

Sentencia T-1239/08

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para reintegro laboral

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para obtener reintegro al cargo cuando se configure un perjuicio irremediable

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

LEY 790 DE 2002-Creó a favor de los prepensionados un régimen de transición para evitar su desvinculación debido a la proximidad de la adquisición del derecho

DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA LABORAL-Definición

DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONAL-Beneficiarios del régimen de transición

LEY 812 DE 2003-No fijó límite de estabilidad laboral para prepensionados

ACCION DE TUTELA-Diferencias en la interpretación respecto a partir de cuando debe contabilizarse el término de tres años conferido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002

PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial de personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación

PROGRAMA DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial de personas próximas a pensionarse dentro de los 3 años siguientes a la reestructuración de la entidad

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de carrera administrativa/DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de libre nombramiento y remoción

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad

ACCION DE TUTELA-Reintegro de funcionario con calidad de prepensionado sin que fuera relevante la naturaleza del nombramiento en el cargo a suprimir, en aplicación de la Ley 790

de 2002

Acciones de tutela instauradas por María del Pilar Morales contra Fiduagraria S.A. y por Elia María Negrete Genes contra el Incoder.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

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

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Sexto Laboral del Circuito y Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá y por el Tribunal Superior de Bogotá, Salas Laboral y Penal.

Los expedientes T-1'968.373 y T-1'923.927 fueron acumulados por auto del dos (2) de octubre de 2008.

1. Expediente T-1'968.373.

I. ANTECEDENTES

La señora María del Pilar Morales Ruiz instauró acción de tutela en contra de la Fiduagraria S.A., por considerar que la entidad demandada vulnera su derecho a la igualdad, al no incluirla dentro del retén social como prepensionada, desconociendo la protección especial reforzada que le otorga dicha figura. Fundamenta su acción en los siguientes,

a. Hechos:

1.1. Señala la actora que el 23 de octubre de 1989 ingresó a trabajar en el Instituto de

Seguros Sociales como odontóloga general de la seccional Cundinamarca. Que fue incorporada automáticamente y sin solución de continuidad en el mismo cargo, en la Empresa Social del Estado 'Luis Carlos Galán Sarmiento', mediante Decreto 1750 del 26 de junio de 2003.

1.2. Expresa que mediante Decreto 32021 del 24 de agosto de 2007, el gobierno suprimió la empresa y ordenó su liquidación, nombrando como agente liquidador a Fiduararia S.A, entidad que, mediante escrito de fecha 3 de enero de 20082, le comunicó la supresión de su cargo.

1.3. Manifiesta que contra dicho acto interpuso oportunamente recurso de reposición con la finalidad de ser incluida en el retén social por encontrarse próxima a cumplir con los requisitos de jubilación convencional³: el 29 de noviembre de 2009. Que a la fecha de interposición de la tutela, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no ha dado respuesta al recurso.

1.4. Alega, además, que la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial se encuentra vigente y que la misma exige como requisitos para pensión de jubilación haber cumplido cincuenta años de edad, si es mujer, y acreditar veinte años de servicio a entidades de derecho público⁴. Que en Sentencias C-314 y C-349 de 2004, la Corte Constitucional ordenó el reconocimiento de beneficios convencionales a los trabajadores del ISS y que por medio del Decreto 1750 de 2003 fueron incorporados en las nuevas Empresas Sociales del Estado, mientras la convención colectiva de trabajo estuviera vigente.

1.5. Finaliza exponiendo que la apoderada especial para la liquidación de la ESE accionada respetó el retén social para los padres y madres cabeza de familia y para las personas discapacitadas, desconociéndolo para los prepensionados. Como consecuencia de lo anterior y después de hacer referencia a varios pronunciamientos de la Corte, solicita se tutele su derecho fundamental de igualdad y se ordene a la entidad accionada la reintegre al cargo de odontóloga, con fundamento en la protección especial reforzada que le da el retén social.

b. Contestación de la entidad accionada.

La ESE 'Luis Carlos Galán Sarmiento' guardó silencio, dentro del término legal concedido para

dar respuesta a la acción.

II. DECISIONES JUDICIALES

a. Primera instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 1 de abril de 2008, tuteló los derechos de la accionante, ordenando a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario- Fiduagraria S.A, reintegrarla a la ESE 'Luis Carlos Galán Sarmiento' en un cargo de igual o superior categoría y remuneración al que desempeñaba al momento de su retiro y cancelarle las acreencias laborales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su reincorporación. En el fallo, el despacho aclara a la accionada que deberá mantener en el cargo a la señora Morales Ruiz, "hasta cuando se produzca la liquidación de la entidad o con anterioridad a la liquidación de la misma hasta cuando se le notifique a la antes citada del reconocimiento de la pensión y se notifique de la inclusión en nómina de pensionados".

b. Impugnación

Mediante escrito recibido el 10 de abril de 2008, la ESE 'Luis Carlos Galán Sarmiento' impugnó la decisión del Juzgado laboral por considerar que la tutela no es el medio idóneo para hacer reclamaciones de carácter laboral, debido a que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa.

Además, señala que "la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION, no está facultada legalmente para iniciar nuevas actividades en desarrollo del objeto social de la extinta ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO y, su capacidad se reduce y limita única y exclusivamente a realizar actos, operaciones y contratos necesarios para efectuar su pronta liquidación, de donde se colige, que nos encontramos ante la imposibilidad jurídica, en virtud del Decreto No. 3202 de agosto 24 de 2007, para brindar servicios de salud a los afiliados del ISS o a cualquier otro usuario de dicho servicio". Advierte que como consecuencia de lo anterior, "al no tener dicha responsabilidad, el número de Servidores Públicos que laboraba en aras de la asistencia del servicio de salud, obviamente se quedó sin funciones para realizar y por lo tanto, se hizo necesario por disposición legal del artículo 12º del mencionado Decreto, dar por terminado el vínculo legal reglamentario, proferido por el Gobierno Nacional mediante Decreto Ley No. 4992 del 31 de diciembre de 2007."

Manifiesta que a la señora María del Pilar Morales no se le han vulnerado sus derechos al trabajo, debido proceso, mínimo vital, seguridad social e igualdad, toda vez que las decisiones adoptadas dentro del proceso liquidatorio se ciñen a los preceptos legales. Que se le reconoció a la accionante una indemnización por la supresión de su cargo, por valor de \$70'493.553 y que aquella se encuentra debidamente preparada para ejercer cualquier otro trabajo en el ámbito laboral.

Con relación a la protección del retén social para las personas próximas a pensionarse, alega que la misma se extendió hasta el 24 de julio de 2007, razón por la que considera que los beneficios no cobijan a la accionante. Concluye manifestando que la señora Morales Ruiz no forma parte del sindicato, motivo por el cual no se le aplica la convención colectiva anexada a la demanda. Cita una sentencia de la Corte Constitucional⁵ para argumentar su posición, señalando que dicha Corporación “al declarar la exequibilidad del decreto 1750 de 2003 ratificó en forma expresa la imposibilidad jurídica de aplicar la convención colectiva de trabajo del ISS a la población laboral de empleados públicos que quedaron automáticamente incorporados en las plantas de personal de las siete Empresas Sociales del Estado creadas por el mismo decreto” y por tanto, cualquier reclamación soportada en que la convención colectiva del ISS rige para las ESE resulta inválida jurídicamente.

c. Segunda instancia

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mediante proveído del 24 de junio de 2008, revocó la decisión del a quo por considerar que existe duda sobre la vigencia del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, controversia que se aleja del campo de acción del juez constitucional para determinar si la accionante es beneficiaria o no de la pensión de jubilación convencional.

