

Sentencia T-587/12

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL FRENTE A GRUPOS VULNERABLES-Protección excepcional

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL-Procedencia excepcional

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL-Carácter fundamental y relativo

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Protección a sujetos en situación de debilidad manifiesta

SEGURIDAD SOCIAL DE TRABAJADOR QUE SUFRE ENFERMEDAD QUE LO IMPOSIBILITA PARA TRABAJAR TEMPORAL O PERMANENTEMENTE-Garantía constitucional desarrollada por la Ley 100/93

ESTABILIDAD LABORAL-Respeto al principio de legalidad y garantía del debido proceso

ESTABILIDAD LABORAL DE PERSONAS DISCAPACITADAS-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Procedencia excepcional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSION DE INVALIDEZ-Fundamental

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Desvinculación de docente en provisionalidad por provisión de cargos mediante concurso de méritos

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA Y MINIMO VITAL DE DOCENTE EN PROVISIONALIDAD DESPLAZADA MADRE CABEZA DE FAMILIA CON HIJA MENOR DE EDAD Y OTRA DISCAPACITADA-Reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por pérdida de capacidad laboral del 96.59%

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Expedir acto administrativo de reconocimiento y pago de pensión de invalidez a docente en provisionalidad desplazada madre cabeza de familia con hija menor de edad y otra discapacitada

ACCION DE TUTELA DE DOCENTE EN PROVISIONALIDAD DESPLAZADA MADRE CABEZA DE FAMILIA CON HIJA MENOR DE EDAD Y OTRA DISCAPACITADA CONTRA SECRETARIA DE EDUCACION-Desvinculación del cargo una vez expedido acto administrativo de reconocimiento de pensión de invalidez, ubicación en nómina de pensionados y recibo de

mesada pensional

Referencia: expediente T-3093713

Acción de tutela instaurada por Janeth María Quintero Carrillo, contra el Departamento del Cesar - Secretaría de Educación-.

Magistrada Ponente

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 29 de octubre de 2010 por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, que revocó la decisión de primera instancia dictada el 21 de julio de 2010 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, en la acción de tutela instaurada por Janeth María Quintero Carrillo contra el Departamento del Cesar.

I. ANTECEDENTES

1. La acción de tutela se sustentó en los siguientes hechos:

1.1.-Mediante Decreto 001410 del 23 de agosto de 2004 la actora fue nombrada como docente en provisionalidad en la Institución Educativa Agropecuario José Galo Laforie Celedón en el municipio Agustín Codazzi -Cesar-.

1.2.- El 19 de abril de 2010 informó mediante escrito a la Secretaría de Educación del

Departamento del Cesar que es madre cabeza de familia, víctima del desplazamiento forzado y con una hija discapacitada.

1.3.- El 3 de junio de 2010 fue notificada del Decreto 000763 del 26 de mayo de ese año, proferido por el Gobernador del Cesar, por medio del cual la desvinculó del cargo docente que ocupaba en provisionalidad en la mencionada institución educativa, para nombrar de la lista de elegibles conformada luego del concurso de méritos número 069 de 2009.

1.4.- Su desvinculación como docente se realizó sin considerar su situación de madre cabeza de familia, víctima del desplazamiento forzado tal como aparece en el registro de dicha población, que adjunta, y además, con dos hijas de 16 y 21 años que nacieron de la relación sentimental que sostuvo con Omar Mora Castilla, quien falleció el 26 de octubre de 2008, según certificado de defunción que anexa.

1.5.- Su hija mayor Yeili Mora Quintero de 21 años de edad, tiene la condición de discapacitada, debido al retraso mental profundo certificado por el psiquiatra tratante. Su capacidad de comunicación verbal está deteriorada severamente y su interacción comunicativa y expresión es mínima. Su afección ha sido tratada con terapias física, ocupacional, del lenguaje y psicológica en el Instituto Departamental de Rehabilitación y Educación Especial del Cesar.

