

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL

PROGRAMAS DE REESTRUCTURACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y APLICACION DEL RETEN SOCIAL EN EL CASO DE PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia

LIQUIDACION DE HOSPITAL Y PROTECCION ESPECIAL A PREPENSIONADOS-Vulneración del principio de igualdad por cuanto se otorgó protección a dos de los grupos y se dejó por fuera a las personas próximas a pensionarse/DERECHO DE LA ACCIONANTE A PERMANECER EN EL CARGO SE EXTINGUIÓ POR CUANTO SE PUSO FIN A LA ENTIDAD/RETEN SOCIAL A PREPENSIONADO-Estabilidad laboral reforzada llega a su fin por la terminación de la existencia jurídica del Hospital al que estaba vinculada la demandante

En conclusión, una entidad pública aplicó una protección especial, de carácter social y derivada de la Constitución, a dos de los grupos que se ha entendido son destinatarios de dichas garantías, dejando por fuera a los trabajadores que se encontraban próximos a pensionarse, grupo que también se ha considerado destinatario de dicha protección. Siendo esta la situación, la Sala considera que el no aplicar la protección especial a los trabajadores próximos a pensionarse -como sí se hizo con los padres y madres cabeza de familia y los trabajadores discapacitados- resulta en una vulneración del principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Aclara la Sala que no encuentra reprochable la protección especial que, en desarrollo del proceso de liquidación del Hospital, ha sido reconocida a los grupos antes mencionados. Por el contrario, la Sala resalta que esta conducta por parte del liquidador resulta de la aplicación concreta de los principios constitucionales tantas veces mencionados. Lo que ahora se reprocha es que de esta protección hayan sido excluidos, sin justificación legítima de acuerdo con los parámetros constitucionales, las personas que deben entenderse como próximas a pensionarse. Encuentra la Sala que no es posible conceder la protección pedida, pues actualmente se presenta carencia de objeto por daño consumado. En efecto, la protección en el presente caso consistiría, como se manifestó en la sentencia C-795 de 2008, en la permanencia en el cargo que se ocupaba hasta el fin del proceso de liquidación del Hospital. De acuerdo al Acta Final de Liquidación -folios 31 a 57 cuaderno de revisión de la tutela-, la entidad fue liquidada el ocho (8) de junio del año 2009, de manera que el derecho de la accionante se extinguió

con el fin de la existencia jurídica de la entidad a la que pertenecía y, en consecuencia, en el momento en que se profiere la presente sentencia no es posible la protección de derecho alguno por medio de acción de tutela. Esta ha sido la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional

Referencia: expediente T-2135546

Acción de tutela instaurada por Martha Jiménez de Mercado contra ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, en la acción de tutela instaurada por Martha Jiménez de Mercado contra la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

I. ANTECEDENTES

El pasado doce (12) de agosto de dos mil ocho (2008), la ciudadana Martha Jiménez de Mercado interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y al libre desarrollo de su personalidad, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la ESE hospital San Rafael.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante

sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.-Indicó la parte actora que, mediante decreto de 25 de julio de 2008 el señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca ordenó la liquidación de la ESE Hospital San Rafael de Girardot.

2.- El Decreto referido previó una protección especial para las madres y los padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, consistente en la permanencia en la planta transitoria hasta la culminación del proceso liquidatorio -folio 39-.

3.- De acuerdo con su escrito, la accionante acumula 29 años, nueve (9) meses y tres (3) días de trabajo con entidades públicas y 54 años, tres (3) meses y veinticuatro (24) días de edad a la fecha de expedición del decreto liquidatorio -folio 15-.

Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos narrados, la accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la vivienda digna.

Solicita, además, se ordene al Hospital San Rafael que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, se reintegre al cargo que venía ocupando en dicha entidad y proceda a considerarla dentro de la protección que se brinda a los "prepensionables", por faltarle menos de tres años para acceder a su pensión de jubilación -folio 18-.