Igualmente, señala que no es posible concluir si la señora Morales Ruiz cumple las exigencias para hacerse acreedora de los beneficios del retén social consagrado en la Ley 790 de 2002, toda vez que no “posee la expectativa legítima de pensionarse con 20 años de servicio y 50 de edad en virtud del Decreto 1653 de 1977, pues para que ello sea posible, debería, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, haber tenido a 1º de abril de 1994 más de 15 años de servicio y 35 de edad, y del material probatorio allegado, se concluye que para esas calendas tan solo completaba 34 años, 4 meses y 2 días de edad y poco más de 4 años de

servicio.”

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan los documentos que fueron aportados como pruebas:

a. Copia de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato nacional de trabajadores de la seguridad social. (Folios 14 al 83).

a. Copia del Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, mediante el cual se suprime la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y se ordena su liquidación. (Folios 85 al 95).

a. Copia de escrito de fecha 3 de enero de 2008, mediante el cual el apoderado general liquidador le informa a la accionante la supresión de su cargo. (Folio 96).

a. Copia del recurso de reposición interpuesto contra el acto de fecha 3 de enero de 2008. (Folios 97 al 100).

a. Copia de constancia de prestación de servicios suscrita por la jefe de recursos humanos del ISS. (Folio 103).

a. Copia de constancia de prestación de servicios suscrita por la coordinadora de talento humano de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación. (Folio 104).

Pruebas recaudadas en el trámite de la revisión de la presente acción.

El despacho del Magistrado sustanciador, mediante auto del 28 de octubre de 2008, solicitó a la Oficina de Renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación que informara: si la supresión y liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento se dio en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública y cuáles son los criterios que se aplican para determinar si la supresión y liquidación de una entidad se enmarcan dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública.

En el mismo auto, este despacho solicitó a la Fiduciaria, como agente liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, mediante auto del 28 de octubre de 2008, que informara

“

1. Si ya pagó a la peticionaria María del Pilar Morales Ruiz el dinero correspondiente a la indemnización por supresión del cargo que aquella venía ejerciendo. Si no lo ha hecho, informe cuál es la razón.

2. Si para el cálculo de la indemnización se tuvieron en cuenta los aportes que le faltaba hacer a la peticionaria para adquirir el derecho a la pensión.

3. Exactamente, cuánto tiempo le faltaba a la peticionaria, Maria del Pilar Morales Ruiz, para cumplir con los requisitos de pensión establecidos en la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

4. Cuál fue el criterio escogido para determinar que un trabajador es prepensionado.

5. Cuáles fueron los criterios y el fundamento jurídico para que la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación haya establecido el retén social en su proceso de liquidación, únicamente respecto de madres y padres cabeza de familia y personas discapacitadas, pero no de prepensionados.”

El Departamento Nacional de Planeación, a través de la directora del Programa De Renovación de la Administración Pública, el 11 de noviembre dio respuesta al requerimiento de la Sala, informando que “la supresión y liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, se dio en el marco del Programa de Renovación de la Administración Publica, de

conformidad con los lineamientos definidos por el Presidente de la República en la Directiva No. 10 del 20 de agosto de 2002” documento que fue anexado al expediente.

Igualmente, esta entidad expresa que los criterios que se deben tener en cuenta para que el Presidente de la República pueda determinar la supresión y liquidación de una entidad se encuentran en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y que en desarrollo de su objetivo “se propone adecuar la administración pública a las necesidades y a las condiciones del país y contribuir a fortalecer su capacidad para brindar seguridad democrática, sanear las finanzas públicas, promover la equidad, garantizar la estabilidad y el crecimiento sostenible de la economía”. Agrega que en ese sentido, se expidió el memorando No. 538 de junio 23 de 2004 mediante el cual se estableció la guía para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional y se señalan los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta en los procesos liquidatorios de dichas entidades.

Mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2008, la Coordinadora de Talento Humano de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, dio respuesta a lo solicitado por la Sala en los siguientes términos:

Frente al primer interrogante, señaló que la indemnización no se canceló debido a que la accionante fue reintegrada en el mes de abril de 2008 y aún no se había finalizado el proceso de la nómina de pago de indemnización. A continuación, y en respuesta al segundo cuestionamiento señala que “los parámetros para la liquidación de la indemnización de los empleados de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – en liquidación se encuentran establecidos en el artículo 14 del Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007, por medio del cual se suprime la empresa”

Como respuesta a la tercera pregunta, señala que “al escindirse el ISS, por medio del decreto 1750 de 2003, cambió la naturaleza jurídica del vínculo que unía a sus servidores con dicha institución, los cuales al pasar a pertenecer a las empresas sociales del Estado, se convirtieron, por mandato legal, en empleados públicos, dejando de ser trabajadores oficiales. Este cambio operó a partir del 26 de junio de 2003, razón por la cual la señora María del Pilar Morales Ruiz, que ostentaba el cargo de ODONTOLOGO Código 2087, Grado 18, al ser incorporada a la ESE LCGS, como empleada pública, según lo señala expresamente el decreto ley, se le aplica la normatividad general dictada para esta clase de servidores, por

lo que no es beneficiaria de la convención colectiva, la cual se aplica a los trabajadores oficiales de la empresa”.

Con relación al criterio para determinar si un trabajador es prepensionado, manifiesta que se tienen en cuenta lo señalado en las diferentes leyes que regulan el derecho a pensionarse, ya sea el artículo 21 del Decreto 1653 de 1977; el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o la Ley 33 de 1985.

Por último, manifiesta que los criterios y fundamentos jurídicos tenidos en cuenta para aplicar el retén social, son los contemplados en la Ley 790 de 2002 y el Decreto reglamentario 190 de 2003. Además, manifiesta que con relación a los prepensionado, la protección se estableció “para los empleados que cumplieran los requisitos dentro del plazo de un (1) año para la liquidación de la empresa, establecido en el Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007, es decir, hasta el 24 de agosto de 2008”.

2. Expediente T-1'923.927

I. ANTECEDENTES

La señora Elia María Negrete Genes instauró acción de tutela en contra del Incoder, por considerar que la entidad demandada, al retirarla de su cargo, vulneró sus derechos fundamentales “a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso y al derecho adquirido”, por desconocer la protección social de la que goza por cumplir la condición de prepensionada, de acuerdo con lo señalado en la Ley 790 de 2002. Fundamenta su acción en los siguientes

a. Hechos:

1.1. Señala la actora que ingresó a trabajar en el Incoder el 16 de diciembre de 2003. Que revisada su hoja de vida, el coordinador del Grupo de Gestión Talento Humano, mediante oficio 200631652406 de fecha 14 de diciembre de 2006, le solicitó que gestionara ante la entidad de previsión social a la que se encontraba afiliada la posibilidad de obtener el derecho a la pensión de vejez, atendiendo su edad y tiempo de servicio.

1.2. Manifiesta que posteriormente, el 27 de diciembre de 2007, el Gerente General del Incoder, por oficio 200731759277, le informó sobre la supresión del cargo profesional

especializado código 2028 grado 16, que venía desempeñando en provisionalidad y su consecuente retiro del servicio, a partir del 30 de diciembre de 2007. Contra este acto interpuso recurso de reposición el 4 de enero de 2008 ante la comisión de personal del Incoder, el cual fue negado el 15 de febrero del presente año, por considerar dicha comisión que no era competente para resolver la situación de la recurrente, debido a que el cargo que ocupaba la recurrente había sido suprimido y su nombramiento era de carácter provisional.

1.3. Considera que, aunque desempeñaba el mencionado cargo en provisionalidad, es beneficiaria de la especial protección que en materia laboral consagran las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, pues de la lectura de las normas se observa que la protección otorgada no hace distinción en la calidad de los nombramientos.

