una edad probable promedio. No son, pues, las expectativas lejanas de quienes apenas se vinculan al mercado laboral, empiezan a cotizar al régimen de pensiones o guardan energías para diseñar su retiro en un futuro incierto.

“Aunque en este punto es evidente que es al legislador al que le corresponde determinar quiénes están más cerca o más lejos de adquirir el derecho a la pensión, también lo es que, una vez se establece la diferencia, los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad imponen un tratamiento más benigno para quienes más cerca están de pensionarse. De allí que se justifique que sus expectativas de adquisición sean protegidas con mayor rigor que las comunes, y que se les permita pensionarse de conformidad con el régimen al cual inicialmente se acogieron. No obstante, ¿en qué consiste esta especial consideración que el legislador debe tener por quienes están próximos a pensionarse? Para determinar el alcance de la misma esta Sala considera útil adentrarse un poco en la jurisprudencia constitucional pertinente.” (T-009 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En conclusión, la jurisprudencia reconoce como válido que el legislador diseñe regímenes de

protección para personas que en un tiempo razonablemente corto adquirirían el derecho a pensionarse. A juicio de la Corte, el retén social es un sistema que responde a esa necesidad, pues permite que en los procesos de liquidación de ciertas entidades del Estado, las personas próximas a adquirir el derecho a pensionarse no sean retiradas hasta el final de la liquidación efectiva de la entidad.

En el caso de la referencia, las demandantes son personas próximas a pensionarse, pues a todas les faltan pocos años para adquirir el derecho, según se establecerá más adelante.

5. Los derechos de los prepensionados en el retén social

Con el fin de renovar y modernizar la estructura de la administración pública –concretamente de la rama ejecutiva-, 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 altamente perjudicadas por dichas medidas. El legislador creó el 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 ley⁴. 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 extendieran 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 un plazo de protección: 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 de 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 a la liquidación de la empresa, no desde la promulgación de la Ley.

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)

6. Derechos de los prepensionados en la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento

Ahora bien, está claro que el retén social fue una medida de protección dirigida a personas puestas en condiciones de especial vulnerabilidad que se implantó en el marco del programa de renovación y modernización de la administración pública.

El propio artículo 8º, literal D), de la Ley 812 de 2003 lo establece al señalar:

Los beneficios consagrados en el Capítulo 2 de la Ley 790 de 2002, se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, a partir del 1º de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004.

No obstante, del texto del decreto de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no es posible inferir inmediatamente que la empresa haya sido liquidada en el marco del plan de renovación de la administración pública, sino como resultado de la evaluación negativa de las condiciones financieras y de servicio de la entidad que condujeron a que el Presidente adoptara tal decisión en desarrollo de las facultades legales ordinarias que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998.

Efectivamente, el encabezado del Decreto 3202 de 2007, por el que se liquida la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento dispone: "El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto -Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, y CONSIDERANDO...".

En concordancia con lo anterior, el artículo 189-15 de la Constitución autoriza al Presidente para "Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley" y el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dispone que el Presidente de la República "podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y

organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando”:

“1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.

“2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.

“3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.

“4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

“5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

“6. Siempre que como consecuencia de la descentralización o desconcentración de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

“Parágrafo 1°. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

“Parágrafo 2°. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza”.

El Presidente de la República liquidó la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento porque, según las motivaciones del Decreto 3202 de 2007, el estudio técnico adelantado por el Ministerio de Protección Social “evidenció que los ingresos generados por la operación comercial de la empresa no dejan ningún margen de recursos para aplicar a inversión física, reposición tecnológica o desarrollo empresarial”. Adicionalmente, porque dicho estudio concluyó que “la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento es una empresa con baja capacidad competitiva, derivada de una organización inadecuada, graves desequilibrios financieros, la obsolescencia de su tecnología e infraestructura, altos niveles de ineficiencia en su operación y cuestionados niveles en la calidad de sus servicios”, y además porque dicha empresa, “no avizora una mejoría en la prestación del servicio por los requerimientos de inversión en tecnología y en el reforzamiento estructural de sus unidades hospitalarias”.

De las prescripciones citadas no resulta evidente a primera vista que la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento haya sido liquidada en el programa de renovación de la administración pública, lo cual, en principio, conduciría a pensar que no le eran aplicables las normas del retén social.

No obstante, por disposición expresa del Decreto 4992 de 2007, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento incorporó las disposiciones del retén social a su proceso de liquidación, con lo cual se obligó a proteger a las personas puestas en condiciones de vulnerabilidad según las definiciones de la Ley 790. Así, el artículo 4º del decreto en mención establece.

“DECRETO 4992 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.

Además, en respuesta expedida a esta misma Sala de Revisión por el Departamento Nacional de Planeación, en el proceso correspondiente al expediente T-1'968.373, dicha dependencia informó a la Corte que la supresión y liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento sí había sido liquidada en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, “de conformidad con los lineamientos definidos por el Presidente de la República en la directiva N° 10 del 20 de agosto de 2002”, lo cual despeja toda duda sobre la aplicación del retén social.

En la medida de lo dicho, para la Sala es perfectamente legítimo que los prepensionados que

se consideran con derecho a recibir los beneficios del retén social reclamen por vía de tutela la protección de sus derechos, pues al haber abierto las puertas de dicha herramienta jurídica, la empresa se obligó a proteger en condiciones de igualdad a las personas puestas en condiciones de vulnerabilidad de conformidad con la descripción hecha por la Ley 790 de 2002.