Respuesta de la entidad demandada

El representante de la entidad liquidadora del Hospital Universitario San Rafael de Girardot contestó que la liquidadora, FIDUPREVISORA S.A., se había limitado a cumplir los parámetros establecidos dentro del decreto 00141 de 2008 por medio del cual se ordenó la liquidación; de manera que las inconformidades que plantea la actora son en realidad contra el decreto; la tutela no es el medio para controvertir una norma como el decreto 00141 de 2008

expedido por el Gobernador de Cundinamarca.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Laboral del Circuito de Girardot negó la solicitud de la accionante. Para el Juzgado la tutela tiene el carácter de mecanismo subsidiario, de manera que no puede ser utilizado para reemplazar los mecanismos de defensa ordinarios, como ocurre en el caso que ahora se estudia. Adicionalmente, afirma que no existe prueba que demuestre las condiciones que amenacen los derechos fundamentales de la actora, como podría ser el derecho a la igualdad, al trabajo o a la vivienda digna; concluye consagrando “afirmar no es probar” -folio 88-.

Impugnación

En su escrito de impugnación la accionante reiteró los argumentos planteados en el escrito de acción de tutela -folios 62 a 80-.

Decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Laboral, en sentencia del 19 de Noviembre de 2008, confirmó la decisión proferida por el a quo, por considerar que la demandante no acreditó ninguna de las condiciones que aduce -folio 86-, ni que se haya solicitado a la entidad demandada el beneficio que reclama -folio 86-.

Pruebas relevantes en el expediente

- Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante -folio 20-.
- Decreto 00141 de 2008, por el cual se ordena la liquidación del Hospital Universitario San Rafael de Girardot -folio 36-.
- Oficio de supresión del cargo que ocupaba la accionante -folio 21 cuaderno de revisión de tutela-.
- Acta de liquidación de la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot -folio 31 a 57

cuaderno de revisión de tutela-

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Problema jurídico

De acuerdo con la posición jurídica expuesta por la accionante, a ella debe reconocérsele la protección especial prevista en el llamado retén social para las personas próximas a pensionarse. Es decir, la solicitud de la señora Jiménez de Mercado parte de un presupuesto jurídico: la obligación de la ESE de garantizar la protección especial a las personas próximas a pensionarse; con base en ese presupuesto, la accionante considera que ella cumple con las exigencias para hacerse acreedora a dicha protección especial.

La respuesta del Hospital es que la firma liquidadora, Fiduprevisora S.A., se ha ajustado a lo previsto por el decreto que ordenó la liquidación, por lo tanto no es de su resorte el determinar si a la accionante le hacen falta menos de tres años o no para efectos de alcanzar su pensión.

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si en desarrollo del proceso de liquidación del Hospital Universitario San Rafael de Girardot se debió garantizar, y de ser así de qué forma, protección especial a las personas próximas a pensionarse, grupo al cual dice pertenecer la accionante.

Adicionalmente, se deberá determinar si la accionante pertenece ha dicho grupo.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social; (ii) los programas de reestructuración de la administración pública y la aplicación del “retén social” en el caso de prepensionados y (iii) el caso concreto.

Como bien se desprende el artículo 86 superior, la acción de tutela reviste un carácter subsidiario, por lo que corresponde a esta Sala en un primer momento determinar si es procedente la tutela para aplicar las normas del reten social, a pesar de contar los sujetos beneficiarios de éste con otros mecanismos de defensa judicial.

La Corte Constitucional se ha referido al tema en diversas ocasiones¹ precisando que en éstos casos por estar en juego los derechos fundamentales de sujetos de especial protección y por las circunstancias propias de los procesos de reestructuración y liquidación, es procedente la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del reten social a las categorías señaladas en la Ley 790 de 2002.

Al respecto esta Corporación señaló en sentencia T-034 de 2010 señaló:

“Esta Corporación ha sostenido de forma reiterada que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para obtener pretensiones derivadas de una relación laboral, pues la competencia de dichos asuntos está radicada en la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativa, según el caso². No obstante lo anterior, esta Corte ha precisado que, a pesar de la existencia de otros medios ordinarios de protección, la acción de tutela resulta procedente para reclamar la aplicación de los beneficios derivados del “retén social”, por las siguientes razones:

(i) Las personas beneficiarias del “retén social” están en “condiciones especiales de vulnerabilidad, por tratarse de personas que son madres o padres cabeza de familia; disminuidos físicos y mentales o estar próximos a pensionarse (sentencia SU-389 de 2005)”.