1.4. Aduce que en la planta de personal del Incoder se suprimieron 7 de los 50 cargos de profesional especializado código 2028, grado 16, subsistiendo 43 y que es deber del representante legal de la entidad ubicarla en uno de ellos por ser beneficiaria del retén social.

1.5. Finaliza alegando que tiene más de 55 años de edad y le faltan menos de 3 años para cumplir las 1000 semanas exigidas por la ley para acceder a su pensión de vejez.

b. Contestación de la entidad accionada.

El Incoder, por intermedio de la jefe de la oficina asesora jurídica y representante judicial, dio respuesta a la demanda de tutela manifestando que la acción es improcedente debido a que la señora Negrete cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Agrega que la supresión de cargos se hizo de conformidad con estudios técnicos de reestructuración de la entidad y atendiendo lo dispuesto en la Ley 1152 de 2007. Que el cargo que desempeñaba la accionante estaba adscrito a la subgerencia administrativa y financiera y, con la reestructuración, quedó asignado a la secretaría general, dependencia que cuenta con 28 funcionarios de los cuales 3 son de profesional especializado 2028 grado 16, provistos con empleados de carrera administrativa. Continúa expresando que estos funcionarios “son servidores públicos que igualmente venían nombrados definitivamente con carácter de propiedad en el cargo, los cuales tenían el derecho preferencial a ser

incorporados, por cuanto cumplían con el perfil requerido. (...) Así las cosas, es claro que no existe en la Planta de Personal del Nivel Central, otro cargo de Profesional especializado 2028 grado 16, por cuanto como se expuso, los que quedaron asignados están ocupados por los citados funcionarios, que por tener propiedad del cargo, estar en carrera administrativa, tener fuero sindical y estar dentro del retén social tienen mejor derecho que la actora. Ahora bien, es de suma importancia para el proceso, poner en conocimiento al Despacho que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, aunque no estaba obligado por Ley a convocar el denominado Retén Social, como se expondrá mas adelante, resolvió abrir convocatoria para los funcionarios que consideraran tener alguna condición, dentro de la cual no se incluyó la accionante (...).”.

Señala que dentro de los beneficios contemplados por la Ley 790 de 2002 se encuentra el de la estabilidad laboral reforzada, de la cual son beneficiarios “únicamente: los funcionarios de carrera administrativa con nombramiento en propiedad y que para ese momento eran madres y padres cabeza de familia, funcionarios con limitación física, mental, visual o auditiva y; aquellos funcionarios que cumplían la totalidad de los requisitos para adquirir la pensión en el término de tres años contados a partir, de la entrada en vigencia de la Ley 790 de 2002, caso contrario al que nos ocupa”. Que de acuerdo con la Ley 812 de 2003, los beneficios “los recibirán los servidores públicos retirados del servicio, durante el período (sic) comprendido entre el 1 de septiembre de 2002 hasta el 31 de enero de 2004, y no hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias, esto es, hasta el 27 de junio de 2003 como prescribía la norma anterior” resaltando que la demandante fue retirada del servicio a partir del 27 de diciembre de 2007 y los beneficios habían agotado su aplicabilidad el 31 de enero de 2004.

II. DECISIONES JUDICIALES

a. Primera instancia

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia del 1 de abril de 2008, negó la tutela de los derechos de la accionante.

Consideró el despacho que “dentro de los cargos que fueron suprimidos, también se encontraban 6 personas más que ostentaban un carácter aún más preferencial que el de la accionante, esto es, se encuentran vinculados por carrera, algunos de ellos con condición de

trabajadores sindicalizados (folios 32 y 33 del C.O), condiciones que acreditaron y por las cuales, fueron acreedores del llamado plan de protección 'retén social' (...) Protección a la cual se hizo, previamente, amplia alusión y que se reitera, superan las condiciones de la demandante, a quien por demás, no le fue vulnerado su derecho al debido proceso por las razones anotadas, reiterando que la misma se encontraba vinculada a la entidad en provisionalidad -en oposición a los demás trabajadores-, no tenía condición de mujer embarazada, ni de mujer cabeza de familia, y menos aún de discapacitada”.

b. Impugnación.

Inconforme con la decisión, la señora Elia María Negrete impugnó el fallo de tutela alegando que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 “no hace alusión alguna a funcionarios amparados por la carrera administrativa; por el contrario, sin condicionamiento de ninguna especie se confiere a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental o auditiva y a los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o vejez en el termino de tres años, la prerrogativa de no ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.”

c. Segunda instancia.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, mediante proveído del 16 de mayo de 2008 confirmó la decisión del a quo, por considerar que no se demostró en el proceso la existencia de un perjuicio irremediable que ameritara la intervención urgente del juez constitucional.

Señala que se desconocen las condiciones en que la señora Negrete se desenvuelve en su cotidianidad, si tiene personas u obligaciones a su cargo, ya que de ser así hubiera invocado su condición de madre cabeza de familia ante la entidad estatal para evitar su despido. En adición de lo anterior, resalta que la accionante cuenta con las vías ordinarias para ejercer su defensa.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan los documentos que fueron aportados como pruebas:

a. Copia de oficio No. 20063165240 suscrito por el coordinador del grupo de gestión talento humano del Incoder. (Folio 10).

a. Copia de oficio No. 20073175927 suscrito por el Gerente general del Incoder, mediante el cual le comunican la supresión del cargo. (Folio 11).

a. Copia de oficio No. 20082104011 suscrito por el Gerente general del Incoder, mediante el cual le comunican la decisión dictada por la Comisión de personal del organismo, frente a su recurso de reposición. (Folio 12).

a. Copia del certificado de registro civil de nacimiento. (Folio 13).

a. Copia de la cédula de ciudadanía. (Folio 14).

a. Copia de constancia de prestación de servicios, suscrita por el gerente liquidador del Incora. (Folios 15 y 16).

a. Copia del certificado No. 19708 de información laboral para bonos pensionales y pensiones, del Ministerio de Hacienda. (Folios 17 y 18).

a. Copia del reporte de semanas cotizadas durante el período 1967 - 1994, del Seguro Social. (Folios 19 al 24).

a. Copia del Decreto 4903 del 21 de diciembre de 2007, mediante el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Incoder. (Folios 43 al 47).

a. Copia de la Resolución No. 950 del 20 de noviembre de 2003, mediante la cual el Incoder nombra provisionalmente a la señora Negrete en el cargo de profesional especializado 3010 grado 19. (Folio 48).

a. Copia de la Resolución No. 3738 del 27 de Diciembre de 2007, por la cual se distribuyen los cargos de planta de personal del Incoder (Folios 51 al 61).

a. Copia de certificación suscrita por el subgerente administrativo del Incoder, sobre la calidad de madres cabeza de familia y discapacitados de funcionarios de dicha entidad. (Folios 64 al 70).

Pruebas recaudadas en el trámite de la revisión de la presente acción.

El despacho del Magistrado sustanciador, mediante auto del 28 de octubre de 2008, solicitó a la Oficina de Renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación que informara: si la reestructuración de la planta de personal del Incoder se dio en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública y cuáles son los criterios que se aplican para determinar si la reestructuración de la planta de personal de una entidad se enmarca dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública.

En el mismo auto, este despacho solicitó al Incoder que informara

“

1. Si ya pagó a la peticionaria Elia María Negrete Genes el dinero correspondiente a la indemnización por supresión del cargo que aquella venía ejerciendo. Si no lo ha hecho, informe cuál es la razón.

2. Cuál es el monto de la indemnización que debe recibir la señora Elia María Negrete Genes.

4. Exactamente, cuánto tiempo le faltaba a la peticionaria, Elia Maria Negrete Genes, para cumplir con los requisitos de pensión atendiendo el régimen aplicable a su situación pensional.

