

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Procedencia excepcional

Este Tribunal Constitucional ha contemplado que la acción de tutela procede de manera excepcional cuando el desconocimiento del derecho de pensión compromete el núcleo esencial de un derecho fundamental. En este sentido, la Corte ha establecido que la acción de tutela es procedente, cuando se verifican los siguientes supuestos: (i) que sea interpuesta para evitar un perjuicio irremediable; (ii) que la falta de reconocimiento de la prestación social vulnere algún derecho fundamental, como lo es la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento tenga su origen en actuaciones que sean manifiestamente contrarias a preceptos superiores, con lo cual se desvirtúa la presunción de legalidad que recae sobre todas las actuaciones administrativas.

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Naturaleza y términos para hacerlo efectivo

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Términos para resolver

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Término de cuatro y seis meses para resolver reconocimiento y pago

Cuando se le solicita el reconocimiento de una pensión a la entidad encargada de ello, ésta última tiene cuatro meses para dar respuesta a la solicitud de fondo, y seis meses para tomar las medidas que sean necesarias para empezar a pagar las mesadas pensionales. El desconocimiento de dichos términos según lo establece la jurisprudencia constitucional, acarrea vulneración a los derechos fundamentales de petición, mínimo vital y vida digna, por cual se vuelve procedente el amparo constitucional.

INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS-Vulneración del mínimo vital como consecuencia de la demora en la inclusión

La inclusión en nómina de una persona a la que se le ha reconocido su pensión de jubilación, constituye un elemento esencial del libre y pleno goce de dicha garantía laboral.

El reconocer la prestación sin cumplir dicho requisito, genera una vulneración al derecho a la seguridad social, al mínimo vital y a otros derechos fundamentales vinculados estrechamente con ellos, que deberán ser motivo de estudio por parte del juez constitucional en cada caso concreto, como pueden ser: el derecho a la vida digna, a la salud o al debido proceso entre otros, generando una trasgresión de la dignidad humana de quien resulta titular del derecho a la pensión, pero no puede acceder a él.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL

La estabilidad laboral reforzada, es un tipo de protección relativa y no absoluta, que se predica de manera objetiva de todos los trabajadores que se encuentran afectados en su salud, sin importar el vínculo laboral adoptado por las partes o si se el empleador es una entidad de naturaleza pública o privada. Por su parte el reintegro es una medida que procede cuando se cumplen los siguientes tres requisitos: “(i) que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación, y, (iii) que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social”. Lo anterior, siempre teniendo presente la salud de la persona que por su enfermedad goza de especial protección.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD

Cuando se trata de un funcionario que ejerce su función en provisionalidad y además está en condiciones de debilidad manifiesta, requiere el respeto de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin desconocer la posición de quien accedió al cargo por aprobar el respectivo concurso de méritos.

INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS-Orden a Colpensiones incluir en nómina al accionante, iniciar el pago efectivo de las mesadas pensionales a favor y pagar a modo de retroactivo el valor dejado de percibir

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Orden a Gobernación reintegrar a trabajadora a un cargo en provisionalidad, de condiciones iguales o mejores al que venía desempeñando al momento

de su desvinculación

Referencia: expedientes T-3.836.925 y T-3.847.387 (AC)

Acciones de tutela presentadas por Jaime Ernesto Suárez Hernández contra Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES y Rebeca Valencia Ayala contra el Departamento de Santander, representado por el doctor Richard Alfonso Aguilar Villa.

Magistrada (e) Sustanciadora:

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y las Magistradas María Victoria Calle y Martha Victoria Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente, las previstas en el artículo 241, numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Mediante la cual se pone fin al trámite de revisión de los siguientes fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia:

Expediente

Fallos de tutela

T-3.836.925

Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, del 30 de enero de 2013.

T-3.847.387

Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga., del 28 de diciembre de 2012.

Segunda Instancia: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil, del 12 de febrero de 2013.

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 15 de abril de 2013 la Sala de Selección Número Cuatro seleccionó para revisión y acumuló entre sí los expedientes T-3.836.925 y T-3.847.387 para que fuesen fallados en una sola sentencia, tras considerar que presentan unidad de materia.

1. Expediente T-3.836.925

1.1. Hechos y demanda

El 15 de enero de 2014, el señor Jaime Ernesto Suárez Hernández, instauró acción de tutela contra Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, la salud y al mínimo vital, atendiendo a los siguientes hechos:

a. Afirma que mediante Resolución 029098 del 24 de agosto de 2011, el ISS reconoció a su favor la pensión de jubilación por vejez. (Folios No. 2-7)

b. Menciona que por medio del Decreto 352 del 18 de mayo de 2012, la Personería de Bogotá, declaró insubsistente su nombramiento provisional, en cumplimiento de la lista de elegibles contenida en el artículo 1 de la Resolución 3446 del 30 de junio de 2011 de la

Comisión Nacional del Servicio Civil. (Folios No. 11-14)

c. En virtud de lo anterior, manifiesta que el 13 de julio de 2012, presentó derecho de petición solicitando el ingreso en la nómina de pensionados de COLPENSIONES (Folio No. 10), petición, que fue reiterada por la Personería de Bogotá mediante oficio 5584 del 22 de noviembre de 2012 (Folio No. 9), sin que a la fecha de la instauración de la acción constitucional se llevará a cabo dicha inclusión. (Folio No. 8)

d. Por lo anterior, solicita se ordene a la accionada incluirlo en la nómina de pensionados y realizar los respectivos pagos de las mesadas y aportes en salud entendiendo que se está viendo vulnerado su mínimo vital.

1.2. Respuesta de la entidad accionada

A pesar de haberse notificado a COLPENSIONES el inicio del trámite de la acción mediante oficio del 17 de enero de 2013, dicha entidad no respondió en el término establecido, guardando silencio frente a la protección de tutelar solicitada.

1.3. Sentencia de única instancia

El 30 de enero de 2013, el Juzgado Octavo Civil del Circuito Bogotá D.C., resolvió conceder el amparo tutelar únicamente frente al derecho fundamental de petición. Lo anterior, ya que se consideró que el no dar respuesta habiendo transcurrido más de cinco (5) meses desde la presentación de la solicitud, constituye una vulneración del mencionado derecho.

No obstante lo anterior, concluye el juez que el amparo con respecto a los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida y la salud, es improcedente. Esto, debido a que se aprecia que (i) no se acreditó dificultad que imposibilite hacer uso de los mecanismos ordinarios previstos por la ley y (ii) no existe perjuicio irremediable que permita la procedencia excepcional de la tutela en lo que a reclamación de prestaciones económicas se refiere.

No se presentó recurso de impugnación por ninguna de las partes.

2. Expediente T-3.847.387

2.1. Hechos y demanda

El 19 de diciembre de 2012, la señora Rebeca Valencia Ayala, instauró acción de tutela contra el Departamento de Santander, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la vida digna, al debido proceso, a la seguridad social y a la salud, conforme a los siguientes hechos:

a. Manifiesta que desde hace quince años trabajaba como secretaria en el Colegio Nuestra Señora de la Paz, al servicio de la Secretaría de Educación de Santander (Folio No. 8), en cuyo desempeño desarrolló síndrome del túnel carpiano bilateral de predominio derecho.

b. Debido a la enfermedad que presentaba, solicitó a EPS SALUDCOOP la calificación de invalidez. Esta entidad confirmó el diagnóstico de la enfermedad de origen laboral y recomendó solicitar a la ARP correspondiente la adopción de medidas asistenciales y económicas con respecto a su condición. (Folios No. 11-25)

c. Por lo anterior, menciona que solicitó la calificación de su enfermedad a Liberty Seguros de Vida S.A. ARL. Sin embargo, dicha entidad manifestó a la EPS SALUDCOOP, que no se reconoce el origen de la enfermedad como profesional y debido a ello, recae en la EPS continuar con la cobertura correspondiente. (Folios No. 27-29) Decisión, frente a la cual la accionante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación. (Folio No. 26)

d. Inicialmente, en su acción de tutela sostuvo que posteriormente, el ISS la calificó y le reconoció una pérdida de capacidad laboral del 55.46%; y que además, su caso está siendo actualmente estudiado por la Junta de Calificación Regional. Sin embargo, mediante comunicación enviada a la Corte en sede de revisión el 13 de febrero de 2015, corrigió este punto y manifestó que a esa fecha no se había “(...) hecho la calificación de pérdida de la capacidad laboral (...)”. (Folio No. 18, Cuaderno Revisión).

e. Adicionalmente, indica que el 21 de septiembre de 2012 mediante la Resolución No. 015533, la Gobernación de Santander dio por terminado el nombramiento provisional de la accionante, nombrando en su lugar al señor Alexander Otero Silva, quién –según informa la accionante- al momento de la interposición de la acción de tutela, aún no se había posesionado. (Folios No. 9 y 10)

f. Solicita, que se deje parcialmente sin efecto la Resolución No. 015533 de 2012, en lo que concierne a la declaración de insubsistente con respecto a la accionante, y así se ordene el correspondiente reintegro y reubicación laboral.