Lo otro sería reconocer que, en vulneración del principio de igualdad constitucional, la norma únicamente benefició a las madres y padres cabeza de familia, así como a los discapacitados, pero no a las personas próximas a pensionarse, que también habían sido cobijadas por esta reglamentación de protección.

7. El debate sobre la aplicación de la convención colectiva a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento

Establecido que en el proceso de liquidación de la entidad se aplicaron las normas del retén social y debieron aplicarse las relativas a las personas pensionables, es pertinente aclarar que las demandantes de esta oportunidad alegan cumplir con las condiciones de prepensionadas y, por tanto, de estar en posición de exigir la protección ofrecida por la Ley 790 de 2002 y la Ley 812 de 2003 o retén social. En efecto, las demandantes de estos procesos alegan que adquirieron la condición de prepensionadas en virtud de las normas de la convención colectiva suscrita por el ISS y el sindicato de la entidad, convención que benefició a los trabajadores oficiales que luego fueron trasladados a las empresas del Estado que surgieron como resultado de la escisión del ISS, en calidad de empleados públicos.

Sobre este particular vale la pena hacer el siguiente recuento histórico del proceso jurídico de incorporación.

El ISS fue escindido en virtud del Decreto 1750 de 2003. 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. El Decreto 1750 de 2003 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. Al estudiar las consecuencias laborales de dicha incorporación, la Corte Constitucional determinó, en Sentencia C-314 de 2004, que “la modificación en la estructura administrativa de las entidades públicas, incluyendo el cambio de régimen laboral de sus servidores, no autoriza el desconocimiento

de los derechos que han ingresado definitivamente en el patrimonio personal". Por ello la Corte señaló que, pese a la transformación del régimen jurídico de los trabajadores de la escindida ISS, los derechos adquiridos, consignados en las convenciones colectivas suscritas con el anterior empleador no podían ser desconocidos por el legislador o la administración. En relación con la norma que definía los derechos adquiridos de los nuevos empleados públicos, la Corte declaró inexecutable uno de sus apartes con el argumento de que los derechos adquiridos son todas las garantías que han ingresado al patrimonio del titular, y no solamente las de tipo prestacional. Así se refirió la Corte al punto:

"En primer lugar, la expresión señalada del artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial. Aunque dicho defecto podría resolverse gracias a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión "en todo caso", la inexecutableidad de la expresión demandada proviene del hecho de que al definir lo que debe entenderse por derecho adquirido, no incluye en el espectro de protección de los mismos aquellos correspondientes al régimen salarial de los empleados públicos de las entidades creadas por el Decreto 1750 de 2003. Es claro que los derechos adquiridos no se dan en el campo meramente prestacional sino también en el salarial, como ocurre, por ejemplo, con la remuneración a que se tiene derecho por razón de trabajar horas extras. Esto demuestra que la definición del artículo 18 no cubre la totalidad de los presupuestos que constituyen el ámbito de protección de los derechos adquiridos.

"En este contexto, la norma, al dejar por fuera tales derechos, menoscaba las garantías laborales protegidas por el artículo 53 de la Carta Política, al tiempo que desconoce la protección de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico." (Sentencia C-314 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En desarrollo del argumento, la Corte determinó que el artículo que definía los derechos adquiridos no establecía con precisión si se incluían los derechos derivados de las convenciones colectivas suscritas con el empleador. La Corte concluyó que las convenciones colectivas eran fuente de derechos adquiridos que no podían desaparecer por la escisión de la empresa ni por la conversión del régimen jurídico de los extrabajadores oficiales del ISS, ahora empleados públicos de las ESE creadas a partir de dicha escisión. Se dijo entonces lo

siguiente:

“El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.

“Para analizar dicho punto valga recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, una convención colectiva es aquella celebrada entre uno o varios patronos o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, esto es, para establecer el régimen salarial y la regulación de primas, auxilios, horarios, permisos, vacaciones, jubilación, incentivos, vivienda, licencias, becas, indemnizaciones, etc.

“Al ser el acto regente de los contratos laborales ejecutados durante su vigencia, la convención colectiva de trabajo es considerada por la jurisprudencia como una verdadera fuente de derechos y obligaciones. Pese a las diferencias que pudieran suscitarse respecto de su naturaleza jurídica, el acuerdo básico al que ha llegado la jurisprudencia es que la convención colectiva de trabajo es ley para las partes, pues entraña la creación de un subsistema jurídico de cobertura restringida al cual deben someterse trabajadores y empleador en el desarrollo de su relación laboral.

“(…)

“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.” (Sentencia C-314 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En reiteración de lo dicho por la Corte en la Sentencia C-314 de 2004, la Sentencia C-349 del mismo año ratificó que la incorporación automática y sin solución de continuidad de los trabajadores oficiales del ISS a las ESE en calidad de empleados públicos implicaba un cambio de régimen constitucionalmente admisible, pero no la pérdida de los derechos y garantías adquiridos durante la vinculación inicial. Así, la Corte declaró exequibles las expresiones “automáticamente y sin solución de continuidad”, pero condicionó la norma a que se entendiera que las mismas no hacían suponer la pérdida de derechos laborales o, incluso, garantías convencionales de los ahora empleados públicos. La siguiente fue la base argumentativa de la decisión:

“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.” (Sentencia C-349 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

De las providencias en cita se concluye que pese a que la escisión del ISS produjo la transformación del régimen jurídico de los servidores públicos, quienes pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, ésta no hizo desaparecer los derechos adquiridos de esos servidores, tanto por razón de las normas legales como de las convencionales.