(ii) Como los beneficios del “retén social” se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente, la jurisdicción ordinaria y/o contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo, ni eficaz, pues se hace predecible que para cuando se produzca el fallo laboral y/o contencioso administrativo la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios.”³

Vemos pues, como en el caso de personas beneficiarias de las disposiciones contenidas en la ley 790 de 2002 es procedente la acción de tutela a pesar de existir otros mecanismos de

defensa judicial, ya sea ante la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa.

ii. Los programas de reestructuración de la administración pública y la aplicación del “retén social” en el caso de prepensionados. -Reiteración de jurisprudencia-

Dentro de las facultades que le otorga la Constitución al Ejecutivo, se encuentra la posibilidad de reordenar la administración central, para lo cual cuenta con la facultad de crear, fusionar o suprimir organismos administrativos y modificar la estructura de las entidades que hacen parte de esta rama, a fin de que el Estado esté acorde a las dinámicas contemporáneas que mueven las relaciones económicas, los avances tecnológicos, las necesidades del servicio, la disponibilidad fiscal y las transformaciones sociales y culturales.⁴

Los anteriores procedimientos, desarrollados en virtud de la competencia constitucional señalada, acarrearán la necesidad de tomar medidas tendientes a proteger los derechos, tanto de la comunidad, en calidad de destinataria final del cumplimiento de la función administrativa o del servicio público, como de los trabajadores de las empresas que son objeto de reestructuración, liquidación, supresión o demás procedimientos mencionados de manera precedente, a fin de cumplir con la función social del Estado colombiano.

Esta obligación encuentra sustento constitucional en normas derivadas de disposiciones como el principio de igualdad -artículo 13 de la Constitución-, las cuales juegan un papel determinante al momento de establecer los lineamientos de política pública que desarrolle el Estado, pues en ellas reside la legitimidad de que el ordenamiento jurídico prevea un tratamiento diferenciado para determinados sectores de la población que se encuentran en situaciones que ameriten una especial atención. Así mismo, resultan fuente directa de la protección social prevista para las personas próximas a pensionarse el artículo 48 de la Constitución, que consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable; y el artículo 53 del texto constitucional que establece como parámetros de la legislación laboral la igualdad de oportunidades de los trabajadores y la estabilidad en el empleo. Estos mandatos con estructura principal son referencia obligatoria al momento de afectar de forma general condiciones de seguridad social y, también, expectativas que gocen y tengan trabajadores vinculados a la administración, especialmente cuando éstos se encuentran próximos a pensionarse.

En este sentido, en sentencia C-795 de 2009, manifestó la Sala Plena de esta corporación

En este contexto se diseñó la política de renovación de la administración conocida como Programa de Renovación de la Administración Pública -PRAP-. Éste fue desarrollado por el ejecutivo en adelanto de las facultades que le otorga la Constitución, con el objetivo de obtener una mejor situación del fisco y un mayor gasto de inversión. En él se garantizó la implementación de medidas tendentes a prever soluciones conducentes a la protección de los derechos de los sujetos que se verían mayormente afectados en desarrollo del mismo, de allí que la directiva presidencial n. 10 de 2002 al plantear la necesidad de realizar una reestructuración del Estado que redujera sus costos de funcionamiento, previera la obligación de acompañar las decisiones que se tomaran en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública -PRAP- de una protección reforzada a los sectores que tuvieran que soportar en mayor medida sus consecuencias. En ese sentido desarrolló la política denominada Reten Social, que es una medida afirmativa de protección laboral tendiente a dar cumplimiento a la igualdad real y efectiva consagrada en la Constitución, que busca que en los procesos de reforma institucional se otorgue una protección mayor, en materia de permanencia y estabilidad en el empleo a ciertas categorías de sujetos, son ellas las personas con limitaciones físicas, mental, visual o auditiva; las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas próximas a pensionarse.

Siendo este el fundamento constitucional de una política social, como el llamado retén social, al resolver los casos concretos es necesario preguntarse por las condiciones de determinación de la misma, es decir, los precisos términos en que se ha configurado la protección a las distintas categorías de trabajadores beneficiarios de la especial protección. Siendo preceptivo en la presente providencia estudiar el caso de las personas próximas a pensionarse.

Para esto es necesario dar respuesta a dos preguntas principales: i) a quiénes beneficia el retén social; y ii) cuál es la protección que resulta adecuada a los términos constitucionales?