2.2. Respuesta de la entidad accionada

Se notificó al Departamento de Santander el inicio del trámite de la acción mediante oficio del 19 de diciembre de 2012, dicha entidad respondió en el término establecido solicitando que se declarara la improcedencia de la acción de tutela basados en los siguientes argumentos

En primer lugar, sostienen que el artículo 130 de la Constitución Política de Colombia, consagra que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la responsable de la administración y la vigilancia de las carreras de los servidores públicos. Correspondiéndole entonces, a este órgano autónomo e independiente, la competencia exclusiva frente al tema.

Por otro lado, argumentan que el retiro de la señora Rebeca Valencia Ayala, se debió a que la misma ostentaba un puesto en calidad de provisional, mientras se surtía el proceso del concurso de méritos. En esta medida, al surtir el procedimiento legal, el señor Alexander Otero Silva ostentó el derecho a ser nombrado en periodo de prueba en el cargo de Secretaria Código 440 grado 12; hecho por el cual se terminó la provisionalidad de la accionante y fue retirada del puesto mediante Resolución 015533 del 21 de septiembre 2012, debidamente notificada el 27 de septiembre de 2012.

2.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, mediante fallo del 28 de diciembre de 2012, decidió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados. Lo anterior, al encontrar probado que no se cumple con los requisitos para la procedencia excepcional de la acción con respecto al reintegro. Esto, debido a que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable puesto que la terminación del vínculo laboral no es obstáculo en el proceso de calificación laboral.

Adicionalmente, se consideró que teniendo en cuenta la provisionalidad del cargo que desempeñaba, la accionante cuenta con otros medios de defensa más efectivos como lo

sería la acción contencioso administrativa que permite solicitar la suspensión provisional del acto administrativo.

2.4. Impugnación

La accionante impugnó el fallo de primera instancia, al considerar que su grave estado de salud es un factor que permite en el caso en concreto, la protección constitucional residual de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De esta manera, insiste en que se debe proceder a proteger su derecho al trabajo por un hecho manifiesto de incapacidad y ordenar el reintegro y reubicación acorde con su estado de salud.

2.5. Sentencia de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia del 12 de febrero de 2013, decide confirmar la decisión de primera instancia, en vista de que lo que busca la accionante es dejar sin efectos un acto administrativo válidamente proferido por la autoridad competente, para lo cual al no identificarse perjuicio irremediable, cuenta con otro medio de defensa como vía idónea: acción contencioso administrativa.

Por otro lado, no se cumple con el nexo de causalidad que debe existir entre la desvinculación laboral y la debilidad manifiesta. Lo anterior, ya que se considera claro que dada la provisionalidad del cargo de la tutelante y culminado el proceso de selección, conforme a la normatividad vigente, se debía dar por terminado el encargo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento a lo dispuesto en el antes mencionado auto del 15 de abril de 2013.

2. Problema jurídico y planteamiento del caso

La Corte Constitucional buscará dar respuesta en esta ocasión, a dos problemas jurídicos independientes derivados, por un lado, del expediente T-3.836.925 y por el otro, del proceso T-3.847.387, acumulado por decisión de la Sala de Selección Número Cuatro del 15 de abril de 2013.

En cuanto al primer caso, que corresponde al expediente T-3.836.925 el cual contiene la acción de tutela instaurada por el señor Jaime Ernesto Suárez Hernández contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, corresponderá a la Sala establecer, si la mencionada Administradora vulneró los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del accionante al no haberlo incluido en la nómina de pensionados, así como su derecho de petición por no haberle dado respuesta a las solicitudes presentadas, directamente por él y por la Personería de Bogotá –entidad en la que laboraba- en favor suyo.

Con el fin de resolver los problemas derivados de los casos de referencia, la Corte realizará las siguientes consideraciones generales antes de dar paso a la resolución de los libelos sujetos a revisión: (i) la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, (ii) el alcance del derecho fundamental de petición y los términos para resolver solicitudes en materia pensional, (iii) la vulneración del mínimo vital como consecuencia de la demora en la inclusión de nómina para el pago de pensión, (iv) la estabilidad laboral reforzada cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional y finalmente, (v) los cargos proveídos por concurso en relación con la estabilidad laboral reforzada y la provisionalidad.

3. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que la acción de tutela es un instrumento jurídico de naturaleza especial, mediante el cual se pretende la protección de los derechos fundamentales cuando éstos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos previstos para los particulares. En este sentido, la acción de tutela es un mecanismo “residual y subsidiario”, el cual sólo puede ejercerse cuando la persona no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo, salvo que se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este sentido la Corte en Sentencia T-075 de 2009 se pronunció de la siguiente manera:

“La acción de tutela se creó como un mecanismo transitorio para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución política de Colombia y como tal, el Decreto 2591 de 1991 la reglamentó y señaló las reglas básicas de aplicación. Es así como el artículo 6º de dicha normativa delimitó su procedencia para situaciones en las cuales no existieran recursos o mecanismos judiciales ordinarios, lo cual no obsta para que se analice en cada caso si el procedimiento correspondiente resulta eficaz de acuerdo a las circunstancias de hecho.”

Adicionalmente, en la Sentencia SU-622 de 2001, la Corte Constitucional se refirió al tema de la siguiente manera:

“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: la primera por cuanto tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (artículo 86, inciso 3º, de la Constitución); la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.”[1]

Por otro lado, ésta Corporación ha sido enfática en establecer que la acción de tutela no procede para reclamar el pago de prestaciones sociales, ya que este tipo de controversias son competencia de la jurisdicción laboral.[2] Sin embargo, este Tribunal Constitucional ha contemplado que la acción de tutela procede de manera excepcional cuando el desconocimiento del derecho de pensión compromete el núcleo esencial de un derecho fundamental.[3]

En este sentido, la Corte ha establecido que la acción de tutela es procedente, cuando se verifican los siguientes supuestos: (i) que sea interpuesta para evitar un perjuicio irremediable; (ii) que la falta de reconocimiento de la prestación social vulnere algún derecho fundamental, como lo es la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento tenga su origen en actuaciones que sean manifiestamente contrarias a preceptos superiores, con lo cual se desvirtúe la presunción de legalidad que

recae sobre todas las actuaciones administrativas.[4]

Dicho lo anterior, “el reconocimiento de la pensión puede adquirir una connotación de derecho fundamental cuando por conexidad ponga en peligro otros derechos de naturaleza fundamental, entre ellos la vida, el mínimo vital, la dignidad humana de las personas de la tercera edad. Bajo esta premisa, cuando se niegue el reconocimiento de una pensión y dicha condición involucre directamente a personas de avanzada edad – las cuales por su condición se consideran sujetos de especial protección – deberá considerarse la procedencia de la acción de tutela.”[5] (Subrayado fuera de texto)

Por otra parte, cuando la tutela es promovida con el fin de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, el examen del requisito de subsidiariedad es más exhaustivo. La Corte ha establecido ese requisito, sobre el entendido de que la solución de dicho asunto, atañe en principio a las jurisdicciones ordinaria o contencioso administrativa.[6]

En lo atinente al primer requisito mencionado, el accionante debe acreditar la inminencia de un perjuicio irremediable. Con ese fin, la doctrina constitucional prevé que para que se compruebe este requisito debe acreditarse en el caso concreto[7] lo siguiente:

“(i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”[8]

De la misma manera, se establece en la doctrina constitucional, que la evaluación de los requisitos mencionados no corresponde a un simple escrutinio fáctico, por el contrario, se deben tener en cuenta las circunstancias particulares del accionante de manera tal que se pueda determinar la existencia o no del perjuicio. La Corte, en este aspecto ha puntualizado:

“(…) deberá analizarse si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la

especial protección del Estado. Para la Corte, la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados. Desde esta perspectiva, “tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto.”[9]

Así mismo, esta Corporación ha destacado que el juicio de procedibilidad de la acción de tutela debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental.[10]

En el caso específico de la materialización del derecho a la pensión de jubilación, presuntamente vulnerado por la falta de inclusión en nómina, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que: “El pago de las pensiones se hace efectivo si previamente al mismo se realiza la inclusión en la nómina de pensionados” que constituye un acto de trámite o preparatorio, no atacable en vía gubernativa ni susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de donde surge “que el único medio judicial de defensa para la protección del derecho fundamental, es precisamente la acción de tutela”. [11]

4. Derecho fundamental de petición y términos para resolver escritos de petición en materia pensional

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de la siguiente manera: “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los

derechos fundamentales”.