Las precisiones anteriores permiten afirmar que los derechos adquiridos en virtud de la convención colectiva suscrita por el ISS y el sindicato de la entidad no desaparecieron por la transformación de la entidad.

Con todo, la jurisprudencia fue enfática en afirmar que la vigencia de dichos derechos, beneficios y garantías estaba sujeta de la vigencia de la convención colectiva. En los fallos citados la Corte fue enfática al advertir que la vinculación automática de los trabajadores oficiales a las ESE que surgieron producto de la escisión del ISS pretendía “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”⁵.

Y en la cita de la sentencia precedente, la Corte había dicho que como “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.”⁶.

Ahora bien, dado que la convención colectiva suscrita por el ISS y su sindicato es fuente de

derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se impone determinar si el instrumento de negociación laboral todavía sigue vigente.

La convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social entró a regir el 1º de noviembre de 2001 y tenía vigencia inicial hasta el 31 de octubre de 2004.

Con todo, el Código Sustantivo del Trabajo establece en su artículo 478 que si la convención colectiva no es denunciada antes de que se cumpla el término de vencimiento, la misma se entenderá legalmente prorrogada por términos de 6 meses. La disposición legal dispone, entonces, que la falta de denuncia de la convención extiende indefinidamente -por lapsos de 6 meses y hasta que se denuncie o se suscriba otra convención- los derechos, beneficios y garantías que en ella se consigna. Al respecto dice la norma:

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.

No obstante, pese a haber sido denunciada, la denuncia hecha únicamente por el empleador no tiene la virtud de hacer perder vigencia a la convención. Tal como lo indica el numeral 2º del artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo que a continuación se subraya, la denuncia de la convención no afecta el rigor de la misma sino hasta que se suscribe una nueva. Así lo indica textualmente la norma:

“Artículo 479. -Modificado por el art. 14 del Decreto 616 de 1954-Denuncia. 1. Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si se hace por una de las partes, o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado ante el Inspector de Trabajo del lugar, y en su defecto ante el Alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las

copias serán destinadas para el Departamento Nacional del Trabajo y para el denunciante de la convención.

2. Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.”

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la interpretación de la norma se expone en los siguientes términos:

“Los efectos de la denuncia de la convención colectiva son diferentes según provengan de una u otra parte, o si provienen de ambas partes simultáneamente: la posición jurisprudencial contempla las siguientes soluciones (CSJ, Cas. Laboral, Sent. nov. 22/84):

a) Si la denuncia es hecha por los trabajadores —que es lo que ocurre en la generalidad de los casos—, significa que éstos deben presentar el respectivo pliego de peticiones que inicia el conflicto colectivo y cuya solución se produce por la firma de la convención colectiva o por la expedición del respectivo laudo;

b) Cuando la denuncia es hecha por ambas partes trae como consecuencia que la negociación del pliego de peticiones no está sujeta a lo que anteriormente se haya pactado por las partes. En estos casos las partes en conflicto quedan en libertad de señalar nuevas condiciones de trabajo; y, respecto de los árbitros, éstos gozan de la misma amplitud, y

c) Si la denuncia es hecha solamente por el patrono, la convención colectiva continúa vigente, con las prórrogas legales, porque no pudiendo presentar los patronos pliegos de peticiones, no tienen la facultad de iniciar un conflicto colectivo que culmine con otra convención colectiva o con el fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio. No es posible entonces que los patronos inicien el conflicto colectivo, pero sí están facultados para presentar sus puntos de vista en la denuncia de la convención, cuando el conflicto es planteado por los trabajadores.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 22 de noviembre de 1984)

Igualmente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1050 de 2001, al analizar los efectos de la denuncia de la convención colectiva dijo lo siguiente:

“De tal manera que los efectos de la denuncia sobre la convención denunciada son limitados:

primero, no le resta eficacia jurídica a lo pactado, ya que la convención continua vigente; segundo, la vigencia de la convención denunciada no tiene término legal fijo; tercero, la continuidad de la convención está supeditada a que se firme una nueva convención, lo cual supone un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales diferentes.” (Sentencia C-1050 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

En la misma Sentencia, y al referirse específicamente a los efectos de la denuncia hecha por el empleador, esta Corporación declaró:

“En consecuencia, los efectos de la denuncia de la convención colectiva por parte del empleador se entienden, en relación con los cargos de la demanda y la norma demandada, limitados a la manifestación unilateral de desacuerdo sobre su continuidad, siendo los trabajadores quienes determinan si dan inicio al conflicto colectivo mediante la presentación del respectivo pliego de peticiones.” (Sentencia C-1050 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

En el caso que ocupa la atención de la Sala, según informe del ISS recibido en Secretaría de la Corte el 3 de diciembre de 2008, la convención que regía hasta el 31 de octubre de 2004 ha sido denunciada en 9 oportunidades desde esa fecha. No obstante, de acuerdo con lo previamente indicado, el acto de la denuncia, por sí mismo, no tiene la potestad de hacerle perder vigencia. El precedente traído a colación deja en claro que la denuncia hecha exclusivamente por el empleador no fenece la convención colectiva, en razón a que éste no tiene la facultad legal para presentar pliego de condiciones ni para iniciar un conflicto colectivo.

Lo anterior significa que las denuncias realizadas por el ISS sobre la convención celebrada el 31 de octubre de 2001 no alteran su vigencia y, por ende, la de los beneficios que podrían emerger de sus cláusulas, especialmente porque el ISS todavía tiene servidores públicos adscritos a su organización que están amparados por dichas cláusulas.