1.6.- No cuenta con ninguna alternativa económica en la que pueda sustentar su manutención y el de sus dos hijas de tal forma que puedan llevar una vida digna, en razón a que es una persona con escasos recursos económicos, amén de su condición de desplazada que le produjo desarraigo social, económico y familiar del que le ha costado mucho recuperarse y sacar adelante a sus dos hijas. Por tal razón, la desvinculación laboral le ha producido gran incertidumbre, pues su futuro es incierto en cuanto a la estabilidad laboral y emocional para la formación de sus hijas, de donde se infiere que la decisión del Departamento del Cesar le ha ocasionado un perjuicio irremediable.

2.- Solicitud de tutela.

La actora solicita se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, mínimo vital y retén social por ser madre cabeza de familia, sin ninguna alternativa económica, con dos hijas, una menor de edad y la otra con discapacidad cognitiva profunda,

además de ser víctima del desplazamiento forzado por la violencia, y en consecuencia, pide, se le ordene al Gobernador del Departamento del Cesar, reintegrarla al cargo que ocupaba como docente en la misma institución educativa o en otra cerca de su núcleo familiar.

3. Respuesta a la acción de tutela por el Departamento del Cesar.

Mediante escrito de fecha 2 de julio de 2011, Manuel Jerónimo Manjarrés Correa, Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar, sostuvo que la desvinculación de la actora obedeció al nombramiento de las personas que superaron el concurso de méritos en los cargos docentes que estaban vacantes en esa entidad territorial, motivo por el cual la acción de tutela es improcedente¹.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, mediante sentencia del 21 de julio de 2010, concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, tras considerar que si bien es cierto que la desvinculación del servicio docente a la actora obedeció a la causal objetiva consistente en el nombramiento en propiedad de quien participó y aprobó el concurso de méritos, no es menos cierto que la administración incumplió sus deberes consistentes en asumir una posición garante frente a la situación particular de la tutelante, como madre cabeza de familia, con dos hijas, una menor de edad y otra discapacitada, motivo por el cual goza de una estabilidad laboral reforzada. De esta forma, no se encuentra evidencia que demuestre la actividad emprendida por la administración para no dejar desprotegida a la demandante debido a su especial condición.

2.-Impugnación.

Dentro del término legal establecido, el Departamento del Cesar a través del Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos, impugnó la decisión proferida en la acción de tutela y solicitó fuera revocado el fallo de primera instancia. Sostuvo que el amparo constitucional no procede para ordenar el reintegro de un empleado, debido a que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, la accionante no planteó ni mucho menos probó la existencia del perjuicio irremediable que haga inaplazable la eficacia de sus derechos².

3. Sentencia de Segunda Instancia.

La Sala Civil - Familia - Laboral - del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante providencia del 29 de octubre de 2010, revocó el fallo recurrido. Consideró que en el caso de la actora no se conjugan en su totalidad los presupuestos requeridos para la aplicación de la institución jurídica del reten social, pues si bien es cierto que ostenta la calidad de madre cabeza de familia, su retiro del servicio docente no obedeció al fenómeno de la reestructuración de una entidad territorial del orden nacional, sino que se debió a un proceso de convocatoria de la entidad territorial, que culminó con el nombramiento en carrera administrativa de quien por concurso de méritos tiene derecho a ser nombrado en el cargo, así como tampoco carece de expectativas legítimas para acreditar su eventual derecho a la pensión en el lapso de tres años. Finalmente expuso que no se probó la existencia del perjuicio irremediable que justifique la procedencia del amparo como mecanismo transitorio³.

5. Pruebas que obran en el expediente de tutela.

5.1. Oficio que la actora dirigió el 19 de abril de 2010 a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, por medio del cual informó que es madre cabeza de familia, víctima del desplazamiento forzado por la violencia y con una hija discapacitada. Pidió igualmente se le restituya la carga académica. (Folios 8 y 9 del cuaderno 1).