Con respecto a este derecho, esta Corporación ha establecido que el núcleo esencial del derecho de petición está conformado por cuatro elementos[12], a saber: (i) la posibilidad de presentar de manera respetuosa solicitudes ante las autoridades, “sin que estas se nieguen a recibirlas o tramitarlas”; (ii) la potestad de obtener una respuesta pronta y oportuna dentro del término legal; (iii) el derecho a que sea resuelta de fondo, de forma clara, precisa y adecuada; y (iv) el derecho a que la respuesta sea puesta en conocimiento del interesado oficiosamente.[13]

Así mismo, este tribunal constitucional en reiterada jurisprudencia[14], ha determinado que las empresas encargadas de garantizar el acceso a la pensión tienen el deber de responder las peticiones de reconocimiento pensional según los siguientes criterios:

“(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajuste– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

“(ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;

“(iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001.

“Cualquier desconocimiento injustificado de dichos plazos legales, en cualquiera de las hipótesis señaladas, acarrea la vulneración del derecho fundamental de petición. Además, el incumplimiento de los plazos de 4 y 6 meses respectivamente amenaza la vulneración del

derecho a la seguridad social.”[15] (subrayas originales)

De acuerdo con lo anterior, es claro que cuando se le solicita el reconocimiento de una pensión a la entidad encargada de ello, ésta última tiene cuatro meses para dar respuesta a la solicitud de fondo, y seis meses para tomar las medidas que sean necesarias para empezar a pagar las mesadas pensionales. El desconocimiento de dichos términos según lo establece la jurisprudencia constitucional, acarrea vulneración a los derechos fundamentales de petición, mínimo vital y vida digna, por cual se vuelve procedente el amparo constitucional.[16]

Adicionalmente, la jurisprudencia ha sido clara en estimar que debido a que en principio el reconocimiento, la definición y titularidad del derecho a la pensión es ajena al ámbito del juez de tutela, este debe delimitar su competencia a la verificación de los términos establecidos para dar respuesta. En este sentido la Corte ha dicho que “mediante la acción de tutela es posible lograr que el juez de tutela imparta una orden para que la autoridad morosa resuelva, sin embargo, el sentido de la decisión atañe a la respectiva autoridad que, debiendo entrar al fondo de lo solicitado, se encuentra obligada a generar respuesta.”[17]

Para concluir, en virtud del artículo 23 de la Carta política, todas las personas tienen el derecho de presentar peticiones respetuosas a la administración, y así mismo deben recibir una respuesta que cumpla con los requisitos establecidos por la jurisprudencia en la materia. Este derecho cubre a todas las solicitudes que se hagan en materia de pensiones, para lo cual la entidad frente a la cual se hace la solicitud, tiene cuatro meses para dar una respuesta de fondo. Cuando hay incumplimiento de ese plazo, se vulnera el derecho de petición, e igualmente se ponen en riesgo los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, para lo cual el juez constitucional es competente con el fin de proteger a la persona.

5. La vulneración del mínimo vital como consecuencia de la demora en la inclusión de nómina para el pago de pensión. Reiteración de jurisprudencia

El derecho a gozar de un mínimo vital, que surge como desarrollo directo del Estado Social de Derecho y de los principios a la dignidad humana y a la solidaridad, ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como aquel “que tienen todas las personas a

vivir bajo unas condiciones (...) que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan satisfacer sus necesidades más urgentes como son la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras”.[18]

Bajo ese concepto, considera la Sala que existe un estrecho vínculo entre el reconocimiento de la pensión de vejez y el mínimo vital, toda vez que este último se garantiza con el acceso a unos ingresos regulares derivados de la mencionada prestación. La pensión de vejez, le debe permitir al trabajador satisfacer sus necesidades y las de su familia, cuando se haya desvinculado de la vida laboral porque haya alcanzado la edad de jubilación o por cualquier otra de las razones extraordinarias previstas.

Adicionalmente, ha entendido la Corte que la garantía del derecho a acceder a una pensión, no se limita exclusivamente a la expedición del acto administrativo que la reconozca, como consecuencia del cumplimiento previo de los requisitos para tal fin, sino que por el contrario, es necesario que se adelanten todas las etapas posteriores a ello tendientes a la efectiva materialización del derecho como lo es la inclusión en nómina,[19] para evitar que al dejar de hacerlo se genere un lapso en el que se obstaculice el acceso a los ingresos de la pensión, generando así la vulneración de derechos como la dignidad o el mínimo vital.[20]

La relevancia que tiene la inclusión en nómina de las personas a las que les ha sido reconocida su pensión de vejez con el fin de salvaguardar una remuneración vital, como un paso necesario para la materialización efectiva del derecho de acceso a ella, ha sido desarrollada por esta Corporación. En ese sentido ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano:

“El reconocimiento de derechos por parte de entidades públicas o privadas, presenta dos circunstancias necesarias para que se dé el efectivo goce del derecho reconocido: Primero, el reconocimiento del derecho por la entidad obligada, el cual se hará con el lleno de todos los requisitos legales exigidos para el caso; y segundo, la materialización de tal derecho mediante el agotamiento de los trámites para que el titular del derecho haga efectivo el goce del mismo. Sin embargo, en muchas ocasiones las entidades que han reconocido tales derechos, omiten el cumplimiento de los trámites necesarios para que las personas

beneficiadas puedan disfrutar efectivamente de sus derechos. En el caso de las personas a quienes les ha sido reconocido el derecho a gozar de una pensión de jubilación, es necesario, no sólo la expedición del correspondiente acto jurídico en el cual se declare el derecho en cabeza de alguien, sino también que los trámites posteriores a dicho acto, es decir, los relacionados con su inclusión en nómina entre otros, también se hayan cumplido”.[21]

Así mismo, ha considerado la Corte qué, si bien el acto que reconoce la pensión resulta ser generador de obligaciones claras, expresas y en ese sentido exigibles por la vía ejecutiva, “es un deber de la entidad pública o privada que administra el fondo de pensiones agotar el trámite necesario para que el derecho adquirido pueda materializarse, pues de lo contrario el reconocimiento previo sería nugatorio”.[22]

En la sentencia T-1007 de 1999, la Corte se enfrentó al problema jurídico que se deriva del despido de un trabajador que ha cumplido con los requisitos para pensionarse, sin que el derecho a su pensión se haya hecho efectivo con su inclusión a nómina. En esa oportunidad sostuvo la Corte que: “el retiro del servicio está condicionado a la inclusión del pensionado en nómina. Mientras ella no se haga efectiva, la decisión administrativa de retirarlo carece de eficacia y el trabajador sigue devengando”.

Siguiendo la misma línea, años más tarde en la Sentencia C-1037 de 2003, esta Corporación analizó la constitucionalidad de la disposición que preveía como una causal para la terminación de una relación laboral,[23] el cumplimiento por parte de un trabajador de los requisitos para obtener su pensión de vejez. La Corte encontró razonable dicha provisión, entendiendo que el empleado no podría en ningún momento quedar desamparado, “pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión como una contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral, y será un medio para gozar de un descanso en condiciones dignas”. Como segundo punto, estableció que era necesario adicionar una segunda notificación a la dispuesta en la norma que versaba sobre cumplimiento de los requisitos, con el fin de asegurar que efectivamente al empleado se le hubiese incluido en nómina y se le fuera a garantizar el efectivo acceso a su pensión. Al respecto consideró la Sala Plena en esa oportunidad:

“La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la

Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en las nóminas de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión”.[24] (Negrillas no son del texto original).

En casos similares al sometido a revisión por la Sala en esta oportunidad, desde sus primeras decisiones el tribunal constitucional colombiano, planteó el problema de la ineficacia de los derechos fundamentales propios de nuestro Estado Social de Derecho, que se deriva del haberse reconocido en favor de una persona la pensión de jubilación sin que se haya incluido en la nómina, obstaculizando así el consecuente pago de las mesadas. Al respecto la Sentencia T-135 de 1993 sostuvo:

“Las solicitudes de los peticionarios para ser incluidos en la nómina de pensionados y así recibir efectivamente sus respectivas pensiones, no ha sido atendida por la entidad

demandada. Es más, ni siquiera ha existido al respecto pronunciamiento alguno.

La anterior omisión involucra un problema jurídico constitucional sobre la eficacia de los derechos: es suficiente el reconocimiento de las respectivas pensiones de los peticionarios por parte de la Caja Nacional o, si por el contrario, se necesita el pago efectivo de las mismas para dar cumplimiento con el mandato constitucional de la efectividad real de los derechos fundamentales?

Esta Corporación considera, en concordancia con lo expuesto anteriormente, que la conducta omisiva de la Caja Nacional, atenta contra el principio fundamental que rige nuestro Estado Social de Derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.