5. Cuál fue el criterio escogido para determinar que un trabajador es prepensionado.

6. Cuáles fueron los criterios y el fundamento jurídico para que el Incoder haya establecido el retén social en su proceso de liquidación, únicamente respecto de madres y padres cabeza de familia y personas discapacitadas, pero no de prepensionados.”

El Departamento Nacional de Planeación, a través de la directora del Programa De Renovación de la Administración Pública, dio respuesta al requerimiento de la Sala, informando que “la reestructuración de la planta de personal del INCODER se dio en el marco del Programa de Renovación de la Administración Publica, de conformidad con los lineamientos definidos por el Presidente de la República en la Directiva No. 10 del 20 de agosto de 2002, Directiva No. 13 del 15 de octubre de 2002 y la Circular Instructiva No. 530 de 2002” documentos que fueron anexados al expediente. Igualmente, esta entidad expresa frente al segundo cuestionamiento, que los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la reestructuración de una entidad se encuentran señalados en el artículo 1 de la Ley 790 de 20028.

De otro lado y mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2008, el Incoder, por medio del secretario General dio respuesta al requerimiento manifestando que la señora Elia María Negrete Genes, fue nombrada en provisionalidad y por tal motivo, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, no tenía derecho a recibir indemnización. Igualmente que “en el momento del retiro, 30 de diciembre de 2007, la señora Elia María Negrete Genes, tenía la edad de 55 años 14 meses 19 días y un total de vinculación laboral con entidades estatales de 10 años, 5 meses, 11 días” y de acuerdo con lo consagrado en la Ley 100 de 1993, a la accionante le faltaban más de 10 años para tener derecho a la pensión. Que como consecuencia de lo anterior no tenía la calidad de prepensionado al momento del retiro.

Señala además que aunque por ley el Incoder no estaba obligado a convocar retén social,

para establecer el tiempo faltante para obtener la pensión, se tuvieron en cuenta los documentos que soportaban las hojas de vida. En el mismo escrito, reitera lo manifestado en escrito de contestación sobre la interpretación realizada a los beneficios contemplados en la Ley 790 de 2002, concluyendo que la vigencia de los mismos, expiró el 31 de enero de 2004.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de los procesos de la referencia, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política.

2. Problema jurídico

En la presente ocasión, corresponde determinar a la Sala si las accionantes cumplen los requisitos para ser consideradas prepensionadas y, si en esa condición, las entidades accionadas – Fiduagraria S.A. y el Incoder – vulneraron los derechos a la igualdad, debido proceso, al trabajo y a la seguridad social, invocados por las accionantes, al desvincularlas de sus cargos por considerar que no hacen parte del retén social consagrado en la Ley 790 de 2002.

Para resolver esta cuestión, la Sala reiterará la jurisprudencia proferida por esta Corporación, relacionada con la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral y con la protección constitucional de las personas próximas a pensionarse, para luego resolver el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela frente a la petición de reintegro laboral. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte ha señalado de manera reiterada que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para obtener el reintegro laboral⁹. Lo anterior en virtud de que se trata de un asunto típicamente laboral, para cuyo debate están establecidas las vías jurisdiccionales ante los jueces especializados.

Para esta Corporación, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos,¹⁰ la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto ha sostenido:

“(…) 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)¹¹ 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)

Sin embargo, la sola presencia de un medio ordinario de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela. Frente a la existencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha admitido, de manera excepcional, la procedencia de la tutela para ordenar reintegros. En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.

En esos casos, el juez de tutela está habilitado para conceder la protección de manera definitiva, si por la gravedad de las circunstancias del caso resulta inoperante asistir al debate ante la jurisdicción laboral, o transitoria, cuando el asunto objeto de discusión puede ser discutido en última instancia ante la jurisdicción laboral.

Ahora bien, con relación a la señora María del Pilar Morales Ruiz¹², la peticionaria solicita que se proteja su derecho a la igualdad por considerar que el mismo fue vulnerado por la entidad

accionada al no incluirla en el retén social como prepensionada. La actora tiene 48 años de edad, fue indemnizada por la fiduciaria y no obra en el expediente prueba sumaria de tener bajo su responsabilidad algún miembro familiar.

Respecto de la petición de la señora Elia María Negrete Genes¹³, la misma se dirige a la protección de sus derechos al trabajo, seguridad social y debido proceso, los cuales considera vulnerados por el Incoder al no tener en cuenta su calidad de prepensionada y la protección laboral que le cobijaba. La accionante tiene 56 años de edad y no se observa en el expediente, información alguna sobre su situación familiar y económica.

En ambos casos, observa esta Sala que no hay claridad sobre la afectación del mínimo vital de las accionantes. Sin embargo, se advierte que la desvinculación de las mismas genera una consecuencia negativa en su derecho a obtener la pensión de vejez, ya que las entidades tuteladas, Fiduagraria y el Incoder, al momento de suprimir los cargos que ocupaban las señoras Morales y Negrete no tuvieron en cuenta que eran trabajadoras que se encontraban próximas a pensionarse, en los términos de la convención colectiva - para la primera- y de la Ley 100 de 1993 - en el caso de la segunda-.

Ahora, con relación al derecho a la igualdad invocado por Elia María Negrete Genes, quedó demostrado en el expediente que el Incoder, en el proceso de reestructuración y con base en las previsiones de la Ley 790 de 2002, tuvo en cuenta a otros sujetos de especial protección como lo fueron las madres y padres cabeza de familia y los trabajadores incapacitados¹⁴. La exclusión de la demandante, como beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de prepensionada, permite inferir una transgresión de su derecho fundamental a la igualdad.

Así las cosas y teniendo en cuenta las condiciones anteriormente anotadas, considera esta Sala que respecto de los derechos fundamentales a la igualdad y a acceder a la pensión de jubilación o vejez de las demandantes, se presenta un perjuicio irremediable que hace procedente las acciones de tutela.

Al respecto, en Sentencia T-009 de 2008 esta Corte señaló:

“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.”

“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)

Como se puede observar, en este caso, las accionantes acuden a la tutela con la finalidad de obtener 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 a la cual se encontraban vinculadas. 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. Protección constitucional de las personas que están próximas a pensionarse. Reiteración de jurisprudencia.

En su jurisprudencia¹⁵, esta Corporación ha definido el concepto de derechos adquiridos como aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de una persona. Esto implica

que un derecho se ha adquirido cuando quien lo reclama, acredita el cumplimiento de los requisitos descritos en el ordenamiento.

Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho. En ese sentido, la situación jurídica no se ha consolidado, pues los hechos que las premisas legales exigen no han sido cumplidos.

Estos conceptos generan consecuencias jurídicas diferentes. Los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores ya que comprenden una situación jurídica consolidada tras el cumplimiento de ciertos requisitos fácticos, lo que les confiere el carácter de intangibles¹⁶. No ocurre lo mismo con las expectativas de derecho, que pueden ser afectadas por normas posteriores, pues no entrañan una consolidación de derechos ni el perfeccionamiento de situaciones jurídicas bajo un ordenamiento precedente¹⁷.

Ahora bien, en materia de reconocimiento de derechos pensionales la Corte Constitucional ha construido una sólida jurisprudencia¹⁸ de protección de aquellas expectativas próximas a realizarse, estableciendo una diferencia inequívoca entre las meras expectativas y aquellas expectativas legítimas y previsibles de adquisición de un derecho, para concluir que mientras las primeras no son objeto de protección constitucional, las segundas gozan de un privilegio especial proveniente de la Carta.

Sobre el tema esta Sala de revisión, en Sentencia T-009 de 2008¹⁹, expuso lo siguiente:

“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.”

Así las cosas, las expectativas de las personas que están próximas a pensionarse admiten un trato preferencial respecto de las que están lejos de hacerlo, ya que se les permite pensionarse según regímenes anteriores, privilegio que se encuentra plenamente justificado por la Carta Política.