5.2. Copia del Decreto 000763 del 26 de mayo de 2010, por medio del cual se retiró del servicio docente a la actora, quien ocupaba ese cargo en provisionalidad en la Institución Educativa Agropecuaria Antonio Galo Lafourie de Agustín Codazzi - Cesar-. (Folio 13 del cuaderno 1).

5.3. Copias de los registros civiles de nacimiento de Leily y Rosnaira Sandrid Mora Quintero. (Folios 17 y 18 del cuaderno 1).

5.4 Copia del certificado de defunción del padre de las menores, de nombre Omar Mora Castilla. (Folio 20 del cuaderno 1).

5.5. Copia de certificación expedida el 15 de marzo de 2010 por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, sobre la condición de desplazamiento forzado

por la violencia de la actora y sus dos hijas. (Folio 21 del cuaderno 1).

5.6. Copias de la valoración psicológica con retraso mental profundo, evaluación clínica que muestra el pensamiento, lenguaje y lecto-escritura severamente afectados y certificación de que Yeily Mora Quintero, hija de la actora, recibe tratamiento de terapias del lenguaje, ocupaciones, psicología, Nutrición y Educación Especial. (Folios 23 a 29 del cuaderno 1).

5.7. Copia de la declaración jurada rendida por la actora sobre su condición de madre cabeza de familia ante la Notaría Primera de Valledupar. (Folio 30 del cuaderno 1).

5.8. Copia del Acuerdo 041 del 25 de marzo de 2009, por medio del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil Convocó al concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de las instituciones educativas oficiales del Departamento del Cesar. (Folios 101 al 119 del cuaderno 1).

5.9. Copia de la Resolución 509 del 24 de febrero de 2010, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil adoptó la lista de elegibles del concurso de méritos mencionado en el punto anterior. (Folios 120 a 135 del cuaderno 1).

6. Documentos allegados por la actora a la Sala de Revisión.

Janeth María Quintero Carrillo, a través de escrito recibido en esta Corte el 23 de septiembre de 2014, afirma que se le detectó un glaucoma con desarrollo progresivo⁵ en ambos ojos, también padece de esteotosis hepática moderada, fuerte gastritis erosiva astral⁶, un quiste en el hígado⁷, imágenes cálcicas nodulares en un pulmón⁸, un quiste en un ovario, sinusitis crónica y colon irritable. Agrega que por el glaucoma que padece fue incapacitada por salud ocupacional - Fundación Médico Preventiva I.P.S. de Valledupar por espacio de 20 días, en donde la están valorando por sus graves problemas de salud.

7. Pruebas practicadas por la Sala de Revisión y suspensión de términos para fallar.

Mediante Auto del 30 de septiembre de 2019, la Sala Tercera de Revisión resolvió practicar pruebas y suspender los términos de revisión de las decisiones judiciales de instancia a cargo de la Sala, mientras se recibe la respuesta y se evalúan las pruebas decretadas.

En efecto, en la mencionada providencia se ordenó que por Secretaría General se oficiara a la

Gobernación del Cesar y a la Secretaría de Educación de esa entidad territorial, al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al municipio de Pelaya -Cesar- y a la actora, para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la providencia, realizaran, en su orden, las siguientes actuaciones:

La Gobernación del Cesar y a la Secretaría de Educación de ese Departamento deben precisar: (i) las actuaciones desplegadas, tendientes a la eficacia de los derechos de la actora, a partir del 15 de abril de 2010, fecha en la que informó de su especial situación como desplazada por la violencia, madre cabeza de familia con dos hijas, una menor y la otra con discapacidad cognitiva profunda; (ii) si previamente a proferir el acto por medio del cual se desvinculó a la actora del cargo docente que ocupaba en provisionalidad, emprendió acciones afirmativas, buscando la garantía de sus derechos fundamentales, en especial el mínimo vital y móvil y de su calidad de madre cabeza de familia, dada su condición de vulnerabilidad; (iii) informar la metodología que se siguió para la desvinculación de los docentes que ocupaban esos cargos en provisionalidad y que no superaron el concurso de méritos una vez llegó la lista de elegibles de la Comisión Nacional del Registro Civil y si se tuvieron en cuenta situaciones especiales de personas vinculadas en provisionalidad como padres y madres cabeza de familia, personas próximas a pensionarse y discapacitados; (iv) informar si se agotó la lista de elegibles con el nombramiento de las personas que la conforman; (v) indicar si existen actualmente cargos docentes en básica primaria de instituciones de esa entidad provistos en provisionalidad, el número de cargos o plazas y los centros educativos en los que prestan los servicios y si existen cargos similares por proveer; (vi) indicar si existe algún cargo disponible en provisionalidad en el que pueda desempeñarse la actora; (vii) manifestar si el cargo en el que se encuentra vinculada la actora por orden del juez de tutela de primera instancia es de carrera en provisionalidad y si está vacante y (viii) se certifique el tiempo de servicios laborados como docente por la actora en esa entidad territorial tanto en provisionalidad como por órdenes de prestación de servicios.

Al municipio de Pelaya -Cesar- para que expida certificación en la que conste el periodo laborado por la actora en la modalidad de órdenes de prestación de servicios o en cualquier modalidad de vinculación y si se realizaron los aportes a la seguridad social en pensiones.

A la actora se le solicitó que informara si ha elevado al operador de pensiones solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial regulada en el art. 9º de la Ley 797 de 2003.

8. Respuesta a las pruebas practicadas por la Sala de Revisión.

8.1. La Secretaría de Educación del Departamento del Cesar.

Mediante oficio recibido en esta Corte el 3 de noviembre de 201110, Virginia Cruz de Gómez, Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, sostuvo que a la solicitud elevada por la docente Janeth María Quintero Carrillo, se le dio respuesta a través de oficio CSED EX 2849 de 2010, así como se le informó al rector de la institución donde laboraba, sobre la escogencia de la plaza que ocupaba la actora, siguiendo las normas del concurso de méritos.

Agregó que la administración departamental no desplegó ninguna acción a favor de la demandante, ni de ningún docente que estuviera ocupando cargos de carrera en provisionalidad, debido a que debía cumplirse la normatividad del concurso de méritos con el nombramiento de las personas que habían superado el mismo. De allí que la desvinculación de la actora no obedece a factores distintos a los de acatar la ley y, su permanencia en el cargo estaba supeditado a la provisión del mismo en virtud de la convocatoria 069 de 2009 y el Acuerdo 041 de ese año.

Sostuvo que la administración departamental adelantó el proceso de revisión de su planta de personal docente y luego reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil los cargos vacantes que en su mayoría estaban siendo ocupados en provisionalidad, como es el caso de la actora. De tal manera que la administración no estaba obligada a mantenerla vinculada, debido a que no ostentaba los derechos de carrera docente.

Manifestó que el retén social invocado por la tutelante no aplica en su caso, debido, en primer lugar, a que en el Decreto 3905 de octubre de 2009 únicamente quedaron incluidos los prejubilados. En segundo lugar, la protección especial para las madres cabeza de familia dispuesta en el art. 12 de la Ley 790 de 2002, se refiere a los procesos de renovación de la administración pública y el retiro de la actora obedeció a la necesidad de dar cumplimiento a mandatos constitucionales y legales (arts. 125 C.P., 105 de la Ley 115 de 1994, entre otros) y en consecuencia se debió nombrar a quienes superaron el concurso de méritos.

Agregó que en el texto de la convocatoria 069 de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la selección del personal docente en el Departamento del Cesar, no se contempló

como excepciones a la oferta de empleos, las situaciones de desplazamiento, enfermedad, discapacidad y demás indicados por la actora en la acción de tutela.