Ahora bien, la liquidadora de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento advierte en respuesta al auto de pruebas de la Sala de Revisión del 19 de noviembre de 2008 que la ESE demandada no tiene convención laboral suscrita con ningún sindicato, pues nunca ha firmado este tipo

de pacto con ningún trabajador. Señala que la Convención existente fue acordada entre el ISS y el sindicato de la empresa -Sintraseguridadsocial-, pero que las decisiones allí adoptadas no pueden serle extendibles a la nueva ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, empresa que ni siquiera había empezado a existir cuando entró en vigencia la convención (folios 26 y 27, cuaderno #1, Expediente T-1'952.506).

Ante esta posición, la Sala entiende que no le falta razón a la liquidadora de la ESE al asegurar que dicha entidad no suscribió convención colectiva alguna con entidad sindical vinculada con la misma. No obstante, dicho argumento resulta incompatible con la jurisprudencia constitucional pertinente, pues cuando la sentencia C-314 de 2004 advierte que la convención colectiva es fuente de derechos adquiridos por lo menos hasta cuando la misma conserve su vigencia, es claro que dicha vigencia incluye las prórrogas legales semestrales a que hace referencia el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, de conformidad con el fallo citado, la generación de derechos convencionales está ligada a la pérdida de vigencia de la convención, pero es claro que no existe prueba en el expediente que demuestre que tal convención ha dejado de regir. El hecho mismo de que haya sido denunciada (la denuncia más reciente fue el pasado 21 de abril de 2008) demuestra que la misma ha conservado vigencia a pesar de haberse pactado inicialmente hasta el 31 de octubre de 2004.

Adicionalmente, es pertinente indicar que la jurisprudencia constitucional fue clara al señalar que las medidas de protección consignadas en el retén social estaban diseñadas para proteger a las personas próximas a pensionarse, de los posibles cambios normativos y decisiones administrativas que truncaran un derecho cercano a la consolidación. En el caso sub judice, el derecho adquirido en términos de la convención es oponible al nuevo empleador del trabajador, mientras la convención colectiva conserve su vigencia, por virtud de la sustitución patronal que tuvo lugar como consecuencia de la escisión del ISS.

En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que la sustitución patronal ocurre cuando confluyen tres elementos: un cambio de patrono, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador. De acuerdo con la Sentencia T-395 de 2001, el fin de la figura es “amparar a los asalariados contra un imprevisto e intempestivo fin del contrato de trabajo producido por el traspaso o cambio de dominio o de administración de la empresa”.

La Sentencia T-395 de 2001 incluye algunos comentarios adicionales de la figura:

“En la legislación colombiana, se estableció la sustitución patronal desde 1935 (artículo 27 del decreto 652 de tal año), reglamentario de la ley 10 de 1934, que dijo: ‘Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerará como una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio u ocupaciones con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueño’. Posteriormente, el inciso 3° del artículo 8° de la ley 6ª de 1945 estatuyó que la sola sustitución del patrono no extingue los contratos de trabajo. Esta ley fue desarrollada por el decreto 2127 de 1945 que en su artículo 53 definió la sustitución de patronos como ‘toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración sea por muerte del primitivo dueño, o por enajenación a cualquier título, o por transformación de la sociedad empresaria o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas’. Posteriormente se expidió la ley 64 de 1946 en el mismo sentido. El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 67 indicó que ‘Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones en el giro de sus actividades o negocios’, y es perentoria la determinación del artículo 68: ‘La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes’. El profesor Guillermo González Charry al comentar este artículo dice que ‘El artículo 68 establece, siguiendo este criterio, que la sola sustitución de patronos no extingue, suspende o modifica los contratos de trabajo existentes; es decir, que lo que se ha querido establecer es una desconexión completa entre la suerte de los trabajadores y las operaciones financieras o mercantiles que puedan ocurrir en relación con la empresa. No siendo parte en la negociación, los trabajadores tampoco pueden ser sus víctimas.’ (Derecho del Trabajo, p. 231).

“Doctrinalmente, el mismo González Charry, en el citado libro, opina sobre la eventualidad de que se esté tramitando un juicio laboral en el momento de la sustitución:

“ ‘Así entendido, uno de los derechos que se cede o que es susceptible de traspaso por la sustitución, es el de comparecer al juicio; y por consiguiente, si al momento en que se haga la sustitución hay litigios pendientes en los cuales esté comprometida la entidad económica, y de cuyas resultas pueda sobrevenir un compromiso para ella, el nuevo patrono puede y

debe hacerse parte en el juicio; si no lo hace (porque los jueces no están obligados a notificarle el curso del juicio cuando se opera una sustitución patronal) , no será ello culpa de la cuestión procesal, ni lo será del trabajador, sino, simplemente, porque la ley no prevé esa notificación especial. Pero como quien está comprometido de todas maneras en las responsabilidades o en las presuntas obligaciones a que ha dado lugar el juicio es la empresa y no personalmente el patrono, es lógico entender que al sobrevenir un fallo, el trabajador pueda ejecutar al patrono sustituto, puesto que en el fondo lo que persigue es que los bienes económicos que constituyen el patrimonio de la empresa, vengán a responderle de las prestaciones sociales y de los salarios que se causaron por motivo del contrato de trabajo’.