La respuesta a la primera pregunta se encuentra en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, precepto que definió los sujetos que serían objeto de la especial protección por ella prevista, dentro de los cuales se encontraban las personas próximas a pensionarse. En este sentido la mencionada norma estipuló:

ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. “De conformidad con la reglamentación que

establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley". -Subrayado ausente en texto original-

De acuerdo con esta disposición, prepensionados serían todas aquellas personas que, trabajando en una entidad liquidada en desarrollo del PRAP, cumplieran requisitos para pensionarse a más tardar el 27 de diciembre de 2005.

Esta manera de determinar quienes integrarían el grupo de prepensionados es modificada por dos factores, el primero de índole fáctica, mientras que el segundo es de índole jurídica.

El primer factor consiste en la duración del PRAP por mucho más tiempo del inicialmente previsto. En efecto, todavía en el año 2009 se encontraban en liquidación entidades administrativas en desarrollo del mencionado programa, de manera que el parámetro para determinar los beneficiarios de esta protección especial no podía ser el término previsto por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, ya que de acuerdo con el mismo no habría prepensionados a partir del 27 de diciembre de 2005, es decir tres años después de expedida esta ley.

El factor jurídico es el principio de igualdad. En efecto, no puede entenderse adecuado a los términos constitucionales un beneficio que cree distinciones que no encuentran un sustento legítimo dentro del ordenamiento jurídico. El PRAP así concebido se aplicaría a unos trabajadores, mientras que a otros, los de las entidades que iniciaran su proceso de liquidación luego del 27 de diciembre de 2005, no podría serles aplicado. Pero, incluso, entre aquellos trabajadores a los cuales se les aplicara se presentarían desigualdades no justificables, pues con el paso del tiempo entre el año 2002 y 2005, cada vez el término para ser prepensionado, de acuerdo con esta interpretación, sería más breve.

Si esta fuera la interpretación se presentaría una vulneración al principio de igualdad, específicamente a la igualdad en el trato dado por la ley.

Por esta razón la interpretación de la Corte Constitucional, tanto en sede de tutela, como en

sede de control abstracto de constitucionalidad, ha sido la expresada en la sentencia C-795 de 2009, en donde se consagró:

“En relación con este mismo particular, luego de efectuar un detenido análisis acerca de la evolución normativa y jurisprudencial del término para la aplicación de la protección derivada del retén social, la Corte subrayó en providencia T-1239 de 2008, que luego de la sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004, “(...) el retén social no tenía limite temporal alguno, es decir, que las normas que lo integraban se prolongaban hasta la liquidación definitiva de la entidad, es decir, hasta la culminación jurídica de la misma”.”

Para luego afirmar:

“25. En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, si bien el amparo otorgado en el retén social no puede tener límites temporales arbitrarios (como el impuesto por el Decreto 190 de 2003 y por la Ley 812 de 2003), la protección de las personas beneficiarias del retén social y la estabilidad laboral reforzada de la que son titulares sólo puede ser extendida mientras se encuentre vigente el proceso liquidatorio de la entidad correspondiente. Una vez culminado éste y extinguida jurídicamente la entidad o la empresa, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir.⁶”

Por esta razón la jurisprudencia de la Sala Plena de esta corporación entiende que el retén social se aplica incluso en aquellos procesos liquidatorios iniciados luego del 27 de diciembre de 2005.

El siguiente paso consiste en determinar quiénes serán los beneficiarios de dicha protección especial. Esta pregunta fue resuelta en la reciente sentencia C-795 de 2009 de la Sala Plena, en donde se estableció:

“28. En cuanto al primer aspecto, tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Esta conclusión se encuentra suficientemente sustentada en el siguiente

análisis de la Corte:

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

“En conclusión, el legislador estableció en 3 años como el lapso dentro del cual una persona puede considerarse próxima a pensionarse. Con ello consagró un plan de transición por dicho lapso. Este término debe ser respetado por la Corte. Lo que fue modificado, gracias a la vigencia de la Ley 812, es la fecha, el momento histórico, a partir del cual deben contabilizarse esos 3 años7”.

De manera que aquellos trabajadores a los cuales les falte menos de tres años para cumplir los requisitos que les permitan acceder a la pensión de jubilación o vejez serán los beneficiarios del retén social en calidad de prepensionado.