Adujo que inclusive la Comisión Nacional de Servicio Civil apoyándose en lo afirmado por la Corte Constitucional, ha sostenido que no existe normatividad que permita la protección de provisionales en condiciones de incapacidad, debido a que se está cumpliendo con la orden de provisión de un empleo con la lista de elegibles, que no puede entenderse que se esté separando al empleado por causa de su incapacidad.

Manifestó que recibidas las listas de elegibles con ocasión de la convocatoria 069 de 2009, se procedió al retiro de todos los docentes que ocupaban las 459 plazas vacantes en ese departamento y se nombraron en estricto orden de méritos las plazas ofertadas y escogidas en audiencias, sin tener en cuenta condiciones especiales o particulares, excepto las establecidas en la ley, que para este caso lo fueron las personas próximas a pensionarse.

Adujo que las listas de elegibles originadas de la mencionada convocatoria, fueron agotadas en su totalidad, excepto la de básica primaria, en donde existen 114 personas esperando turno, para que se les efectúe nombramiento en periodo de prueba en las vacantes definitivas que se vayan presentado.

Expuso que no hay en el Departamento del Cesar, cargos docentes en el área de básica primaria provistos en provisionalidad con excepción de la plaza ocupada por la actora, reintegrada al servicio educativo en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia de fecha 21 de julio de 2010. De esta manera, las vacantes que se presenten, deben ser ocupadas con los docentes de la lista de elegibles.

Sostuvo que de conformidad con la normatividad vigente, la vinculación de los docentes se hace mediante nombramientos en periodo de prueba y en propiedad a quienes superen el periodo de prueba.

Finamente, anexó certificación de tiempo de servicios prestados por la actora en el Departamento del Cesar para un total de siete (7) años, cuatro (4) meses y Veintiséis (26) días¹¹.

8.2. Municipio de Pelaya -Cesar-.

A pesar de que la Secretaría General de esta corporación mediante oficio número OPT-A-635 del 19 de octubre de 2011 notificó al municipio de Pelaya -Cesar- del contenido del Auto del 30 de septiembre de 2011, dentro del término otorgado no se recibió respuesta.

Sin embargo, en la documentación que anexó con la respuesta la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar aparece certificación en la que consta que la actora laboró en la Escuela Rural Mixta Quebrada Seca del municipio de Pelaya Cesar, en la modalidad de O.P.S. desde el 20 de enero de 1998 hasta el 20 de enero de 2002, esto es, por espacio de cuatro (4) años¹².

8.3. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Cesar.

Mediante oficio OPT-A-634 del 19 de octubre de 2011¹³, la Secretaría General de esta Corte notificó del Auto del 30 de septiembre de 2011 al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que se haya recibido respuesta dentro del término otorgado por la Sala de Revisión.

8.4. Respuesta de la actora.

Janeth María Quintero Carrillo, a través de escrito recibido en la Secretaría General de esta Corte el 25 de octubre de 2011, sostuvo que hasta el momento no ha elevado al operador de pensiones en el que ha cotizado, solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial regulada en el artículo 9º, parágrafo 4º de la Ley 797 de 2003.

Mediante Auto del 25 de noviembre de 2011¹⁴, la Sala de Revisión resolvió suspender los efectos del Decreto 0763 del 26 de mayo de 2010, por medio del cual el Gobernador del Departamento del Cesar, retiró del servicio docente a Janheth María Quintero Carrillo. Por consiguiente, consideró que mientras la Sala resuelve del fondo la acción de tutela, permanecen vigentes los efectos del Decreto 00370 del 11 de agosto de 2010, emitido por la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, a través del cual en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 21 de julio de 2010 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, se reintegró a la actora en el cargo docente que ocupaba.