“Este criterio cobra mayor fuerza cuando se trata de obligaciones de hacer, que son imposibles de cumplir por el antiguo empleador, y que, por el contrario, la facticidad de su cumplimiento sólo podría concretarla la nueva empresa. De manera que hay igual pensamiento de la doctrina con lo que la Corte Constitucional ha dicho a este aspecto”. (Sentencia T-395 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En los casos concretos, la escisión del Seguro Social aparejó la creación de varias empresas sociales del Estado que se encargaron de continuar con la prestación del servicio de salud inicialmente a cargo del Seguro. De conformidad con el Decreto 1750 de 2003, la incorporación de los trabajadores del ISS a las nuevas ESE fue “automática y sin solución de continuidad”, lo que supone la prolongación de su vínculo laboral, y pese a que se modificó el régimen jurídico de dichos servidores públicos, de trabajadores oficiales a empleados públicos, y de que otro empleador asumió la carga laboral del ISS, las funciones encomendadas a los trabajadores fueron las mismas que realizaban en el ISS, por lo que puede afirmarse que la empresa sustituta entró a realizar las mismas actividades que realizaba su predecesora. En la misma línea, el ISS no dejó de existir y la supresión de la sección encargada de la prestación de los servicios de salud fue simultánea a la creación de las entidades que habrían de asumir dicha responsabilidad. En otras palabras, los servicios prestados por el ISS fueron asumidos simultáneamente por empresas también estatales que, en el mismo acto de creación, concomitante con el de supresión del área de salud del ISS, incorporaron “sin solución de continuidad y de manera automática” a los trabajadores del ISS, para el desempeño de los mismos oficios.

Finalmente, aunque en el caso concreto el requisito de la continuidad de la empresa no es un hecho ostensible, para la Sala no es difícil reconocer que las ESE que surgieron a partir de la expedición del Decreto 1750 de 2003 son subproducto del ISS en su proceso de escisión. En términos distintos, la actividad que desarrollaba el ISS fue asumida en materia de salud por las nuevas ESE, que justamente nacieron a la vida jurídica en el acto de escisión del primero. En esa medida, la Corte considera que la sustitución patronal se presenta como consecuencia de la continuidad de la empresa escindida, en empresas distintas, pero surgidas de la división de la primera.

La Sala Novena de Revisión de tutelas, en providencia T-406 de 2002, analizó un caso similar al que hoy ocupa la atención de la Sala. En la citada providencia la Sala admitió que para el caso concreto los trabajadores suscribieron un pacto mediante el cual renunciaban a considerar el cambio de patrono como sustitución patronal, pero admitió que dicho cambio sí implicaba, en derecho, una sustitución de ese tipo. De hecho, el reconocimiento de la sustitución hizo posible que la Sala aplicara la figura a favor de un trabajador que no había suscrito el pacto en contrario. El aparte pertinente de la sentencia ilustra el argumento que aquí se esboza:

“El análisis de los elementos que componen esa situación fáctica, lleva a la Sala a concluir que el pacto celebrado entre la empresa cuya supresión y liquidación se había ordenado y los representantes de los trabajadores, en cuanto a que no operaba la figura de la sustitución patronal respecto de aquella sociedad cuya constitución estaba en ciernes, desconocía la realidad fáctica que se estaba consolidando y que se materializó posteriormente, demostrativa justamente de la sustitución patronal que se negaba en el mencionado Acuerdo, pues obsérvese que aparejada a la supresión y liquidación de la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena, se ordenó la creación de otra que habría de ejecutar varias de actividades o negocios que cumplía aquella (servicios de acueducto y alcantarillado).” (Sentencia T-406 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández) (Subrayado por fuera del original)

Desde la perspectiva indicada, esta Sala puede afirmar que el cambio de empleador no impidió que la convención colectiva de trabajo suscrita con el ISS dejara de ser fuente de derechos para el trabajador –como lo dijo la Sentencia C-314 de 2004, por lo menos hasta que dicha convención conserve su vigencia-, y que el cumplimiento de sus cláusulas sea

exigido en ese entretanto al nuevo empleador.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encuentra todavía vigente. Por ello debe determinarse ahora si en virtud del artículo 98 de dicha convención, las demandantes cumplían con la condición de prepensionadas.

El artículo 98 de la Convención fija los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en los siguientes términos.

“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 (...)”

Para el análisis de los casos concretos, la Sala tendrá en cuenta si las demandantes cumplen con los requisitos previamente indicados. Si el cumplimiento de dichos requisitos se habría logrado dentro de los 3 años siguientes a la fecha de liquidación de la empresa -24 de agosto de 2007- debe concluirse que la demandante tenía la calidad de prepensionada y merecía no ser desvinculada de la institución mientras ésta no desapareciera definitivamente.

No obstante, antes de proceder al análisis de los casos concretos, esta Sala debe advertir que -recientemente- la Sala Primera de Revisión de tutelas de la Corte, en providencia T-1166 de 2008, resolvió un proceso acumulado de ex trabajadoras de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento que expusieron por vía de tutela casos similares a lo que aquí serán objeto de estudio. La Sala Primera sustentó la decisión de amparar el derecho fundamental de las peticionarias en argumentos similares a los expuestos en esta providencia.

8. Análisis de los casos concretos

a. Expediente T-1'952.506

En oficio del 18 de septiembre de 2007, mediante el cual se respondió el derecho de petición

a la demandante, la apoderada especial del liquidador de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento negó la inclusión de Ana Esperanza Vélez Rodríguez al retén social por cuanto no cumplía con el tiempo y la edad requeridos por la convención para poder ser considerada como prepensionada (folio 38, cuaderno #4).