5. Protección legal de las personas próximas a pensionarse. Artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

En el marco de protección de los derechos de las personas próximas a pensionarse, el legislador promulgó la Ley 790 de 2002. El objeto de esta ley fue renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado en un marco de sostenibilidad financiera²⁰. Para tal efecto ordenó la fusión y la liquidación de distintas entidades en el marco de lo que se denominó el programa de renovación de la administración pública, disponiendo al mismo tiempo medidas de protección a favor de personas que por sus condiciones particulares podrían resultar especialmente afectadas por la desvinculación.

Dicha ley, en su artículo 1221, estableció un beneficio –concretamente para los prepensionados- que cobijaba a aquellos servidores públicos que dentro de los tres años siguientes contados a partir de la promulgación de la ley, cumplieran con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez o jubilación.

En este sentido, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó, a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho. Así, mediante el artículo citado, el legislador garantizó la preservación de un derecho en vías de adquisición, no de una mera expectativa, pues las personas que en menos de tres años adquirirían el derecho a pensionarse configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual

estaban vinculadas.

Posteriormente se expidió la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 822 modifica la protección conferida por la Ley 790, disponiendo expresamente que los beneficios otorgados por la Ley 790 de 2002 se aplicarían hasta el 31 de enero de 2004, exceptuando a las personas próximas a pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Mediante Sentencia C-991 de 2004, esta Corporación declaró la inexecutable del límite temporal establecido en la Ley 812, por considerar, en primer lugar, que constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002²³; así como violatorio del principio de igualdad, pues para la protección a las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal. En dicho fallo la Corte recogió la posición fijada por la Sentencia T-792 de 2004²⁴, mediante la cual se dio inaplicación a la norma legal por violación del principio de igualdad constitucional, y retiró del ordenamiento jurídico la expresión “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”, con lo cual eliminó el límite temporal que perjudicaba a las madres cabeza de familia y a los discapacitados.

A partir de la fecha, la Corte aseguró que el retén social no tenía límite temporal alguno, es decir, que las normas que lo integraban se prolongaban hasta la liquidación definitiva de la entidad, es decir, hasta la culminación jurídica de la misma.

Ahora bien, frente a la situación de las personas a las que les faltan menos de 3 años para adquirir el derecho a la pensión y, específicamente con relación a la fecha en que deben empezar a contarse los tres años señalados en la Ley 790, se presentaron diversas interpretaciones. No obstante, sobre este particular en Sentencia T 009 de 2008, esta sala de Revisión definió el punto al señalar que los 3 años de protección deben empezar a contarse a partir del momento en que se reestructura la entidad pública.

“La certeza de que la protección contenida en el artículo 12 de la Ley 790 procedía respecto de personas que a la fecha de su promulgación y dentro de los tres años siguientes adquirieran el derecho a pensionarse había sido ratificada por el texto del artículo 1º del Decreto 190 del 30 de enero de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002, que en su numeral 5º dispuso:

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

“Así, pues, una interpretación literal de la norma no parece llevar a conclusión distinta: los 3 años deben contarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 200225.

“No obstante, una interpretación histórica de la disposición, sistemáticamente vinculada con los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, arroja una conclusión distinta.

“Tal como lo determinó el artículo 13 de la citada Ley 790, el límite temporal de los beneficios del retén social se extendía, inicialmente, del primero de septiembre de 2002 hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas por dicha ley, es decir, hasta el 27 de junio de 2003, 6 meses después de su publicación.

Ley 790 de 2003

“Artículo 13. Aplicación en el tiempo. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1° de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.

“Lo anterior significa que las medidas de protección del retén social beneficiarían a los trabajadores pertenecientes a entidades que fueran reestructuradas en ese lapso, es decir, de entidades reestructuradas en el lapso de 6 meses contados a partir de la promulgación de la Ley.

“La entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 modificó –sin embargo– el panorama de protección previsto: la Ley 812 de 2003 extendió el programa de renovación de la administración pública nacional, en tanto que ordenó al Gobierno Nacional promover un plan general basado en tres principios básicos: a) Fortalecimiento de la participación ciudadana; b) adopción de una nueva cultura de gestión de lo público, y c) Avance en la descentralización y su articulación con el ordenamiento territorial.

“Al proceder de esta forma, la Ley 812 prolongó los beneficios de protección social

concedidos por el artículo 12 de la Ley 790, no ya hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 13 de la Ley 790 -seis meses después, como se había previsto-, sino hasta el 31 de enero de 2004.

“El artículo 8º de la ley lo señala del siguiente modo:

“Art. 8º Literal D. Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”.

“Con la modificación hecha por la Ley 812, el retén social se desvinculó del plan de renovación previsto en la Ley 790 de 2002, para convertirse en régimen obligatorio en el proceso de renovación administrativa fijado por el Plan Nacional de Desarrollo, por lo menos hasta la fecha de vigencia de ese plan, que es 24 de julio de 2007, fecha en la cual entró a regir la nueva ley del Plan, la Ley 1151 de 2007. Así lo estableció la Sentencia T-993 de 200726.

“Efectivamente, por virtud de la Ley 812 de 2003, el retén social dejó de regir por el término fijado en el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 -a partir del 1º de septiembre del año 2002 hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias-, para imponerse como constante en el programa de renovación general de la Ley 812 de 2003, Plan Nacional de Desarrollo.

“Inicialmente, respecto de las madres cabeza de familia y de los discapacitados, la protección se concedió hasta el 31 de enero de 2004. No obstante, la Corte Constitucional declaró inexecutable el límite temporal por considerarlo regresivo²⁷ y violatorio del principio de igualdad²⁸ e hizo extensiva la protección a todo el programa de renovación.

“Por su parte, respecto de las personas próximas a pensionarse, la Ley 812 no fijó límite de vigencia, y señaló que la protección de estabilidad laboral regía hasta el momento en que al pensionado le fuera reconocida la pensión de jubilación o vejez.

“Ahora bien, en principio, dado que la Ley 812 de 2003 incorporó las normas de protección social establecidas en el artículo 12 de la Ley 790, la definición de “persona próxima a pensionarse” debía ser la misma utilizada por la Ley 790 de 2002: aquella persona que en los tres años siguientes a la promulgación de la ley adquiriera el derecho a pensionarse.

“No obstante, como la Ley 812 de 2003 incorporó las normas del retén social de la Ley 790 a un plan general -de mayor amplitud- de renovación de la Administración Pública, la conclusión congruente es que la definición de “persona próxima a pensionarse” debiera desligarse de uno de sus elementos: la fecha de vencimiento establecida en la Ley 790.

“En otras palabras, el hecho de que el retén social propulsado por la Ley 812 se hubiera desarticulado del programa provisional de la Ley 790, hace que también se desligue de la fecha de vencimiento fijada por la Ley 790. Este desprendimiento de las restricciones del régimen transitorio de la Ley 790 obliga a reconocer que la definición de “persona próxima a pensionarse” debe ajustarse esta nueva realidad jurídica, a esta incorporación jurídica de la figura en un régimen de mayor duración, y que, por tanto, el momento en que deben empezar a contarse los 3 años de protección para las personas próximas a pensionarse no pueda ser el de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 -por ser éste el régimen anterior, que tenía vigencia transitoria- sino el de reestructuración efectiva de la entidad de la administración pública objeto de renovación, en virtud de la Ley 812 de 2003.

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

“En conclusión, el legislador estableció en 3 años como el lapso dentro del cual una persona puede considerarse próxima a pensionarse. Con ello consagró un plan de transición por dicho lapso. Este término debe ser respetado por la Corte. Lo que fue modificado, gracias a la vigencia de la Ley 812, es la fecha, el momento histórico, a partir del cual deben contabilizarse esos 3 años.