10. Práctica de pruebas ordenadas por el Magistrado Sustanciador.

Mediante Auto del 16 de abril de 2012¹⁵, para mejor proveer, el Magistrado Sustanciador

decidió que por Secretaría General se oficiara: (i) nuevamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar y a la Fiduciaria la Previsora S.A., para que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de dicha providencia, certifiquen el tiempo cotizado para efectos pensionales por Janeth María Quintero Carrillo; (ii) a la Fundación Médico Preventiva para que a partir del día siguiente del recibo de la comunicación, proceda de la manera indicada a practicar y a valorar los exámenes médicos de la señora Quintero Carrillo relacionados con las patologías que presenta, siguiendo lo regulado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto 19 del 10 de enero de 2012) y determine en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral y califique el grado de invalidez de la paciente y el origen de las contingencias, debiendo poner en conocimiento lo decidido tanto a la Sala Tercera de Revisión, como a la Defensoría del Pueblo Regional Cesar y, (iii) se ordenó officar a la Defensoría del Pueblo Regional Cesar para que acompañe a la señora Quintero Carrillo en el procedimiento descrito en el punto anterior, brindándole apoyo jurídico según las etapas del procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

10.1. Respuesta de lo ordenado por el Magistrado Sustanciador.

A pesar de que la Secretaría General notificó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, a la Fiduciaria la Previsora S.A., a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, a la Fundación Médico Preventiva de Valledupar y a la Defensoría del Pueblo, únicamente se obtuvo respuesta de estas dos últimas entidades¹⁶.

10.1.1. Defensoría del Pueblo Regional Cesar.

A través de oficio recibido en esta Corporación el 3 de mayo de 2012, Agustín Florez Cuello, Defensor del Pueblo Regional Cesar, informó que carece de objeto adelantar las diligencias ordenadas en el numeral cuarto del Auto del 16 de abril de 2012, debido a que en esa misma fecha la Fundación Médico Preventiva, autorizó y realizó a través de la Fiduciaria la Previsora S.A. examen y calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez a la actora que “dio como resultado una INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL DEL 96.59%”, anexando copia del formulario en el cual se determinó la invalidez¹⁷.

10.1.2. Fundación Médico Preventiva I.P.S.

A través de escritos recibidos en esta Corte el 2218 y 29 de mayo de 201219, respectivamente, Freddy Armando Acosta San Juan, Gerente Regional Cesar de la Fundación Médico Preventiva, hizo llegar copia de la historia clínica de base y de salud ocupacional de la actora. De la misma manera, envió el formulario de dictamen para calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez de la señora Yaneth María Quintero Carrillo, en donde se estableció el 96.59% de pérdida de capacidad laboral.

11.- Vinculación en sede de revisión al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A.

Mediante Auto emitido el 22 de mayo de 201220, la Magistrada Sustanciadora²¹, ordenó que por Secretaría General de esta Corte se vinculara a la acción de tutela, tanto al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar como a la Fiduciaria la Previsora S.A., para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del auto, se pronuncien sobre los hechos narrados por la actora, sintetizados en la mencionada providencia. De la misma manera, a la primera entidad se le pidió informar si actualmente está tramitando solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez a la actora, la fase en la que se encuentra el trámite, del acopio de los documentos para ello y si se ha proferido proyecto de resolución, la certificación del tiempo de servicios docentes de la actora, de si los requisitos acreditados para dicha prestación se pusieron en conocimiento de la Fiduciaria la Previsora S.A. y, se allegue a la Sala de Revisión copia completa del expediente administrativo sobre la mencionada pensión de invalidez.

En la misma providencia, se pidió a la Fiduciaria la Previsora S.A., indicar el trámite que actualmente está surtiendo el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la actora y de si se ha viabilizado o no el reconocimiento y pago de dicha prestación y, que se remita a la Sala de Revisión, copia completa de los documentos que obren en esa entidad en el que consten todas las actuaciones surtidas, relacionadas con la solicitud de prestación reclamada por la tutelante.