La pregunta que surge de la condición anterior debe referirse al momento a partir del cual se deben contar los tres años para acceder a la pensión de jubilación o vejez. No es otra que la pluricitada sentencia C-795 de 2009 la que da respuesta a este interrogante:

“Encuentra la Sala que la interpretación que garantiza de manera más acorde a los fines de la protección los derechos de los prepensionados es aquella que entiende que la protección surge desde el momento mismo en que empiezan a regir las normas que inician el proceso de liquidación. Esta interpretación se ajusta así mismo al propósito primigenio de la Ley 790 de 2002 que estableció la protección a partir de la promulgación de esa ley; es a partir de la decisión legal de reestructuración de la entidad que se genera el riesgo para los derechos de los destinatarios de la protección, y debe surgir la protección reforzada.”

Adicionalmente, la Sala Plena, a partir de la lectura de los términos legales conforme a los

principios constitucionales, determinó en qué consistiría la protección especial:

“30. Finalmente, en relación con el tercer aspecto, es decir el lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada para las personas próximas a pensionarse, la jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso.

En la sentencia de unificación SU- 389 de 2005, la Corte precisó que “(...) La protección de que goza y es acreedora la demandante, en el presente caso, “retén social”, deberá extenderse en el tiempo hasta tanto no se efectúe el último acto que ponga fin a la vida jurídica de la empresa accionada”.

En relación con la situación específica de los prepensionados ha precisado en su más reciente jurisprudencia que la protección durará “hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se de el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero”⁸.”

Finalmente, la Sala resalta que, en concordancia con lo expresado al inicio de este acápite, al aplicar la protección del retén social prevista en las disposiciones legales antes mencionadas deben tenerse en cuenta los principios constitucionales que las mismas concretan, pues sólo de esta forma se logrará una lectura armónica con los principios constitucionales y derechos fundamentales que rigen este tema. En este sentido consagró la sentencia C-795 de 2009:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado⁹ que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente

discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado.”

Así, de acuerdo con la Sala Plena de la Corte Constitucional, la protección de los trabajadores próximos a pensionarse está sometida a las siguientes condiciones:

1. La protección se aplica a aquellos trabajadores a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirán acceder a la pensión de jubilación o de vejez.
2. Los tres años se deben contar a partir del inicio del proceso de liquidación.
3. La protección consiste en garantizar la estabilidad laboral del trabajador hasta tanto ocurra alguno de dos hechos:
 - i. Se cumplan los requisitos para acceder a la pensión.
 - ii. Se de fin al proceso liquidatorio de la entidad.

1. La protección especial debe aplicarse en acuerdo con el principio de igualdad –artículo 13 de la Constitución- y tener en cuenta las normas constitucionales que consagran y regulan el derecho a la seguridad social.

Caso concreto

En el presente caso la señora Jiménez de Mercado solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la vivienda digna, los cuales considera vulnerados por la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot al ser desvinculada de esta entidad dentro del proceso de liquidación de la misma, a pesar de, según su relato en el escrito de la acción, estar a menos de un año de cumplir con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.

Por las anteriores razones, considera debió ser incluida en el reten social, pues contaba con los requisitos de edad y tiempo de servicio para ello.

El Hospital en su escrito de contestación manifestó que en presente caso no hay lugar a la aplicación del reten social, pues el proceso de liquidación debe sujetarse a lo establecido por el Decreto 00141 de 2008 del Gobernador de Cundinamarca, norma en la cual no se prevé protección para las personas que se encuentran próximas a pensionarse.

En este sentido aclara que el mencionado decreto consagra en su artículo 15 medidas a favor de madres y padres cabeza de familia; mientras que en el artículo 22 se incluyen garantías para las personas que ya cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez, pero no han sido incluidos en la nómina de pensionados por parte de la entidad encargada de pagar esta prestación. No consagrando ninguna garantía a favor de las personas que están próximas a pensionarse.

Corresponde a esta Sala determinar si en desarrollo del proceso de liquidación del Hospital se debió garantizar, y de ser así de qué forma, protección especial a las personas próximas a pensionarse, grupo al cual dice pertenecer la accionante.

Lo primero que debe resaltarse es que la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot es una empresa pública que presta el servicio de salud en el municipio de Girardot, cuyo patrimonio está compuesto en su totalidad por recursos públicos -primer considerando del decreto 00141 de 2008 que ordena su liquidación, citando ordenanza departamental número 041 de 18 de julio de 1996-, lo que tiene como consecuencia que las personas que en ella laboran tengan la calidad de trabajadores oficiales.