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

“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.”

En conclusión, la protección de las personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación de la administración pública, del mismo modo que ha ocurrido con las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas discapacitadas, siempre y cuando la reestructuración o liquidación de la entidad se haya realizado dentro del programa de renovación de la administración nacional.

Adicionalmente, las personas próximas a pensionarse son, a partir de la sentencia de la Corte, las que adquirirían el derecho a pensionarse dentro de los 3 años siguientes a la reestructuración de la entidad.

Hechas las anteriores precisiones, pasa la Sala a estudiar los casos concretos.

6. Caso concreto

6.1. Expediente T-1'968.373.

Atendiendo lo expuesto en acápite anterior, la señora María del Pilar Morales Ruiz fue desvinculada de la Empresa Social del Estado 'Luis Carlos Galán Sarmiento' como consecuencia de la supresión del cargo de odontóloga general que ejercía desde el 23 de octubre de 1989²⁹, sin que se tuviera en cuenta su condición de prepensionada.

Por su parte, la Fiduciaria accionada dentro de los argumentos esgrimidos para desvirtuar las pretensiones de la demanda, señala que la acción de tutela es improcedente ya que la señora Morales dispone de otro mecanismo de defensa judicial y además, por no demostrarse la existencia de un perjuicio irremediable ni la afectación del mínimo vital.

Añade que los beneficios de la convención colectiva no están vigentes y por tanto no son vinculantes para la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Ahora, de la lectura del decreto de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, se observa que la supresión de la empresa no se dio 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. 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, 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".

Así las cosas, es claro que, en principio, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no fue liquidada en el programa de renovación de la administración pública. Ello llevaría a concluir que las normas del retén social no le son aplicables a dicha entidad, dado que por haber sido suprimida en desarrollo de las facultades ordinarias del Presidente de la República, ninguna obligación legal existía, en principio, para proteger a personas puestas en condiciones de

vulnerabilidad.

No obstante lo anterior, para obtener mayor claridad sobre este punto la Sala solicitó a la Oficina de renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación que informara si la supresión y liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se dio dentro del programa de renovación de la administración, entidad que dentro del término legal informó que dicha liquidación se efectuó dentro del programa de renovación, de conformidad con los lineamientos señalados por el Presidente de la República en la Directiva No. 10 de agosto de 2002.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la supresión y liquidación de la entidad accionada se dio dentro del programa de renovación de la administración pública, aunque en el Decreto 3202 de 2007 no se indique expresamente.

Como se expuso en capítulo anterior, la protección de las personas próximas a pensionarse se extiende durante todo el proceso de renovación de la administración pública, por tanto se aplica hasta la liquidación de la entidad accionada. En ese sentido y teniendo en cuenta que el plazo para dar por terminado el proceso de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento - el cual se estipuló para el 25 de agosto de 2008 - se prorrogó hasta el 24 de febrero de 2009³⁰, dicha entidad está en la obligación de aplicar los beneficios contemplados en el retén social protección durante el proceso de liquidación.

Ahora bien, para establecer si efectivamente la accionante tiene la condición de prepensionada, es necesario determinar el régimen que le es aplicable.

Al respecto manifiesta la accionante que el régimen aplicable a su caso es contemplado en la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, la cual, a su juicio, se encuentra vigente. Dicha convención señala como requisitos para acceder a la pensión de jubilación que el trabajador cumpla 20 años de servicio continuo o discontinuo y cincuenta años de edad si es mujer³¹.

Contrario a lo manifestado por la actora, la Fiduciaria sostiene que la convención colectiva no se encuentra vigente y no se puede aplicar, toda vez que, a su juicio, al declararse la exequibilidad del Decreto 1750 de 2003 mediante el cual se escindió el ISS, la Corte Constitucional ratificó la imposibilidad de aplicar la convención colectiva de trabajo a los

empleados públicos de las ESE. Además, alega que las Empresas Sociales del Estado no fueron ni son parte del contrato colectivo, por no existir al momento de su celebración.

Señala que al no aplicarse la convención colectiva, la accionante no cumple los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el Decreto 1653 de 1977 para el reconocimiento de la pensión, por cuanto tiene 48 años de edad y 18 años, 8 meses y 19 días de tiempo de servicio. Concluye indicando que, de acuerdo a lo anterior, la señora Morales Ruiz no se encuentra dentro del grupo de personas protegidas por el retén social.

Así las cosas, resulta necesario para esta Sala establecer, en primer lugar, si la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, se encuentra vigente y si se aplica al caso concreto, para luego entrar a determinar si efectivamente la accionante María del Pilar Morales Ruiz, de acuerdo con lo señalado en el contrato colectivo, se encuentra dentro del retén social en calidad de prepensionada.

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

La Corte Constitucional, en Sentencia C-314 de 200432 al analizar la afectación de los derechos adquiridos de los trabajadores que, automáticamente y sin solución de continuidad, fueron vinculados a las nuevas empresas sociales del Estado, en virtud del Decreto 1750 de 2003 dijo lo siguiente:

“Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico”. (Negrillas fuera de

texto).

Posteriormente, en la Sentencia C-349 de 2004 reiteró la posición sentada en la sentencia anteriormente citada, manifestando que:

“Concretamente sobre el tema de los derechos laborales derivados de la convención colectiva vigente, en el fallo en cita se estimó que la convención colectiva de trabajo era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, por lo cual, respecto de los trabajadores cobijados por ella, era fuente de derechos adquiridos, por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conservara su vigencia. Dado que el aparte final del primer inciso del artículo 18 no hacía referencia a esta clase de derechos, el mismo vulneraba las normas superiores relativas a la protección del trabajo.

“(…)

“Por lo tanto, la incorporación “automática y sin solución de continuidad quiere decir: (i) que se produce sin necesidad de requisitos adicionales a la expedición del Decreto 1750 de 2003; (ii) que por lo mismo no requiere de la formalización de una nueva relación laboral; (iii) que implica la prórroga de la relación laboral preexistente, sin suspensión temporal de la misma, aunque ella venga a ser regida por un régimen laboral nuevo, como sucede cuando el trabajador oficial viene a ser empleado público.

“Este último efecto inmediato y sin solución de continuidad, es definido directamente por el parágrafo del artículo 17 que al efecto dispone que la no suspensión de la relación laboral significa que se computará, para todos los efectos legales, el tiempo servido al Instituto de Seguros Sociales, con el tiempo que se sirva en las nuevas empresas que se crean.

“Se pregunta entonces la Corte si las anteriores circunstancias, derivadas todas ellas del alcance de las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad tienen el efecto de desconocer las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva, por implicar la pérdida de beneficios logrados convencionalmente, como afirman los demandantes.

“A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho de que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal

(o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.

“Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador - trabajador. Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente”. (Negrilla fuera de texto).

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

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

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 establece 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.

Ahora, si bien en el expediente se encuentra acreditada que la mencionada convención fue denunciada en dos ocasiones por los representantes del ISS33, ese acto por si solo, de acuerdo con la legislación laboral, no da por terminada la convención colectiva. En estos casos, radicada la denuncia se entra nuevamente en negociaciones hasta llegar a una nueva convención. Al respecto, el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

“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.” (subraya fuera de texto).

La Corte en Sentencia C-1050 de 200134, 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.” (resaltado fuera de texto).