En efecto, el simple reconocimiento de las pensiones, que si bien es un requisito indispensable, no implica que el derecho haya sido satisfecho en su debida forma. Para ello, y en aras de darle eficacia material, es necesario que a los peticionarios se les incluya en la nómina de pensionados y, lo que es aún más importante, que efectivamente se les empiece a cancelar cumplidamente las mesadas futuras y las atrasadas”.[25] (Negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, en la Sentencia T-264 de 1998 esta Corporación estudió el caso de un accionante de 84 años quien interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales en vista de la negativa de esta entidad en pagarle la pensión por aportes que legalmente le fueron reconocidos mediante decisiones de la Jurisdicción ordinaria. La Corte concedió el amparo al actor y ordenó al ISS incluirlo en la nómina, pues consideró que “[s]i está de por medio el mínimo vital de una persona de la tercera edad, cuyo único ingreso es la mesada pensional, no cancelársela oportunamente o, como ocurre en esta ocasión, ni siquiera incorporar su nombre a la nómina, teniendo ya derecho a reclamar los pagos, según decisiones judiciales que así lo confirmaron, implica grave amenaza para su subsistencia”.

En la Sentencia T-498 de 2002, la Corte concedió el amparo de los derechos de una mujer, que afrontaba una precaria situación económica, a la que se le había reconocido su pensión de sobreviviente pero el ISS no la había incluido en nómina. Consideró la Sala de revisión en

la decisión referenciada:

“La Corte ha sido reiterativa en decir que si está de por medio el mínimo vital de una persona al no cancelarle oportunamente la pensión a la que tiene derecho, y más grave aún si no ha sido incluida en nómina, se le estaría amenazando la subsistencia a la accionante.

(...)

La inclusión en nómina de pensionados es un requisito para que el beneficiado pueda gozar de su derecho adquirido y por consiguiente recibir la mesada necesaria para su mínimo vital. La inclusión es un acto que de no efectuarse afecta el derecho a la Seguridad Social”.

Bajo una plataforma fáctica muy similar, en la Sentencia T-720 de 2002 la Corte revisó el caso de una señora a la que le habían reconocido, mediante decisión judicial laboral, pensión de sobrevivientes como consecuencia de la muerte de su esposo quien se encontraba afiliado al ISS, entidad que no había procedido a incluirla en la nómina de pensionados. La Sala decidió en esa oportunidad, conceder el amparo y ordenar al ISS la inclusión en nómina de la accionante, considerando qué: “[d]ebe entenderse, entonces, que el derecho pensional no se encuentra satisfecho con el mero reconocimiento, sino que es necesaria la inclusión en nómina y que el pago efectivamente empiece a realizarse, pues de lo contrario, será el pensionado quien además de adelantar todos los trámites dispendiosos para obtener a su favor un reconocimiento, deberá soportar las continuas negligencias administrativas, o lo que es peor, otro largo proceso laboral para que su derecho se materialice”. [26]

En el mismo sentido sostuvo la Corte en la Sentencia T-614 de 2007, en la que la Caja Nacional de Previsión no había incluido en nómina a una señora a la que se le había reconocido la pensión de sobrevivientes, lo cual alegaba la accionante vulneraba sus derechos y los de sus hijos menores de edad, que con respecto a dicho deber, se trata de: “(...) una obligación del fondo de pensiones de la cual depende el efectivo goce de un derecho pensional adquirido, que a su vez está estrechamente ligado con derechos fundamentales como la dignidad humana, el mínimo vital y la salud, es deber del juez de tutela valorar cuidadosamente el material probatorio y si es necesario conceder la tutela

para proteger los derechos invocados”.

En la Sentencia T-046 de 2008, la Corte desarrolló la vulneración al mínimo vital del accionante como criterio para que la tutela sea procedente, el cual estableció que se presumía como transgredido en los casos en que no se cancelaban las acreencias pensionales por un prolongado periodo de tiempo. Puntualmente consideró esta Corporación:

“Así pues, esta Corte tiene establecido que la acción de tutela es procedente para lograr la inclusión de una persona en la nómina de pensionados de una entidad, cuando el no pago de una pensión judicialmente reconocida comprometa el mínimo vital del pensionado. Pero adicionalmente, esta Corporación ha establecido que (i) la cesación prolongada e indefinida del pago de acreencias laborales, entre ellas las mesadas pensionales, hace presumir la vulneración del mínimo vital del pensionado y de los que de ellos dependen, y (iii) que le corresponde a la entidad encargada de pagar esta prestación desvirtuar tal presunción[27]”. (Subrayado original).

Finalmente, en la Sentencia T-686 de 2012 la Sala de Revisión amparó los derechos al mínimo vital, al debido proceso y a la seguridad social de un accionante que alegaba que existió solución de continuidad entre el retiro del cargo que ocupaba, decisión que tuvo como fundamento la resolución en que se le reconocía la pensión de vejez, y el momento en que efectivamente fue incluido en la nómina de pensionados correspondiente. Sostuvo la Corte:

[E]l deber de incluir en nómina al trabajador a quien se le ha reconocido la pensión, es un acto esencial para materializar el derecho al acceso a la pensión a través de su pago mensual. Esta omisión por parte de la entidad responsable, genera la vulneración de derechos fundamentales que se encuentran en cabeza del pensionado, tales como la seguridad social que adquiere la condición de fundamental en tratándose de personas de la tercera edad y el derecho al mínimo vital. Así, se advierte que el acceso a la pensión no se agota con el reconocimiento del derecho a la pensión sino con la inclusión en nómina de pensionados, porque de nada sirve que el Estado reconozca a una persona un derecho si no le asegura efectivamente su ejercicio y disfrute.

En conclusión, la inclusión en nómina de una persona a la que se le ha reconocido su pensión de jubilación, constituye un elemento esencial del libre y pleno goce de dicha garantía laboral. El reconocer la prestación sin cumplir dicho requisito, genera una vulneración al derecho a la seguridad social, al mínimo vital y a otros derechos fundamentales vinculados estrechamente con ellos, que deberán ser motivo de estudio por parte del juez constitucional en cada caso concreto, como pueden ser: el derecho a la vida digna, a la salud o al debido proceso entre otros, generando una trasgresión de la dignidad humana de quien resulta titular del derecho a la pensión, pero no puede acceder a él.

6. Estabilidad laboral reforzada cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional

La Corporación ha reiterado la protección de la cual gozan las personas en situaciones particulares de protección, por su condición vulnerable. En relación con estas condiciones, por ejemplo en la acción de tutela T-504 de 2008[28], expresó:

“De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado debe proteger especialmente a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta con motivo de su condición económica, física o mental. En concordancia con este mandato constitucional, el artículo 47 Superior establece que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. Por su parte, el artículo 54 de la Carta dispone el deber del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

(...)

La Corte Constitucional, con base en las normas citadas precedentemente, ha señalado que las personas con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la prerrogativa de permanecer en el empleo y de gozar de cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación[29], siendo una de sus mayores implicaciones la inversión de la carga de la prueba, de suerte que se constituye una presunción de discriminación sobre todos los actos que tengan por finalidad desmejorar las condiciones laborales de los

trabajadores con alguna discapacidad, al punto que corresponde al empleador desvirtuar la presunción y demostrar que tales actuaciones atienden a una causal objetiva”.[30]

La Corte, al asumir la especial protección para personas con discapacidad, entiende la proporcionalidad entre los derechos de las personas sujetos de la estabilidad laboral reforzada y la necesidad de que la entidad acredite, objetivamente, las causas para desplazar al trabajador objeto de la protección. Este criterio se garantiza a partir de la inversión de la carga de la prueba para exigir a la entidad demostrar una causa objetiva que permita la desvinculación. Esta postura evita la vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por razones de salud, entre otras, no cuentan con las mismas posibilidades de los demás y es garantía del derecho a la igualdad. Cabe precisar, que en fallos recientes la Corporación ha acogido el criterio expuesto por la Sentencia SU-446 de 2011, con el fin de no hacer más gravosa la situación de aquellas personas discapacitadas. En desarrollo de este criterio, en un caso en el cual la accionante interpuso acción de tutela en contra del Consejo Superior de la Judicatura, por desplazarla del cargo que ostentó en calidad de provisionalidad[31], la Sala aseveró:

“Siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento”.

La Jurisprudencia[32] de la Corporación en relación con el estado de afectación física de una persona ha puesto de presente que:

“La especial protección laboral de las personas discapacitadas, en el ámbito positivo y negativo, ocurre cuando quiera que la imposibilidad de acceder al mercado laboral o la exclusión del mismo se produzcan como consecuencia de su estado de debilidad manifiesta, por cuanto la protección se dirige a evitar precisamente que ellos sean objeto de discriminación con ocasión de sus limitaciones. Ahora bien, resulta necesario destacar que, para la Corte, están amparados por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente aquellas personas que tienen la condición de discapacitados, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya sea por acaecimiento de un evento que afecta su salud, o de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional, o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente. No obstante lo anterior, aun cuando la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen una afectación significativa de su salud pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, la Corte ha sostenido que en ambos casos existen razones que justifican la existencia de una especial protección laboral”. (Negrilla fuera del texto original).