El Hospital entró en proceso de liquidación mediante Decreto 00141 de 2008, que en su artículo 1º estableció “[s]uprímase la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot Cundinamarca (...)” -folio 37-.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, como lo manifiesta en su escrito de contestación -folio 24- la entidad liquidadora aplicó la protección laboral reforzada institucional para los padres y madres cabeza de familia y trabajadores discapacitados -artículo 15 del decreto 00141 de 2008, decreto de liquidación- y a los que ya habían cumplido con los requisitos para obtener pensión de jubilación -artículo 22 del mismo cuerpo

normativo-.

En conclusión, una entidad pública aplicó una protección especial, de carácter social y derivada de la Constitución¹⁰, a dos de los grupos que se ha entendido son destinatarios de dichas garantías, dejando por fuera a los trabajadores que se encontraban próximos a pensionarse, grupo que también se ha considerado destinatario de dicha protección.

Siendo esta la situación, la Sala considera que el no aplicar la protección especial a los trabajadores próximos a pensionarse -como sí se hizo con los padres y madres cabeza de familia y los trabajadores discapacitados- resulta en una vulneración del principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Aclara la Sala que no encuentra reprochable la protección especial que, en desarrollo del proceso de liquidación del Hospital, ha sido reconocida a los grupos antes mencionados. Por el contrario, la Sala resalta que esta conducta por parte del liquidador resulta aplicación concreta de los principios constitucionales tantas veces mencionados. Lo que ahora se reprocha es que de esta protección hayan sido excluidos, sin justificación legítima de acuerdo con los parámetros constitucionales, las personas que deben entenderse como próximas a pensionarse.

En efecto, como lo estableció la sentencia C-795 de 2009, la protección reforzada en el caso de la liquidación de entidades de la administración debe desarrollarse en acuerdo con el principio de igualdad, en este sentido consagró:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado¹¹ que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores”

Se reitera, que lo anterior no significa que no puedan establecerse diferenciaciones entre los

distintos grupos destinatarios de la protección; lo que sí resulta imperativo es que las distinciones que se creen respondan a criterios de diferenciación válidos.

En este sentido, en sentencia C-991 de 2004 la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que, a la luz de los parámetros constitucionales, no era válido que se distinguiera entre los distintos grupos de especial protección para efectos de determinar el límite de la protección a ellos reconocida, como en efecto había hecho el literal D del artículo 8º de la ley 812 de 2003. Así, manifestó:

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

Para llegar a esta conclusión la Corte aplicó un juicio estricto de proporcionalidad, entendiendo que es esta la exigencia que debe superar una distinción “cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas”¹³.

En el caso que ahora ocupa a esta Sala de Revisión no se encuentran elementos que justifiquen la distinción que en desarrollo del proceso de liquidación se realizó. Máxime, cuando la estabilidad laboral reforzada fue reconocida a madres y padres cabeza de familia; a trabajadores discapacitados; e, incluso, fue reconocida a quienes habiendo cumplido requisitos para pensionarse, no habían sido incluidos en la nómina de pensionados -folio 24-.

En efecto, al ser un test estricto de razonabilidad¹⁴ el que se lleva a cabo en estas situaciones, lo primero que debe comprobarse es que con la desigualdad o trato diferenciado se busque alcanzar un fin imperioso. Este elemento se encuentra ausente en la argumentación del representante de la entidad liquidadora, ya que en ninguna parte de los escritos presentados se aprecia una justificación legítima.

Sin embargo, el argumento esgrimido por el representante de la entidad liquidadora consistió en que el decreto 00141 de 2008 no previó protección alguna para las personas próximas a pensionarse. Por esta razón, y ante la evidente vulneración del principio de igualdad al aplicar derechos sociales, se debe extender la protección prevista en el decreto 00141 de 2008, para que cobije a las personas que están próximas a pensionarse. Así, en el presente caso ha debido brindarse una protección análoga a los distintos grupos de especial protección que las disposiciones constitucionales, las disposiciones legales y la jurisprudencia constitucional han establecido como de especial afectación en los procesos liquidatorios, trátase de entidades liquidadas en desarrollo del PRAP o de liquidaciones que tengan causas diversas, ya que en todas ellas las madres y padres cabeza de familia, los trabajadores discapacitados y las personas próximas a pensionarse soportan las mismas consecuencias.