El liquidador adujo que, verificados los documentos que reposan en la historia laboral, la demandante no cumple con los requisitos de tiempo de servicio por cuanto que, a la fecha de la comunicación, tenía laborados 16 años, 3 meses y 7 días con el ISS, con el Servicio de Salud de Boyacá un (1) año y con la universidad Colegio Mayor de Cundinamarca 18 años, 1 mes y 19 días, de los cuales se tienen en cuenta un año 10 meses y 13 días, pues el resto se trabajó de manera simultánea. Tampoco la demandante cumplía con el requisito de la edad, porque apenas tenía 48 años.

El artículo 101 de la Convención Colectiva establece que “los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrán 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”.

De conformidad con esta norma, el tiempo total de servicio prestado por la demandante en las distintas entidades fue de 19 años, 1 mes y 20 días para el 18 de septiembre de 2007, lo que significa que para la fecha de liquidación de la entidad -24 de agosto de 2007- la peticionaria requería menos de 3 años para cumplir con el requisito de 20 años de servicios.

Del mismo modo, la demandante nació el 1º de septiembre de 1959, lo que significa que para el 24 de agosto de 2007 estaba a punto de cumplir los 48 años, y por ello le faltaban menos de 3 años contados a partir de la fecha de liquidación de la empresa para cumplir la edad de jubilación señalada en la convención, que era de 50 años.

Así las cosas, la Corte considera que la demandante era candidata a ser incluida en el retén social y, por tanto, en su caso, la tutela debió concederse. En consecuencia, esta Sala de revisión revocará la decisión del 29 de mayo de 2008 del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se negó la protección solicitada.

b. Expediente T-1'987.754

La ESE Luis Carlos Galán Sarmiento respondió el derecho de petición de inclusión en el retén social de la demandante mediante oficio del 2 de abril de 2008 (folio 6, cuaderno #2). En la respuesta aseguró que la demandante no tenía derecho a la protección del retén social porque, a la fecha de dicha comunicación -2 de abril de 2008-, contaba 51 años de edad, pero 17 años y 6 meses de servicios.

De la respuesta de la entidad se tiene entonces que, a 2 de abril de 2008, la demandante contaba 17 años y 6 meses de servicios. No obstante, si para esa fecha la demandante tenía esos años y meses de servicio, es claro que a 24 de agosto de 2007 -fecha de liquidación de la empresa-, es decir 8 meses antes, la demandante tenía 16 años y 10 meses de tiempo de servicio, lo que significa que le faltaban más de 3 años para adquirir el tiempo de servicio necesario para jubilarse. A pesar de ello, la demandante adujo en la demanda que cumplía con 20 años de servicios, pero que algunos no figuran porque no se hicieron los aportes respectivos.

Con el fin de establecer la veracidad de la afirmación de la demandante, y desatar la contradicción de información, esta Sala de Revisión, mediante auto del 19 de noviembre de 2008, solicitó a la entidad liquidadora de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento que certificara, con destino a este proceso, el tiempo total de servicio a la entidad o a otra del sector público que la señora Myriam Leonor García Velasco cumplió a la fecha de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

En la respuesta remitida a esta Sala, oficio CTH # 12195 del 25 de noviembre de 2008, la coordinadora Jurídica y Asesora de la ESE, María Victoria López, se limitó a señalar que la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato, que vencía el 31 de octubre de 2004, no le era aplicable a la empresa en liquidación, por lo que tampoco la misma había denunciado o negociado convención alguna, pues con dicha empresa nunca existió ni existe convención colectiva de trabajo (folios 26 y 27, cuaderno #1, Expediente T-1'952.506).

No obstante, para la fecha de esta providencia, la empresa se abstuvo de certificar el tiempo total que la demandante acumuló durante sus años de servicio a la entidad. En este punto debe reconocerse que, mediante comunicación recibida en Secretaría de la Corte el 3 de

diciembre de 2008, el ISS, en cumplimiento del auto de pruebas, presentó a esta Sala de Revisión una certificación laboral de tiempo de servicio, pero de la señora Ana Esperanza Vélez Rodríguez, no de la Myriam Leonor García Velasco, que era la persona respecto de quien se pedía la información.

En atención a lo anterior, dado que para la fecha de esta sentencia no se tenía certificación que señalara con exactitud el tiempo total de servicio de la peticionaria, la Sala, ateniéndose a las pruebas aportadas al proceso, encuentra que en el expediente figuran dos certificaciones laborales del Instituto de Seguros Sociales donde consta que la demandante entró a trabajar a la entidad el 26 de septiembre de 1990 (folios 29 y 30, cuaderno #3). La certificación da cuenta del paso de la empleada del ISS a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por lo que puede inferirse que la funcionaria trabajó sin solución de continuidad desde aquella fecha. Si la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento fue liquidada el 24 de agosto de 2007 y la demandante ingresó al ISS el 26 de septiembre de 1990, según la certificación a que se ha hecho referencia, el cálculo indica que para la fecha de liquidación aquella no había completado 17 años de servicio a la entidad. Efectivamente, le faltaba un mes para completar los 17 años de servicios.

Ahora bien, la demandante dice que entró a trabajar el 3 de julio de 1987, pero de las pruebas aportadas al proceso, concretamente de la planilla de afiliación a la seguridad social (folios 10, reverso, y 11, cuaderno #3) se tiene que su ingreso a la Caja Seccional de Cundinamarca del Seguro Social fue en octubre de 1990. No obstante, a folios 31 y 32 del mismo cuaderno aparecen dos comunicaciones, una de ellas expedida por el Jefe de Información y Registro del Instituto de Seguros Sociales, en donde consta que la demandante trabajó como encuestadora del ISS, “funcionaria” de la entidad, dice el informe del folio 31, durante 3 meses, entre julio y septiembre de 1987. Igualmente, aparece una certificación en la que consta que la peticionaria trabajó como supernumeraria en meses distintos entre el año 1987 y junio de 1990, como ayudante de servicios generales y aseadora (folio 34, cuaderno #3).