Así, la jurisprudencia constitucional permite concluir que la estabilidad laboral reforzada no se predica únicamente de las personas que padecen invalidez o discapacidad, sino también de las personas que han padecido graves deterioros en su estado de salud, por lo que se considera, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta[33]. Específicamente, la Corte en sentencia T-198 de 2006 precisó:

“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”[34]

En el mismo sentido también se pronunció el tribunal constitucional colombiano en sede de tutela, en la Sentencia T-633 de 2011, considerando qué:

“La concepción amplia del término “limitación” ha sido acogida mayoritariamente por la

jurisprudencia reciente de esta Corporación en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.

(...)

En este orden de ideas, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que toda persona que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del padecimiento de una enfermedad y sin importar el tipo de relación laboral existente, 'tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva, desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo (Sentencia T-490 de 2010)'. Es claro entonces que la protección con que cuenta este grupo de personas es relativa y no absoluta, ya que, como se acaba de mencionar, cuando el trabajador incurra en una justa causa de terminación unilateral del contrato, el empleador puede tramitar la autorización de despido ante el respectivo inspector.

Es de concluir, entonces, que los trabajadores que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por la afectación en su estado de salud tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, con independencia de (i) el vínculo contractual adoptado por las partes y; (ii) que su condición haya sido certificada como discapacidad por el organismo correspondiente. En virtud de ello detentan el derecho a permanecer en su cargo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, circunstancia que de todas formas debe ser verificada y autorizada por el inspector del trabajo. Igualmente, tendrá derecho al pago de la indemnización contemplada en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el evento en que la desvinculación laboral se produzca sin la autorización de la autoridad competente". (Negrilla fuera del texto original).

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada, es un tipo de protección relativa y no absoluta[36], que se predica de manera objetiva de todos los trabajadores que se encuentran afectados en su salud, sin importar el vínculo laboral adoptado por las partes o

si se el empleador es una entidad de naturaleza pública o privada. Por su parte el reintegro es una medida que procede cuando se cumplen los siguientes tres requisitos: “(i) que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación, y, (iii) que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social”. [37] Lo anterior, siempre teniendo presente la salud de la persona que por su enfermedad goza de especial protección.

No obstante, frente al segundo requisito, la Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia de unificación, estableció que la protección constitucional reforzada no depende del conocimiento del empleador, como quiera que la circunstancia que da lugar a esa forma especial de amparo es un hecho objetivo [38]. Así, el conocimiento por parte del empleador de la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra su empleado, será determinante para fijar el grado de protección, pero no la protección misma.

7. Los cargos proveídos por concurso en relación con la estabilidad laboral reforzada y la provisionalidad

La jurisprudencia de la Corte ha reiterado el trato preferencial que las entidades deben observar en relación con la condición especial de algunas personas. En este sentido ha expresado la especial protección respecto a (i) las madres y padres cabeza de familia; a (ii) las personas próximas a pensionarse; a (iii) las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad derivada de una enfermedad que afecta su desempeño laboral.

De otra parte, la protección de los funcionarios que están en provisionalidad es relativa en el entendido de que ejercen su función con la posibilidad de ser desplazados cuando el cargo se provea en concurso de méritos, condición esta que tiene un derecho preferente en relación con quienes no participaron en el mismo. Ahora bien, cuando se trata de un funcionario que ejerce su función en provisionalidad y además está en condiciones de debilidad manifiesta, de conformidad con lo ya expuesto requiere el respeto de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin desconocer la posición de quien accedió al cargo por aprobar el respectivo concurso de méritos.

Sin embargo, la Corte ha precisado algunas medidas tendientes a no desconocer los derechos de quienes se encuentran en las condiciones de vulnerabilidad que implican una

especial protección. Así en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, al pronunciarse en relación con los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, madres y padres cabeza de familia y prepensionados expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[39], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación[40]. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.

Así mismo, la mencionada sentencia de unificación establece que es menester respetar los derechos de aquellos que están en condición de vulnerabilidad:

“Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad”.

La Sentencia transcrita, pone de presente, que si bien existe discrecionalidad de la entidad en cuanto al registro de elegibles, también debió proteger las personas que se consideran están en indefensión, por lo menos para ofrecerles una protección distinta en relación con su situación. En el caso objeto de esa decisión la Corporación llega a la conclusión de que la Fiscalía General vulneró el artículo 13 Superior en perjuicio de esas personas, toda vez que debió adoptar medidas previas para evitar la mencionado desconocimiento del derecho fundamental. También la Sentencia manifiesta que la Fiscalía debió implementar mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones mencionadas fueran las

últimas en ser desvinculadas, todo ello con el propósito de proteger su derecho a la igualdad.

En esta misma línea de pensamiento, la Sentencia T-462 de 2011, reconoció que las personas que sufran de alguna discapacidad psíquica, o sensorial que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera y deban ser desvinculadas como consecuencia del concurso de méritos requieren protección por el sistema de seguridad social, “(...) el que por ejemplo, podría reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez, de cumplirse los requisitos legales, dentro de los que se encuentra el porcentaje mínimo de disminución de capacidad laboral”.

La seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

Concluido el recuento de los principales lineamientos trazados por la jurisprudencia en estas materias, la Sala procede a analizar los casos en revisión.

8. Análisis de los casos concretos

8.1. Expediente T-3.836.925

Mediante Resolución No. 00061059 del 15 de diciembre de 2009, el Instituto del Seguro Social (ISS) negó la solicitud de la Pensión de Vejez del señor Jaime Ernesto Suárez Hernández, bajo el argumento de que él no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley. El accionante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación frente a dicha decisión, el cual fue resuelto por el ISS.

El ISS resolvió el recurso interpuesto por el accionante, a través de Resolución 029098 del 24 de agosto de 2011, en la que decidió modificar la conclusión a la que había llegado en la recurrida del 15 de diciembre de 2009, y “[c]onceder pensión de jubilación financiada por

cuota parte pensional (...)" . Así mismo, también decidió la entidad:

“DEJAR EN SUSPENSO el ingreso a nómina y el pago de la mesada pensional, de la prestación económica reconocida al asegurado JAIME ERNESTO SUAREZ HERNANDEZ, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.107.436, hasta tanto se aporte al expediente fotocopia autentica (sic) del acto administrativo mediante el cual acredite el retiro del servicio, así como el retiro del Sistema General de Pensiones” . (Folio No. 7).

Por medio del Decreto No. 352 del 18 de mayo de 2012, el Personero de Bogotá D.C., director de la entidad en la que trabajaba el accionante hasta esa fecha, declaró “(...) insubsistente el nombramiento provisional efectuado al señor JAIME ERNESTO SUAREZ HERNANDEZ (...)” . (Folio No. 13).

No.

Cédula

Nombre

Acto de desvinculación

Resolución de reconocimiento del derecho pensional

Fecha de radicación ante ISS o Colpensiones

Fecha de retiro

2

19107436

Jaime Ernesto Suárez Hernández

Decreto 352 de 2012

Resolución 029098 de 2011

13 de julio de 2012

4 de junio de 2012

De los datos aportados en la mencionada comunicación de la Personería de Bogotá, se logra establecer que el señor Suárez Hernández fue retirado efectivamente de su trabajo en dicha entidad el 4 de junio de 2012, y que la Personería notificó dicha situación a Colpensiones (antes ISS) el 13 de julio de 2012.

Corroborando lo anteriormente dicho, también obra en el expediente de tutela una comunicación radicada el 13 de julio de 2012 por el accionante y dirigida al ISS en el que autoriza que se le descuente de su mesada pensional el valor de su cuota de salud, alegando el señor Suárez Hernández que: "(...) he sido desvinculado como funcionario de la Personería de Bogotá, mediante Decreto 352 del 18 de mayo de 2012, a partir del 4 de junio de 2012".

Al no obtener respuesta a sus solicitudes o frente a los requerimientos realizados por la Personería de Bogotá en su caso específico, el señor Suárez interpone acción de tutela, afirmando que después de 8 meses de la última comunicación, todavía no lo habían ingresado en nómina ni le habían dado ningún tipo de información, vulnerando sus derechos fundamentales a la vida en conexidad con el mínimo vital, a la seguridad social y a la salud. Por esa razón, solicitaba al juez constitucional que se ordene al ente accionado que proceda a incluirlo inmediatamente en nómina y efectuar los pagos de las mesadas pensionales y aportes en salud.

El 30 de enero de 2013, mediante Sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, el juez constitucional de instancia decidió negar por improcedente el amparo a los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y salud, y por el contrario, tuteló el derecho fundamental de petición, ordenando a las entidades pensionadas dar respuesta de fondo las solicitudes presentadas por el señor Suárez Hernández.

Mediante auto de pruebas del 22 de julio de 2013, la Sala Octava de Revisión solicitó en sede revisión, el envío a la Corte Constitucional de la copia de la historia laboral del señor Jaime Ernesto Suárez Hernández. A través de oficio fechado 5 de agosto de 2013, la Secretaría General de esta Corporación informó que durante el término dispuesto para el

envío de los medios probatorios solicitados, Colpensiones (antes ISS) no remitió comunicación alguna.