11.1. Respuesta del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar.

Mediante oficio recibido en el despacho de la Magistrada Ponente el 5 de junio de 201222, Primo León Montaña Zuleta, Secretario de Educación Departamental, indicó que el 25 de abril de 2012, la Fiduciaria la Previsora S.A., remitió el Formulario de Dictamen para la Calificación

de Pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de Invalidez de la actora, en donde se estableció que su limitación era del 96.59% y desde ese momento la entidad procedió a recopilar la documentación necesaria para el trámite de la pensión de invalidez, como son la expedición del tiempo de servicios, fotocopia de la cédula de ciudadanía, Registro Civil de Nacimiento, certificado de salarios devengado, formato único para la expedición de la historia laboral, quedando hasta allí ese proceso, en razón a que la tutelante no se ha presentado para firmar el formulario de solicitud de la pensión dispuesto por la Fiduciaria la Previsora S.A., que debe ser diligenciado por la accionante, motivo por el cual, aún no se ha enviado la documentación respectiva a la Fiduciaria la Previsora S.A.

Dentro de los documentos que anexó, se encuentra certificado de tiempo de servicios de la actora, expedido el 29 de mayo de 2012, en donde se indica que hasta esa fecha ha laborado 8 años, 2 meses y 18 días.

11.2. Respuesta de la Fiduciaria la Previsora S.A.

A pesar de que por Secretaría General de esta Corte el 24 de mayo del año en curso se notificó la providencia a la Fiduciaria la Previsora S.A.²³, no se recibió respuesta de la mencionada entidad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Cinco mediante Auto del día dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2011), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

1.1. Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso, problema jurídico y metodología a seguir para solucionarlo.

Aclara la Sala de Revisión, que por guardar similitud fáctica y jurídica con el asunto definido por la Corte en la sentencia T-566 de 2011, en esta oportunidad se seguirá la misma

metodología de dicho fallo.

La actora inició sus labores el 3 de enero de 2004²⁴ como docente nombrada en provisionalidad por el Gobernador del Cesar en Institución Educativa Agropecuario José Galo Laforie Celedón en el municipio de Agustín Codazzi Cesar, en donde permaneció trabajando hasta el 3 de junio de 2010, fecha en la que fue desvinculada de sus labores para proveer el cargo en periodo de prueba con el docente que le asiste el derecho, según la lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución número 509 del 24 de febrero de 2010, de acuerdo a lo informado por la entidad demandada, sin que a juicio de la tutelante, se haya tenido en cuenta su especial situación económica precaria, su condición de desplazada por la violencia, madre cabeza de familia por cuanto su esposo falleció en el 2008, quedando a cargo de sus dos hijas, una menor de edad y la otra con retraso mental profundo certificado por el psiquiatra tratante.

El juez de primera instancia accedió a la protección de los derechos fundamentales invocados, al considerar que aunque el retiro de la actora se debió al nombramiento de la lista de elegibles de quien superó el concurso de méritos, la entidad demandada no asumió una posición garante frente a la situación particular de la tutelante como madre cabeza de familia, con dos hijas, una menor de edad y otra discapacitada, motivo por el cual goza de una estabilidad laboral reforzada. Esta decisión fue revocada en segunda instancia con el argumento de que en el caso de la tutelante no se cumplen los requisitos para la aplicación del reten social, pues si bien se trata de una mujer cabeza de familia, su retiro del servicio docente no se debió a la reestructuración de la entidad, sino al nombramiento de la lista de elegibles de quien superó el concurso del méritos, además, no se probó la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio.

En sede de revisión la actora informó a la Sala que se encontraba delicada de salud, habiéndosele detectado un glaucoma con desarrollo progresivo en ambos ojos, que padece de esteotosis hepática moderada, fuerte gastritis erosiva astral, un quiste en el hígado, imágenes cálcicas nodulares en un pulmón, un quiste en un ovario, sinusitis crónica y colon irritable y que había sido incapacitada inicialmente por 20 días.