Así, aunque entre la fecha de vinculación definitiva a la entidad y la fecha de liquidación de la empresa faltaba un mes para cumplirse los 17 años de servicios, los meses que la demandante trabajó entre 1987 y 1990 deben acumularse al tiempo de servicio, para concluir con ello que a 24 de agosto de 2007 a la demandante le faltaban menos de 3 años

para adquirir el derecho a la pensión.

Por las razones anotadas, esta Sala considera que la demandante debió ser incluida en el retén social y, en consecuencia, que su tutela debió concederse. En consecuencia, la Sala revocará la decisión del 8 de julio de 2008 del Tribunal Superior de Bogotá, que denegó el amparo.

c. Expediente T-1'987.759

De conformidad con el oficio del 21 de mayo de 2008, mediante el cual la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento contestó el derecho de petición de la demandante para que fuera incluida en el retén social, ésta cumplía con 18 años, 8 meses y 6 días laborados y 49 años de edad (folio 27, cuaderno #2).

Es claro que 9 meses antes, para la fecha de liquidación de la empresa por el Decreto 3202 de 2007 -24 de agosto de 2007- a la demandante le faltaban menos de 3 años para cumplir con el requisito de tiempo de servicio y edad. En efecto, para tal fecha la demandante tenía casi 18 años de servicios y 48 años y 4 meses aproximadamente (nació el 25 de abril de 1959), lo cual la cataloga como prepensionada.

Por las razones citadas, esta Sala estima que la demandante debió ser incluida en el retén social y que debió concedérsele el amparo de tutela, por la condición de prepensionada. La Sala revocará la decisión del 14 de julio de 2008 del Tribunal Superior de Bogotá, que denegó el amparo.

d. Expediente T-1'994.038

El 19 de septiembre de 2007 la liquidadora de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento informó a Adriana Ángel Patiño que a esa fecha contaba 18 años, 7 meses y 11 días de servicios a la entidad y tenía 47 años (folio 88, cuaderno #2).

Respecto del tiempo de servicio, es claro que para el 24 de agosto de 2007, fecha de liquidación de la empresa, la demandante estaba a menos de 3 años de cumplir los 20 años requeridos por la convención colectiva. En cuanto a la edad, la peticionaria nació el 24 de julio de 1960. Para el 24 de julio de 2007 la demandante tenía 47 años de edad, por lo que, a 24 de agosto de 2007, le faltaban menos de 3 años para cumplir la edad de 50 años, edad

exigida por la convención para ser titular de la pensión de jubilación.

De acuerdo con los cálculos anteriores, la demandante era prepensionada y debió ser incluida en el retén social. Por tal razón, esta Sala considera que la tutela debió concederse en su caso. En consecuencia, revocará el fallo del 18 de julio de 2008 del Tribunal Superior de Bogotá, por el cual se denegó el amparo solicitado.

9. Habilitación para adelantar el cruce de cuentas y compensaciones

Dado que las demandantes de esta oportunidad recibieron en su momento las indemnizaciones correspondientes 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 que debieron recibir durante el tiempo que duró su desvinculación. En este procedimiento, la autoridad liquidadora ofrecerá facilidades de pago a las trabajadoras que deban hacer restituciones producto de la diferencia entre la suma recibida a título de indemnización y la que les corresponde por concepto de salarios y prestaciones sociales, de manera que se garantice la subsistencia digna de los empleados y sus familias.

10. Petición sobre declaración del estado de cosas inconstitucional y de los efectos inter comunis de la decisión

Mediante memorial del 13 de noviembre de 2008, el representante legal del sindicato de trabajadores Sintraseguridadsocial presentó una lista de las personas que interpusieron acciones de tutela contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento por considerar que tenían derecho a ser incluidas en el retén social.

Dado que algunos de los procesos no fueron seleccionados para revisión por la Corte Constitucional, el representante legal del sindicato solicitó a la Sala otorgar efectos inter comunis a la presente decisión, declarando el estado de cosas inconstitucional, en salvaguarda de los derechos fundamentales de los afectados.

Considera que en el caso sometido a estudio existe una violación masiva y generalizada de derechos constitucionales, esta violación afecta a un número significativo de personas y se ha visto prolongada por la omisión de las autoridades administrativas en dar aplicación a las

normas y providencias pertinentes. Sostiene que la falta de expedición de medidas administrativas es algo patente y que la decisión de las autoridades crea un problema social cuya solución requiere de la intervención de las entidades públicas. Finalmente, considera que el asunto afecta el principio estructural de la lealtad constitucional, como se conoce al principio que garantiza la realización efectiva de un cúmulo de normas constitucionales.