El 30 de enero de 2015, el despacho de la Magistrada encargada sustanciadora solicitó a Colpensiones informar por escrito si el accionante ya había sido incluido en la nómina de pensionados de dicha entidad y si se le estaban realizando los pagos correspondientes a su pensión de jubilación. Nuevamente, como consta en oficio del 13 de febrero de 2015 de la Secretaría de esta Corporación, no se recibió en la Corte comunicación alguna por parte de la entidad requerida.

De acuerdo con el anterior resumen de los hechos del caso sometido a revisión en esta oportunidad, le corresponde a esta Sala establecer si Colpensiones (antes ISS) vulneró los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, al no haberlo incluido en la nómina de pensionados, así como su derecho de petición por no haberle dado respuesta a las solicitudes presentadas, directamente por él y por la Personería de Bogotá –entidad en la que laboraba- en favor suyo.

La Corte concuerda con la decisión proferida por el juez constitucional de instancia en cuanto al reconocimiento de la vulneración del derecho de petición del accionante por parte de Colpensiones, toda vez que nunca se le dio respuesta a las solicitudes por él presentadas. En consecuencia, ideas y resaltando el valor fundamental del derecho de petición, la Corte confirmará la decisión que frente a él profirió el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá.

Como bien se expuso en la sección 6 de esta providencia al desarrollar la línea jurisprudencia de la Corte frente al acceso efectivo a la pensión de jubilación, la inclusión en nómina de una persona a la que se le ha reconocido dicha prestación laboral, constituye un elemento esencial de su pleno y libre garantía.

Al accionante se le reconoció su pensión mediante Resolución 029098 del 24 de agosto de 2011, en la que se dejó en suspenso su inclusión en la nómina y el inicio del pago de las mesada pensionales, hasta el momento en que se presentara ante Colpensiones el acto administrativo por medio del cual se acreditara el retiro del servicio del señor Suárez.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el mencionado acto administrativo

que declaraba insubsistente el cargo provisional que ocupaba el accionante fue el Decreto 352 proferido por la Personería de Bogotá el 18 de mayo de 2012, el cual se hizo efectivo el 4 de junio de 2014, novedad que fue notificada a Colpensiones el 13 de julio del mismo año.

Como ha sido reiterado en la jurisprudencia de esta Corporación, no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, ya que de presentarse una interrupción en los ingresos del pensionado, se pondrían en riesgo sus derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna.

Por tal motivo, es preciso que la Corte concluya en esta ocasión, que la presentación del acto administrativo de retiro del servicio ante Colpensiones para reactivar el acceso a la pensión de jubilación, suspendido hasta ese momento, no debe ser considerado como una actuación constitutiva del derecho a la pensión, sino exclusivamente declarativa de una situación a partir de la cual se debe garantizar el acceso a los recursos económicos que por justicia le son adeudados al pensionado y de los cuales él es el titular.

En el caso concreto del señor Suárez Hernández, lo anterior se traduce en la obligación de Colpensiones de reconocer, incluir en nómina y pagar la pensión del accionante desde el momento en el que se hizo efectivo su retiro de la Personería de Bogotá, es decir, desde el 4 de junio de 2012. Entendiendo las dificultades que representa para la Administradora de Pensiones el tener que saber el momento en el que un afiliado ha sido retirado del servicio para proceder a incluirlo en nómina y pagarle sus mesadas, considera la Sala que el requisito de tener que presentar el acto de retiro antes seguir el trámite para acceder a la pensión, no es arbitrario, pero aclarando, que no se puede entender que como una actuación constitutiva y que en ese sentido sólo se tiene derecho al pago de pensión desde el momento en el que se cumple con la obligación de notificar el despido o retiro, como si el surgimiento de la obligación de pagar la pensión se derivara de cumplir con ese paso.

La Corte resalta que el derecho, pleno y efectivo, a gozar de una pensión, surge desde el momento en que la persona se retira y como consecuencia de ello deja de devengar el ingreso que antes recibía como motivo de su salario, claro está que cumpla con los requisitos dispuestos en la ley para ser titular de dicha prestación laboral. En la medida en

que no puede haber solución de continuidad entre el retiro y el acceso a la pensión, se entiende que la obligación es debida desde la primera de estas fechas.

Si nos encontramos con el caso de una persona –directamente o través de la entidad en la que laboraba- que no ha notificado su retiro para reactivar el derecho de acceso a la pensión de jubilación ya reconocido pero suspendido, la Administradora de Pensiones no estará en la obligación de reanudar su derecho. Pero dos obligaciones surgen desde el momento en el que se pone n su conocimiento esta situación: (i) en primer lugar, se debe incluir inmediatamente en la nómina de pensionados a la persona que se sabe se retiró del servicio y (ii) en segundo lugar, se deberán reconocer retroactivamente las mesadas pensionales contadas desde la fecha en que se hizo efectivo el retiro del afiliado.

Así, en el caso del señor Suárez Hernández, se entiende como un hecho cierto corroborado por el acervo probatorio, el cual adicionalmente no fue desmentido por Colpensiones en las múltiples oportunidades que tuvo para hacerlo, que esa entidad conoció el retiro del accionante de la Personería el 13 de julio de 2012, momento desde el que tenía la obligación de incorporar su nombre en la nómina de pensionados y levantar la suspensión del pago de las mesadas. Retroactivamente, deberían haber sido pagadas las mesadas pensionales correspondientes al periodo entre el 4 de junio de 2012 y el 13 de julio del mismo año, garantizando así que no se presentara solución de continuidad.

Como se dejó constancia en la acción de tutela presentada por el accionante, la entidad accionada no procedió a incluir su nombre en la nómina y consecuentemente, tampoco inició el pago de los emolumentos pensionales, por esta razón considera la Sala de Revisión que Colpensiones vulneró los derechos a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor Jaime Ernesto Suárez Hernández, sin que a la fecha se haya presentado comunicación alguna ante esta Corte, a pesar de varios requerimientos, que permitan indicar que a la fecha se le ha incluido en nómina, se le han pagado sus mesadas y se le cancelaron las mismas retroactivamente desde la primera mesada efectivamente recibida por el señor Suárez Hernández desde el 4 de junio de 2012, fecha en la que cesó su actividad laboral en la Personería de Bogotá.

Como consecuencia de lo antes planteado, se le ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-: (i) incluir en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas

contadas desde el momento de notificación de esta Sentencia al señor Jaime Ernesto Suárez Hernández identificado con cédula de ciudadanía 19.107.436 de Bogotá, si no lo ha hecho hasta ahora. (ii) iniciar el pago efectivo de las mesadas pensionales a favor del accionante. (iii) pagar a modo de retroactivo el valor dejado de percibir por el señor Suárez Hernández desde el 4 de junio de 2012, fecha en que se retiró del servicio en la Personería de Bogotá, hasta la fecha en la que recibió su primer mesada como pensionado.

8.2. Expediente T-3.847.387

La Señora Rebeca Valencia Ayala expuso en la acción de tutela interpuesta en contra del Departamento de Santander, que desde hacía quince años trabajaba como secretaria en el Colegio Nuestra Señora de la Paz, al servicio de la Secretaría de Educación de Santander (Folio No. 8); cargo por el cual desarrolló SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO BILATERAL DE PREDOMINIO DERECHO, lo cual se corrobora en el acervo probatorio que obra en el expediente, con el Dictamen de Medicina Laboral de SALUDCOOP EPS, proferido por el médico de Salud Ocupacional el 24 de enero de 2012 el cual reza:

“CRITERIO CLÍNICO: La paciente presenta un cuadro clínico que permite realizar el diagnóstico de SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO BILATERAL DE PREDOMINIO DERECHO

(...)

CRITERIO OCUPACIONAL: La paciente ha estado expuesta en forma continua, durante 15 años, a Peligro Biométrico por trauma acumulativo sobre sus manos, por movimientos repetitivos y posturas inadecuadas, en su actividad laboral, considerándose suficiente como factor causal de la enfermedad que padece la paciente.

(...)

Diagnóstico: SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO BILATERAL DE PREDOMINIO DERECHO

Origen: Enfermedad Profesional”. (Folios No. 30 y 31, Cuaderno Revisión).

Debido a la enfermedad que presentaba, la EPS SALUDCOOP recomendó solicitar a la ARP correspondiente la adopción de medidas asistenciales y económicas con respecto a su condición. (Folios No. 11-25). Por su parte, la ARL Liberty emitió concepto el 25 de

noviembre de 2012, en el que sostuvo que el diagnóstico del Síndrome del Túnel del Carpo derecho que afectaba a la señora Valencia, “(...) NO cumple con criterios para ser calificada como enfermedad profesional” (Folio No. 29), lo que llevó a la Administradora de Riesgos a iniciar el trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, para que fuese esta entidad la que dirimiera la disparidad de conceptos entre la EPS SALUDCOOP que consideraba la enfermedad que padecía la señora Valencia Ayala como de origen profesional, y el de la ARL Liberty para quién era de origen común.