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

“Ahora bien, referido al tema de los efectos de la denuncia de la convención colectiva por

parte del empleador, se tiene que la armonización concreta de los derechos e intereses de las partes lleva a reconocer que el empleador tiene la facultad de manifestar su rechazo a la continuidad de la convención colectiva mediante su denuncia, pero sin que ello pueda ser entendido como rompimiento de la paz laboral, como iniciación del conflicto colectivo o como la presentación de un pliego de peticiones, potestad reservada por legislación vigente a los trabajadores. El ejercicio de la facultad de denuncia por el empleador no puede llegar al extremo de negar el carácter protector de los derechos de los trabajadores que sin ser el único, como se verá posteriormente, sí es propio de la convención colectiva de trabajo. La denuncia de la convención colectiva tiene el efecto de manifestar la intención de renegociar la convención colectiva, porque se está inconforme con la vigente.

“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.”

El precedente jurisprudencial, deja en claro que la denuncia hecha solamente por el empleador no extingue 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 existencia y por ende, la de los beneficios otorgados a sus trabajadores.

Ahora, como consecuencia de la escisión del ISS se presentó el fenómeno jurídico de la sustitución patronal, los derechos adquiridos en términos de la convención son oponibles al nuevo empleador del trabajador, mientras la convención colectiva conserve su vigencia. Al respecto, 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. Adicionalmente, la finalidad de esta figura es amparar a los trabajadores contra una terminación intempestiva de los contratos de trabajo, a raíz del traspaso o mutación del dominio de una empresa.

En la Sentencia T-395 de 2001 se manifestó lo siguiente:

“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).

‘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, vengan 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 respecto.”
(Sentencia T-395 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En el presente caso, las nuevas empresas sociales del Estado se encargaron de continuar con la prestación del servicio de salud inicialmente a cargo del Seguro Social y, atendiendo lo estipulado en 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, aunque el régimen jurídico de dichos servidores públicos se haya modificado, pasando de trabajadores oficiales a empleados públicos.

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

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encuentra vigente. Ahora bien, establecida como está la vigencia de la citada convención colectiva, entra esta Sala a determinar si efectivamente la accionante María del Pilar Morales Ruiz, de acuerdo con lo señalado en el contrato colectivo en su artículo 98, se encuentra dentro del retén social en calidad de prepensionada.

El artículo 98 de la convención colectiva de trabajo señala los requisitos para adquirir la pensión de jubilación:

“ARTICULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN.

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

A fecha de esta providencia, la señora María del Pilar Morales Ruiz tiene poco más de 48 años de edad³⁵ y 18 años, 8 meses y 19 días de tiempo de servicios³⁶. Ahora, al momento de la supresión de su cargo - 3 de enero de 2008 - tenía 48 años de edad y 18 años, 2 meses y 11 días de servicio. En este caso, a la accionante le hacen falta menos de tres años para acceder a la pensión de jubilación convencional, encontrándose dentro del plazo exigido por las normas del retén social para ser beneficiaria de la protección laboral en calidad de prepensionada.

Así las cosas, la desvinculación de la accionante María del Pilar Morales Ruiz con desconocimiento de la protección laboral consagrada en la Ley 790 de 2002, al tener - como pudo constatar la Sala - la condición de prepensionada, vulnera sus derechos a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y al debido proceso.

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

Se advierte además, que el reintegro durará hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

6.2. Expediente T-1'923.927.

De acuerdo con lo expuesto en los hechos de la demanda, la señora Elia María Negrete Genes manifiesta que fue desvinculada del Incoder como consecuencia de la supresión del cargo de profesional especializado 2028 grado 16 que venía desempeñando en provisionalidad, que tiene 56 años de edad³⁷ y le faltan menos de 3 años para cumplir las 1.000 semanas exigidas por la ley para acceder a su pensión de vejez.

De otro lado, el Incoder señala que aunque no debía aplicar el retén social, lo hizo teniendo en cuenta a los trabajadores que presentaban la calidad de madre o padre cabeza de familia o discapacitados³⁸. Además, afirma que los beneficios de la Ley 790 de 2002 se aplican "únicamente" a los funcionarios de carrera administrativa con nombramiento en propiedad, condición que no acreditaba la accionante.

En el presente caso, para determinar si la accionante es o no beneficiaria de la estabilidad laboral contemplada en la Ley 790 de 2002 en calidad de prepensionada, esta Sala tiene en cuenta los siguientes aspectos:

Si bien la entidad accionada expresa que no estaba en la obligación de aplicar el retén social en el proceso de reestructuración, la misma admite que la protección laboral se aplicó a trabajadores que acreditaron la calidad de madre o padre cabeza de familia o de discapacitados, sin tener en cuenta a los prepensionados. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, el Departamento Nacional de Planeación en respuesta al requerimiento realizado por esta Sala, manifiesta que la reestructuración de la planta de personal del Incoder se dio dentro del marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, de conformidad con los lineamientos definidos por el Presidente de la República en las directivas Nos. 10 de agosto 20 y, 13 de octubre 15 de 2002³⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra demostrado que la reestructuración del Incoder se realizó dentro del programa de renovación de la Administración Pública, por consiguiente, la actuación de esta entidad, prima facie, es contraria a lo sostenido por esta Corte en reiterada jurisprudencia en lo relacionado con el amparo que tienen las personas que se encuentran próximas a pensionarse, durante todo el proceso de renovación de la administración pública, del mismo modo que ha ocurrido con las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas discapacitadas, afectándose de esta forma,

el derecho que tienen estos trabajadores a que se les respeten sus expectativas legítimas de acceder a una pensión de vejez o jubilación.

Ahora, de las pruebas⁴⁰ obrantes en el proceso se pudo constatar que la situación de la accionante se enmarca dentro del término estipulado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, es decir, le faltan menos de tres años para adquirir el derecho a pensionarse.

Por otra parte, dentro de los argumentos expuestos por el Incoder para justificar su actuación, se resalta el hecho de que la señora Elia María Negrete Genes ocupaba el cargo de profesional especializado en provisionalidad, situación que – a juicio de la entidad – no la hace merecedora de la estabilidad laboral reforzada debido a que dicho beneficio sólo se aplica a los funcionarios de carrera administrativa. Esta posición fue aceptada por el juez de primera instancia como fundamento para negar la protección de los derechos solicitados por la señora Negrete.

Esta interpretación restrictiva sobre los beneficiarios del retén social, en el sentido de diferenciar entre los que ocupen el cargo en propiedad o en provisionalidad y otorgar el beneficio a los primeros, es incompatible con la jurisprudencia constitucional la cual ha sido enfática al señalar que la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupen cargos de carrera administrativa en provisionalidad no se ve reducida por ese solo hecho.

Sobre el particular, en la Sentencia T-800 de 199841 se expuso que:

“la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Sala que las normas del retén social que se aplicaron a favor de los trabajadores que demostraron la condición de madre o padre cabeza de familia y de discapacitados debieron aplicarse también a los funcionarios con la calidad de prepensionados, como es el caso de la peticionaria, sin que fuera relevante la naturaleza del nombramiento en el cargo a suprimir.

Así las cosas, la exclusión de la accionante Elia María Negrete Genes de los beneficios otorgados a otros funcionarios en similares condiciones de protección, lesiona sus derechos a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y al debido proceso. La Sala entiende que la vulneración aquí detectada consiste en el trato discriminatorio que por vía de aplicación literal de la Ley 790 de 2002 se dio al caso de la peticionaria, pues aunque la entidad sí protegió los derechos de personas discapacitadas y madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica, dejó por fuera del amparo a una persona que merecía trato similar.

En consecuencia de lo anterior, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, que confirmó la decisión de negar el derecho de la tutelante y concederá la tutela ordenando al Incoder que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reintegre a la señora Elia María Negrete Genes y proceda al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir. La Sala autorizará, no obstante, que se hagan los cruces de cuentas con el monto recibido por la peticionaria en calidad de indemnización, en caso de haberla recibido.