En relación con la solicitud del presidente de Sintraseguridad social, esta Sala advierte que la jurisprudencia constitucional ha admitido la declaración de un estado de cosas inconstitucional cuando se verifican las siguientes circunstancias fácticas: “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;⁷ (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;⁸ (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;⁹ (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.¹⁰ (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;¹¹ (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.¹²”

En el caso concreto, esta Sala evidencia que los hechos acaecidos en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no son de la magnitud requerida para que la Corte declare el estado de cosas inconstitucional, por las siguientes razones: i) pese a que varios de los trabajadores de la empresa dicen tener derecho a ser incluidos en el retén social, la supuesta vulneración de los derechos fundamentales no resalta como un hecho evidente. Para verificar que la empresa ha vulnerado los derechos de los trabajadores es indispensable constatar, en cada caso, sobre la base de la documentación correspondiente, si la edad y tiempo de servicio de cada servidor público lo hacía merecedor de las normas del retén social por estar próximo a pensionarse. ii) En segundo lugar, para la Sala no es claro que la supuesta vulneración de los derechos de los trabajadores sea resultado de la inactividad de la administración frente a la palpable vulneración de uno o varios derechos fundamentales en un número masivo de

individuos: en el caso concreto, pese a que el problema jurídico parece ser común a un número plural de personas, el debate radica en la particular interpretación de las normas jurídicas pertinentes que ha hecho la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. En ese sentido, la Sala no encuentra que la supuesta vulneración masiva de derechos fundamentales sea producto de la inoperancia de las autoridades a cargo. iii) Finalmente, tal como se indicó, el asunto jurídico que suscita este debate tiene que ver con la interpretación de las normas jurídicas involucradas, por lo que debe inferirse que la supuesta afección de derechos fundamentales no proviene de la inexistencia de una política coordinada entre autoridades legislativas, administrativas o judiciales, encaminada a solucionar el problema de los trabajadores de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Así las cosas, la Sala estima que la declaración del estado de cosas inconstitucional, por el solo hecho de que el debate que suscita estas tutelas sea compartido por varios individuos, no resulta ser una medida viable a la luz de la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, en relación con la solicitud de dotar el fallo de tutela de efectos inter comunis, hecha por el representante del sindicato Sintraseguridadsocial, esta Sala considera que en los expedientes de la referencia no figuran los elementos de juicio para señalar que todas las personas indicadas por el sindicato estén en las mismas condiciones de las tutelantes. La Sala no tiene referencia de otros casos similares a los de las demandantes de este proceso, por lo que no puede presumir que la vulneración sea generalizada. Se recuerda que la decisión de vincular a un trabajador al retén social depende del análisis detallado de la historia laboral del trabajador, del cual pueda emerger que cumplía con las condiciones necesarias para pensionarse en menos de 3 años contados a partir de la liquidación de la entidad. No obstante, los hechos presentados ante la Sala sólo dan cuenta de la situación particular de las 4 demandantes.

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de los términos, decretada en este proceso mediante auto del 19 de noviembre de 2008.

SEGUNDO.- En el expediente T-1'952.506, REVOCAR la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 29 de mayo de 2008 que a su vez revocó la sentencia del 26 de marzo de 2008, proferida en primera instancia por el Juzgado

Veintisiete Penal del Circuito de Bogotá y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de Ana Esperanza Vélez Rodríguez.

TERCERO.- ORDENAR a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y a Fiduagraria S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, reintegre a Ana Esperanza Vélez Rodríguez a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba al momento de la liquidación de la empresa, y le pague los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo cesante, previo cruce de cuentas o compensaciones con la indemnización recibida con motivo de la desvinculación. 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.

CUARTO.- En el expediente T-1'987.754, REVOCAR la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 8 de julio de 2008, mediante la cual se confirmó la sentencia del 27 de mayo de 2008 del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de Myriam Leonor García Velasco.

QUINTO.-ORDENAR a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y a Fiduagraria S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, reintegre a Myriam Leonor García Velasco a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba al momento de la liquidación de la empresa, y le pague los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo cesante, previo cruce de cuentas o compensaciones con la indemnización recibida con motivo de la desvinculación. 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.

SEXTO.- En el expediente T-1'987.759, REVOCAR la sentencia del 14 de julio de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la providencia del 20 de junio de 2008 del Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá por la cual se denegó la protección solicitada y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de María Florinda Salamanca Niño.

SEPTIMO.- ORDENAR a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y a Fiduagraria S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta

providencia, reintegre a María Florinda Salamanca Niño a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba al momento de la liquidación de la empresa, y le pague los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo cesante, previo cruce de cuentas o compensaciones con la indemnización recibida con motivo de la desvinculación. 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.

OCTAVO.- En el expediente T-1'994.038, REVOCAR la providencia del 18 de julio de 2008 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la decisión del 6 de junio de 2008 dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual se denegó la protección solicitada y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de Adriana Cristina Ángel Patiño.

NOVENO.- ORDENAR a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y a Fiduagraria S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, reintegre a Adriana Cristina Ángel Patiño a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba al momento de la liquidación de la empresa, y le pague los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo cesante, previo cruce de cuentas o compensaciones con la indemnización recibida con motivo de la desvinculación. 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.

DÉCIMO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Sentencia T-249 de 2002

2 ST-056/94 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

3 M.P. Jaime Araujo Rentería

4 "...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." Diario Oficial No 44907, del 21 de agosto de 2002, p. 2

5 Sentencia C-349 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

6 Sentencia C-314 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

7 Por ejemplo en la sentencia SU-559 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al encontrar que la vulneración a muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: "30. De acuerdo a lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a

sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela.”

8 Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas, dijo la Corte: “Asimismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión.”

9 Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo: “8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo.”

10 Por ejemplo en la sentencia T-1695 de 2000, MP: Marta Victoria SÁCHICA Méndez, en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios, la Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacia que el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU-250 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, continuara. Dijo la Corte: “En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo N° 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para

los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. (...) Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250/98, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia.”

11 Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, la Corte dijo: “De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94000), se observa como casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho.”Igualmente, en la sentencia T-153 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte dijo lo siguiente: “53. En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un

carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.”

12 En la misma sentencia T-068 de 1998, se dijo: “10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones.”