Mediante concepto del 11 de febrero de 2013, la Junta Regional de Calificación dirimió el conflicto por el origen de la enfermedad que afectaba la accionante, concluyendo que: “(...) se determina que el Síndrome del Túnel del Carpo presente en la funcionaria es de Origen Profesional”. Dejando con ello claro que la señora Valencia Ayala sufría una enfermedad laboral que afectaba su desempeño funcional.

La Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para suplir los empleos provistos o no mediante nombramiento provisional o encargo. Mediante Resolución 2767 del 22 de agosto de 2012 la Comisión conformó la lista de elegibles para proveer empleos de carrera de la Gobernación de Santander. Dentro de la mencionada lista, en el cargo de SECRETARIO Código 440-01 figuraba, en el lugar 38, el señor Alexander Otero Silva. El cargo del señor Otero correspondía específicamente al de SECRETARIO 440-12, puesto en el cual en ese momento se encontraba en provisionalidad la señora Valencia Ayala.

Como consecuencia, el 21 de septiembre de 2012 mediante la Resolución No. 015533, la Gobernación de Santander dio por terminado el encargo provisional que en ese momento desempeñaba la accionante, toda vez que se había nombrado en su lugar al señor Alexander Otero Silva, quién –según informa la accionante- al momento de la interposición de la acción de tutela, aún no se había posesionado. (Folios No. 9 y 10)

La señora Valencia formuló acción de tutela en contra de la Gobernación de Santander, solicitando que se dejara parcialmente sin efecto la Resolución No. 015533 de 2012, en lo que concierne a la declaración de insubsistente con respecto a ella, y como consecuencia se ordenara el correspondiente reintegro y reubicación laboral.

Le corresponde a la Sala de Revisión entrar a resolver, si la Gobernación de Santander

vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la Señora Rebeca Valencia Ayala, al haber terminado su nombramiento en provisionalidad -después de 15 años de trabajo en la Secretaría de Educación de dicha entidad territorial-, con fundamento en la necesidad de suplir la plaza que ella ocupaba con una persona que participó y superó un concurso de méritos y hacía parte de la lista de elegibles para esa posición, aun conociendo que la accionante experimentaba una enfermedad de origen profesional que afectaba su desempeño laboral.

La Corte estima que aunque la Gobernación ha demostrado en el proceso una causal objetiva, por medio de la cual la accionante podía haber sido retirada del cargo que ocupaba, como consecuencia del concurso de méritos realizado por la entidad territorial para proveer los cargos que se encontraban en provisionalidad, tenía una obligación especial frente a la accionante en virtud de la enfermedad que padecía, la cual no atendió.

Si bien, quienes hacen parte de la lista de elegibles -integrada por las personas que participaron en el concurso de méritos para proveer de cargos la Gobernación de Santander- los hace titulares de un mejor derecho frente a trabajadores que, como la Señora Valencia Ayala, se encontraban en la condición de funcionarios provisionales, la entidad no podía omitir el padecimiento de origen laboral sufrido por ella.

En ese sentido, la Sala considera que bajo las circunstancias que planteaba el caso de la accionante, la Gobernación de Santander tenía la obligación de tomar las previsiones para establecer quiénes estaban en las condiciones establecidas en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, con el propósito de no desconocer sus derechos. Del análisis del acervo probatorio que obra en el expediente, concluye la Corte en esta oportunidad, que la Gobernación de Santander no hizo ningún esfuerzo por proteger los derechos a la igualdad, y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante debido a su condición de debilidad manifiesta. La autoridad de la entidad territorial se limitó a justificar su decisión en el mencionado concurso sin considerar la afectación a la salud de la demandante.

La falta de protección de los derechos de la señora Valencia a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad, demuestran que la entidad demandada no cumplió con el mandato previsto en la sentencia de unificación ya mencionada en el sentido de considerar

sus circunstancias especiales[41]:

“Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados”.

Por ello, no existe duda para la Sala, que la Gobernación de Santander vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y estabilidad laboral reforzada de la accionante, a pesar de existir una causal objetiva como es el concurso, al no permitir su continuidad en un cargo de similar o de mejor condición al que ocupaba en provisionalidad al momento de la declaratoria de insubsistencia.

Ahora bien, no es menos cierto que la fórmula de protección en casos como el sub examine debe ponderar los derechos de quien es sujeto de estabilidad laboral reforzada, con los de una persona que ha accedido a un cargo por concurso. Desde este punto de vista, someter un determinado puesto de trabajo a un proceso de escogencia por méritos, en principio justificaría el retiro del mismo, ocupado, en este caso concreto, en provisionalidad por la accionante. Sin embargo, ello no se puede realizar olvidando la condición de especial protección que tiene una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta como consecuencia del padecimiento de una enfermedad.

La Corte observa que la protección de señora Valencia Ayala era objetiva, motivo por el cual, atendiendo a su estado de salud, la Gobernación de Santander tenía que reubicarla en otro cargo equivalente en la entidad, acorde con sus condiciones y de no ser posible esta alternativa, debía solicitar permiso al Ministerio del Trabajo para declarar su insubsistencia. Como consecuencia de ello, ha establecido la jurisprudencia constitucional que (i) la actuación de la accionada (declaración de insubsistencia) es absolutamente ineficaz, (ii) le corresponde al juez ordenar el reintegro del trabajador afectado, y (iii) se deberán cancelar todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido

hasta el momento en el cual proceda el reintegro[42].

Así las cosas, la Sala ordenará que se restablezcan sus derechos constitucionales a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad, y, en consecuencia, declarará la ineficacia de la declaración de insubsistencia, ordenará el respectivo reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo que permaneció cesante. No obstante, se abstendrá de ordenar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario, toda vez que el despido no se produjo debido a que la actora se encontraba enferma, sino en virtud de que el cargo que en provisionalidad ocupaba la demandante, fue asignado a otra persona, como resultado de un concurso de méritos.

Por lo anterior la Gobernación de Santander deberá realizar las labores pertinentes para el reintegro de la señora Rebeca Valencia Ayala, no en el mismo cargo ganado mediante concurso por el señor Alexander Otero Silva, sino en otro con las mismas o mejores condiciones[43].

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretado en el presente proceso

Segundo.- Dentro del expediente T-3.836.925 CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá del 30 de enero de 2013, de tutelar el derecho fundamental de petición a favor del señor Jaime Ernesto Suárez Hernández, vulnerado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-.

Tercero.- REVOCAR la decisión del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá del 30 de enero de 2013, de negar por improcedente el amparo de los derechos fundamentales del accionante, y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos a la vida digna, el mínimo vital y la seguridad social, vulnerados por Colpensiones por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-: (i) incluir en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde el momento de notificación de esta Sentencia al señor Jaime Ernesto Suárez Hernández identificado con cédula de ciudadanía 19.107.436 de Bogotá, si aun no lo hubiere hecho. (ii) iniciar el pago efectivo de las mesadas pensionales a favor del accionante. (iii) pagar a modo de retroactivo el valor dejado de percibir por el señor Suárez Hernández desde el 4 de junio de 2012, fecha en que se retiró del servicio en la Personería de Bogotá, hasta la fecha en la que recibió su primer mesada como pensionado.

Quinto. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se compulsen copias de la presente decisión a la Procuraduría General de la Nación, para que en virtud de lo indicado en el artículo 19 del decreto 2591 de 1991, se investigue la posible responsabilidad la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, ante la omisión de remitir las pruebas solicitadas por esta Corporación.

Sexto. Dentro del expediente T-3.847.387 REVOCAR la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga del 12 de febrero de 2013, que confirmó la sentencia proferida en primera instancia el 28 de diciembre de 2012 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, la cual negó el amparo de los derechos invocados por la señora Rebeca Valencia Ayala. En su lugar, TUTELAR los derechos a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad a favor de la accionante.

Séptimo. Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la Gobernación de Santander, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, reintegrar a la señora Rebeca Valencia Ayala, si ella está acuerdo con ello, a un cargo en provisionalidad de condiciones iguales o mejores al que venía desempeñando al momento de su desvinculación de la Secretaría de Educación.

Octavo. ORDENAR a la Gobernación de Santander que proceda a efectuar el pago de los salarios y prestaciones sociales a la ciudadana Rebeca Valencia Ayala, dejados de percibir desde el momento en el cual se hizo efectiva la declaración de insubsistencia, y hasta cuando se haga efectivo el reintegro a su puesto de trabajo.

Noveno. ORDENAR a la Gobernación de Santander que proceda a efectuar los aportes no pagados por concepto de salud y pensiones de la ciudadana Rebeca Valencia Ayala,

causados desde el instante en que fue despedida y hasta cuando sea reintegrada a su puesto de trabajo.