La Sala advierte a la entidad demandada, Incoder, que el reintegro durará hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, en aras de garantizar la subsistencia digna de la accionante y la de su familia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos, decretada por esta Sala mediante auto del 28 de octubre de 2008, para fallar en el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de fecha 24 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mediante la cual se niega el amparo de los derechos invocados por la señora María del Pilar Morales Ruiz.

TERCERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de la accionante y, en consecuencia, ordenará a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario - Fiduagraria S.A., que en el

término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el reintegro de la señora María del Pilar Morales Ruiz y proceda a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir. La Sala autorizará, no obstante, que se hagan los cruces de cuentas con el monto recibido por la peticionaria en calidad de indemnización, en caso de haberla recibido. 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.- REVOCAR la sentencia de fecha 16 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, mediante la cual se niega el amparo de los derechos invocados por la señora Elia María Negrete Genes.

QUINTO.- TUTELAR los derechos fundamentales de la accionante y, en consecuencia, ordenará al Incoder que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reintegre a la señora Elia María Negrete Genes y proceda al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir. La Sala autorizará, no obstante, que se hagan los cruces de cuentas con el monto recibido por la peticionaria en calidad de indemnización, en caso de haberla recibido. El reintegro durará hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez.

SEXTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese 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 Ver copia del decreto a folios 85 al 95 del expediente.

2 Visibe a folio 96 ibidem.

3 Ver escrito de reposición recibido el 11 de enero de 2008 por la ESE, a folios 97 al 100 del expediente.

4 Artículos 98 y 101 de la convención, visible a folios 14 al 83.

5 Sentencia C-314 de 2004.

6 Visible a folio 10 del cuaderno principal.

7 Ver folio 11 ibidem.

8 Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Se deberá subsanar problemas de duplicidad de funciones y de colisión de competencia entre organismos y entidades;

b) Se deberá procurar una gestión por resultados con el fin de mejorar la productividad en el ejercicio de la función pública. Para el efecto deberán establecerse indicadores de gestión que permitan evaluar el cumplimiento de las funciones de la Entidad y de sus responsables;

c) Se garantizará una mayor participación ciudadana en el seguimiento y evaluación en la ejecución de la función Pública;

d) Se fortalecerán los principios de solidaridad y universalidad de los servicios públicos;

f) Se establecerá y mantendrá una relación racional entre los empleados misionales y de apoyo, según el tipo de Entidad y organismo;

g) Se procurará desarrollar criterios de gerencia para el desarrollo en la gestión pública.

9 Ver, entre otras, la Sentencia T-768 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

10 Artículo 86. Constitución Política. "(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)".

11 Cfr. Sentencia T-249 de 2002

12 Expediente T-1'968.373

13 Expediente T-1'923.927

14 En su escrito de contestación, el Incoder reconoce la protección especial de los funcionarios que acreditaron la calidad de padres o madres cabeza de familia.

15 Ver entre otras las sentencias C-177 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-314 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-147 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

16 Sentencia C-584 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

17 Sentencia C-374 de 1997 (MP: José Gregorio Hernández Galindo)

18 Ver entre otras, Sentencia C-168 de 1995, M.p. Carlos Gaviria Díaz; C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-235 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 Artículo 1º ibídem.

21 "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”.

22 “Art. 8º Literal D. Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”.

23 Cfr. Sentencia C-038 de 2004: “...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.

24 M.P. Jaime Araújo Rentería

25 Adpostal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y también el Ministerio de Comunicaciones en memorial remitido a esta Sala el 22 de octubre de 2007, se acogen a esa manera de entendimiento de la norma

26 “Por lo tanto, el Plan de Renovación de la Administración Pública y su protección del retén social se convirtió en régimen obligatorio del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2005 hasta el vencimiento de su vigencia, 24 de julio de 2007, cuando entró a regir la Ley 1151 de 2007 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

“(...)entidad del orden nacional; iii) el Plan de Renovación de la Administración Pública y la aplicación del retén social es una medida que tuvo vigencia hasta el 24 de julio de 2007 cuando expiró la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006.” (Sentencia T-993 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

26 “La Sala observa que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “prote[er] especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”. (Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

26 “Para analizar si tal trato diferencial constituye una vulneración se debe establecer, primero, si los sujetos entre los cuales se presenta el trato diferencial están bajo iguales supuestos que impliquen un trato igual. La Sala observa que si bien materialmente se trata de sujetos con características diversas -en virtud de que una madre cabeza de familia no tiene las mismas calidades que un discapacitado o un sujeto próximo a pensionarse- jurídico-constitucionalmente están en igual posición, a saber, son sujetos con especial protección constitucional en virtud de su estado de debilidad manifiesta (art. 13 constitucional).” (Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

“De acuerdo a lo anterior se tiene que: i) en los procesos de renovación de la administración pública existen límites a la remoción de servidores pertenecientes a la planta de personal, los cuales buscan garantizar la estabilidad laboral de las cabezas de familia, los discapacitados y los prepensionados; y ii) la aplicación del retén social es determinada por la rama ejecutiva cuando decide en el contexto del Plan de Renovación de la Administración Pública suprimir o renovar una entidad del orden nacional; iii) el Plan de Renovación de la Administración Pública y la aplicación del retén social es una medida que tuvo vigencia hasta el 24 de julio de 2007 cuando expiró la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006.” (Sentencia T-993 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

27 “La Sala observa que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o

eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “prote[er] especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”. (Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

28 “Para analizar si tal trato diferencial constituye una vulneración se debe establecer, primero, si los sujetos entre los cuales se presenta el trato diferencial están bajo iguales supuestos que impliquen un trato igual. La Sala observa que si bien materialmente se trata de sujetos con características diversas -en virtud de que una madre cabeza de familia no tiene las mismas calidades que un discapacitado o un sujeto próximo a pensionarse- jurídico-constitucionalmente están en igual posición, a saber, son sujetos con especial protección constitucional en virtud de su estado de debilidad manifiesta (art. 13 constitucional).” (Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

29 La actora ingresó a trabajar en el Instituto de Seguros Sociales el 23 de octubre de 1989, como odontóloga general de la seccional Cundinamarca y fue incorporada automáticamente y sin solución de continuidad en el mismo cargo, en la Empresa Social del Estado ‘Luis Carlos Galán Sarmiento’ mediante Decreto 1750 del 26 de junio de 2003

30 Ver copia del Decreto 3057 de 2008 a folio 14 del cuaderno No. 2.

31 Artículo 98 de la convención, visible a folio 44 del expediente.

32 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 Ver a folio 84 del expediente, respuesta de derecho de petición radicado bajo el No. 55723 mediante el cual se informa que la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001 fue objeto de 2 denuncias: “1- El día 28 de octubre de 2.004 fue denunciada por la Dra. ELENA MESA ZULETA, como Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales. // 2- El día 26 de abril de 2.005 fue denunciada por el Dr. GILBERTO QUINCE TORO, como Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales”

34 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 Nació el 29 de noviembre de 1959. Ver copia de la cédula de ciudadanía a folio 101 del expediente.

36 La accionante manifiesta que ingresó al ISS el 23 de octubre de 1989. Igualmente, la fiduciaria accionada reconoce en su escrito de impugnación el tiempo de servicios de la señora Morales Ruiz.

37 La accionante nació el 11 de enero de 1952 (ver copia de la cédula de ciudadanía a folio 14 del cuaderno principal).

38 Ver certificación expedida el 22 de noviembre de 2007 por el Subgerente Administrativo y Financiero y el Coordinador de Talento Humano a folios 64 al 70 del cuaderno principal).

39 Ver folios 23 a 96 del cuaderno de tutela No. 2.

40 Certificaciones de información laboral expedidos por el Incora y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reporte de semanas cotizadas en el Seguros Social (Folios 15 al 24)

41 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.