Una vez concluida la aplicación del retén social a las personas próximas a pensionarse en el caso del Hospital San Rafael, debe analizarse el caso concreto de la accionante para determinar si se presentan los requisitos para conceder el amparo solicitado.

En este punto, encuentra la Sala que no es posible conceder la protección pedida, pues actualmente se presenta carencia de objeto por daño consumado.

En efecto, la protección en el presente caso consistiría, como se manifestó en la sentencia C-795 de 2008, en la permanencia en el cargo que se ocupaba hasta el fin del proceso de liquidación del Hospital. De acuerdo al Acta Final de Liquidación -folios 31 a 57 cuaderno de revisión de la tutela-, la entidad fue liquidada el ocho (8) de junio del año 2009, de manera que el derecho de la accionante se extinguió con el fin de la existencia jurídica de la entidad a la que pertenecía y, en consecuencia, en el momento en que se profiere la presente sentencia no es posible la protección de derecho alguno por medio de acción de tutela. Esta ha sido la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en este específico aspecto, siendo una de las últimas ocasiones en que fue expresada la sentencia T-001 de 2010, en la que se consignó:

“5.7. Conclusión. La protección laboral reforzada de que gozan las personas beneficiarias del retén social y la garantía de estabilidad laboral de que son titulares, no es absoluta, se halla limitada en el tiempo, y sólo puede extenderse hasta la culminación del proceso de liquidación de la entidad. En otras palabras, una vez culminado dicho proceso y extinguida

jurídicamente el organismo, concluye la protección que otorga dicho beneficio, por carecer de fundamento de hecho y de derecho para ser aplicada.

(...)

6.3. Por lo anteriormente expuesto y conforme a la regla jurisprudencial a que se hizo referencia en forma precedente, ante la evidente terminación de la existencia jurídica de la empresa a la cual se encontraba vinculado el actor, la estabilidad laboral de que gozaba en su condición de persona próxima a pensionarse llegó a su fin, toda vez que este beneficio tiene su límite en la terminación de la existencia jurídica de la correspondiente entidad, lo que tuvo ocurrencia el 31 de diciembre de 2008.

Adicionalmente, de acuerdo con lo relatado por la señora Jiménez de Mercado, al momento de interponer la tutela ella ya contaba con el tiempo de cotización necesario para acceder a la pensión de jubilación, restándole únicamente nueve (9) meses para cumplir la edad necesaria para acceder a dicha prestación. Así, la señora Jiménez de Mercado, de acuerdo con lo afirmado, habría cumplido con los requisitos para acceder a su pensión de jubilación o vejez el dos (2) de abril de 2009 -folios 1 y 20-, de manera que la protección que podría haberse derivado de esta providencia resulta superflua en el momento en que la misma se profiere, razón que confirma la carencia de objeto de la misma.

Son estas las razones que hacen inocua la protección que se es posible brindarse por medio de acción de tutela, de manera que se declarará la carencia actual de objeto en el presente caso.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- Revocar la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Laboral, en sentencia del 19 de Noviembre de 2008 que negó la presente acción de tutela.

Segundo.- Declarar carencia actual de objeto.

Tercero.- LIBRENSE por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 T-034 de 2010, T-645 de 2009, T-178 de 2009, SU-388 de 2005, SU- 389 de 2005 entre otras.

2 Ver sentencias T-178 de 2009, T-768 de 2005 y T-514 de 2003, entre otras.

3Ver sentencia T-034 de 2010

4 Sentencia C-795 de 2009

5 Sentencia T- 512 de 2001 y T- 587 de 2008.

6 Así lo ha entendido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-792 de 2004,

T-602 de 2005, T-726 de 2005, T-538 de 2006, T-570 de 2006, T-646 de 2006 y T-971 de 2006, T-587 de 2008 en las que ha resuelto asuntos relacionados con Telecom- en liquidación -.

7 Criterio aplicado en la sentencia T-009 de 2008 y T-1239 de 2009.

8 Sentencia T-089 de 2009.

9 Sentencias C-184 de 2003; C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008.

10 Sentencia C-795 de 2009, citada anteriormente.

11 Sentencias C-184 de 2003; C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008.

12 Sentencia C-991 de 2004.

13 Sentencia C-673 de 2001, citada en C-991 de 2004.

14 Sobre el test estricto de razonabilidad manifestó la sentencia C-673 de 2001: “Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”