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

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-280/15

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Caso en que no se pudo sostener que el acto de desvinculación de la accionante fuera el origen de la violación de derechos fundamentales (Aclaración de voto)

La sentencia reconoce que la demandante tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que presentó una afectación en sus condiciones de salud que podía alterar el normal desempeño de sus funciones como secretaria. Por lo mismo, la entidad debía solicitar la autorización institucional pertinente para desvincularla y la consecuencia de no haberla pedido es, conforme a la jurisprudencia, que se presume una discriminación. No obstante, esa presunción es susceptible de desvirtuarse, incluso en el proceso de tutela. En este caso, la entidad expuso que su cargo era de carrera y fue provisto por concurso de méritos y, en esa medida, presentó una razón objetiva y válida para desvincular del cargo a la accionante, que en mi concepto desvirtuó la discriminación. Bajo estas circunstancias, no podía sostenerse que el acto de desvinculación fuera el origen de la violación de derechos fundamentales. Esto, desde mi punto de vista, no fue adecuadamente precisado en el presente fallo.

Referencia: expedientes T-3.836.925 y T-3.847.387 (AC)

Acciones de tutela presentadas por Jaime Ernesto Suárez Hernández contra Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES y Rebeca Valencia Ayala contra el Departamento de Santander, representado por el doctor Richard Alfonso Aguilar Villa.

Magistrada (e) Ponente

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Comparto esta decisión, pero no la falta de precisión de los fundamentos para resolver el segundo caso (T-3847387). Aclaro el voto, con el debido respeto por las decisiones de la Corte, para exponer las razones por las cuales acompaño este fallo.

La sentencia reconoce que la demandante tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que presentó una afectación en sus condiciones de salud que podía alterar el normal desempeño de sus funciones como secretaria. Por lo mismo, la entidad debía solicitar la autorización institucional pertinente para desvincularla y la consecuencia de no haberla pedido es, conforme a la jurisprudencia, que se presume una discriminación. No obstante, esa presunción es susceptible de desvirtuarse, incluso en el proceso de tutela. En este caso, la entidad expuso que su cargo era de carrera y fue provisto por concurso de méritos y, en esa medida, presentó una razón objetiva y válida para desvincular del cargo a

la accionante, que en mi concepto desvirtuó la discriminación. Bajo estas circunstancias, no podía sostenerse que el acto de desvinculación fuera el origen de la violación de derechos fundamentales. Esto, desde mi punto de vista, no fue adecuadamente precisado en el presente fallo.

Estuve de acuerdo, no obstante, con tutelar el derecho de la accionante a la estabilidad laboral reforzada y a una protección especial debida a su condición de salud (CP art 47), porque efectivamente hubo una vulneración de estos principios, pero no por su desvinculación, sino porque esta no se vio acompañada de una búsqueda verificable de alternativas ocupacionales dentro de la entidad, incluso en cargos distintos al que desempeñaba. La Constitución prevé que el Estado debe adelantar una política de “previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (CP art 47), y esto es predicable de cada una de sus entidades. Lo cual, interpretado a la luz del principio de estabilidad y de los derechos a la igualdad, a la dignidad, y a un trabajo en condiciones dignas y justas (CP arts 1, 13, 25 y 53), es fundamento suficiente para sostener que, en casos como este, el trabajador puede ser desvinculado del cargo, con razones objetivas, pero la administración queda constitucionalmente obligada a buscar alternativas, y a ofrecerle una capacitación si una de las opciones posibles la requiere.

En vista de que, conforme a lo indicado, el Departamento de Santander no probó haber explorado alternativas de vinculación para la tutelante, ni demostró carecer, para el momento, de cargos vacantes para la peticionaria, vulneró sus derechos fundamentales. Dado que esta sentencia, a mi juicio, no precisó en ese sentido el fundamento de la decisión, resolví aclarar el voto.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Ver Sentencias C-543 de 1992 y T-937 de 2007.

[2] Ver Sentencias: T-498 de 2010, T-103 de 2008, T-075 de 2009, T-822 de 2009 y T-862

de 2013

[3] Ver Sentencia T-075 de 2009

[4] Ver Sentencias T-043 de 2007, T-103 de 2008, T-075 de 2009, T-848 de 2009, T-962 de 2011 y T-862 de 2013

[5] Ver Sentencia T-075 de 2009

[6] Ver Sentencias T-044 de 2011 y T-453 de 2012.

[7] Sobre los requisitos, la Corte Constitucional en Sentencia T-1316 de 2001: Esta sentencia sintetiza la regla jurisprudencial reiterada por la Corte a partir del análisis efectuado en la decisión T-225/93, la cual estudió a profundidad los elementos que integran las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad propios del perjuicio irremediable. Sobre este particular, la sentencia en comento indicó: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

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

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una

cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

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

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

[8] Ver Sentencia T-043 de 2007

[9] Ibídem

[10] Ver Sentencias T-103 de 2008, T-550 de 2008 y T-962 de 2011.

[11] Sentencia T-209 de 1995, haciendo referencia a lo establecido en la Sentencia T-135 de 1993.

[12] Ver Sentencia T-208 de 2012

[14] Ver Sentencias SU-97 de 2003, T-081 de 2007, T-1128 de 2008 y T-41 de 2010

[15] Ver Sentencias SU-975 de 2003 y T-208 de 2012

[16] Ver Sentencias T-1128 de 2008 y T-208 de 2012

[17] Ver Sentencias T-206 de 1998 y T-208 de 2012

[18] Sentencia T-920 de 2009 y T-686 de 2012. Igualmente, la Sentencia T-770 de 2013, haciendo referencia a la Sentencia SU-995 de 1999 sostuvo: “Además, lo que se demanda en este punto no es cualquier prestación o necesidad subjetiva, sino el derecho a la pensión de vejez, concebida históricamente como una de las herramientas para lograr la liberación de la miseria, según la fórmula clásica del “Freedom from want” (liberación de la necesidad). En términos contemporáneos, dicho proyecto jurídico y político podría equipararse a la garantía del mínimo vital. || Al respecto, esta corporación ha reiterado que se trata de un derecho fundamental innominado ligado estrechamente a la dignidad humana, porque “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.

[19] Este punto fue expuesto por la Sentencia T-686 de 2012 en los siguientes términos: “Pues bien, la persona que ha cumplido con los requisitos legales para acceder a una pensión, debe garantizársele no sólo su reconocimiento, sino su entrega efectiva, en razón de que de nada le sirve al pensionado ser beneficiario de dicha prestación si no recibe el pago de la misma. Así pues, el acceso a una pensión de vejez, que procura garantizar el

mínimo vital del pensionado, depende de varios pasos que deben seguir las entidades competentes para no perjudicar la calidad de vida del beneficiario. En un primer momento, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión, en un segundo momento, la inclusión en la nómina de pensionados, y en un tercer momento la desvinculación del trabajador cuando proceda. Para efectos del caso concreto, se analizará concretamente el deber de la inclusión en nómina”.

[20] Sentencias T-468 de 2010, T-496 de 2010, T-945 de 2010, T-038 de 2012, T-154 de 2012 y T-686 de 2012.

[21] Sentencia T-302 de 2002.

[22] Sentencia T-614 de 2007.

[23] Ley 797 de 2003, artículo 9º, párrafo 3º: “Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones (...)”.

[24] Sentencia C-1037 de 2003, reiterada en las Sentencias C-501 de 2005, T-1141 de 2005, T-628 de 2006, T-948 de 2009, C-529 de 2010, T-496 de 2010 T-1035 de 2010, T-495 de 2011, T-678 de 2011, T-969 de 2011 y T-686 de 2012.

[25] Reiterada en Sentencias T-456 de 1994, T-209 de 1995 y T-355 de 1995.

[26] Reiterado en las Sentencias T-714 de 2005 y T-686 de 2012.

[27] Sentencias T-259 de 1999, T-308 de 1999, T-259 de 1999 y T-554 de 1998.

[28] Sentencia T-504 de 2008.

[29] Ver Sentencia C-531 de 2000.

[30] Ver Sentencias T-427 de 1992 y T-441 de 1993.

[31] Sentencia T-462 de 2011.

[32] Sentencia T-019 de 2011.

[33] Sentencias T-132 y T-121 de 2001, T-461 de 2012, T-738 de 2013 y T-382 de 2014.

[34] Sentencia T-198 de 2006.

[35] Sentencia T-613 de 2011.

[36] Sentencia T-663 de 2011.

[37] Sentencia T-554 de 2008.

[38] Sentencia SU-070 de 2013.

[39] La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010.

[40] Ver Sentencias T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

[41] Sentencia SU-446 de 2011.

[42] Ver Sentencia T-316 de 2014, en la cual se reitera la sentencia T-025 de 2011.

[43] Sentencia SU-446 de 2011.