Previa práctica de pruebas y de suspensión provisional del acto de desvinculación laboral y de ratificarse temporalmente la resolución por medio de la cual la entidad demandada había

reintegrado a la actora en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, el 23 de mayo de 2012, la Sala de Revisión recibió de la Fundación Médico Preventiva de Valledupar, el formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la tutelante y determinación de invalidez, contentiva de la pérdida de la capacidad laboral en un 96.59%.

La Sala de Revisión vinculó a la acción de tutela tanto al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, como a la Fiduciaria la Previsora S.A. por cuanto según lo hechos narrados y las pruebas allegadas al expediente, podían verse afectadas por la decisión a emitir, particularmente para que se pronunciaran respecto de la presunta vulneración de los derechos que invocó la actora, relacionados con la posibilidad de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que podría tener derecho y las gestiones realizadas a ese respecto. La Secretaría de Educación del Departamento del Cesar afirmó que desde abril de 2012 recibió el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la actora, empezó a compilar la documentación necesaria para el trámite de la mencionada prestación, dentro de los que se cuentan la certificación de tiempo de servicios 8 años, 2 meses y 18 días, pero que la actora no había firmado el formulario de solicitud respectivo, dispuesto por la Previsora S.A. Afirmación a la que se refirió la actora en escrito que hizo llegar a la Sala de Revisión en el sentido de que desde el 9 de mayo de 2012 radicó en la entidad demandada la documentación completa para efectos de la mencionada pensión²⁵.

Por su parte, la Fiduciaria la Previsora S.A. guardó silencio a la vinculación en sede de Revisión.

2.2 Problemas jurídicos a resolver por la Sala de Revisión.

En efecto, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala de Revisión, se contraen en determinar: (i) si el Gobernador del Cesar al retirar a la actora del cargo docente que ocupaba en provisionalidad para nombrar a quien superó el concurso de méritos, a pesar de tratarse de una mujer cabeza de familia, con una hija menor de edad y otra discapacitada, además de ser desplazada por la violencia, vulneró los derechos fundamentales que invocó y, (ii) si la eficacia de los derechos a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital y móvil predicables de la actora, resulta afectada, de recobrar vigencia el acto administrativo de desvinculación laboral cuyos efectos se encuentran suspendidos temporalmente y, en

caso afirmativo, si su restablecimiento encuentra fundamento en el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que podría tener derecho, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar y de la Fiduciaria la Previsora S.A., debido a que su disminución de la capacidad laboral se calificó con el 96.59%.

2.3. Metodología a seguir para solucionar el problema jurídico.

Para solucionar el problema jurídico resultante del caso analizado, la Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia constitucional sobre los siguientes temas: (i) alcance de la acción de tutela como medio excepcional para la protección de la estabilidad laboral frente a grupos vulnerables; (ii) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (iii) la procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez y, (iv) se dará solución al caso concreto.

3. Alcance de la acción de tutela como medio excepcional para la protección de la estabilidad laboral frente a grupos vulnerables. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación reiteradamente ha manifestado, que por regla general no procede la acción de tutela para atender un reclamo que pretende un reintegro laboral, en razón a que el tema debe ser debatido en el escenario natural dispuesto por el legislador para tal fin en las respectivas jurisdicciones ordinaria laboral y de lo contencioso administrativo²⁶, en las que se prevén las acciones adecuadas para proteger el derecho al trabajo y, con mayor veras cuando el amparo constitucional no puede operar como un medio de defensa alternativo que pueda reemplazar los procedimientos judiciales ordinarios, en los cuales también deben protegerse derechos fundamentales²⁷.

Sin embargo, el juez constitucional únicamente puede intervenir en los casos mencionados, si se presenta alguna de las siguientes situaciones: (i) cuando sea imposible, irrazonable o desproporcionado que el afectado espere la decisión en un proceso judicial por circunstancias excepcionales, atinentes a su avanzada edad, o la futura liquidación o disolución de la entidad o empresa demandada y, (ii) cuando resulte imprescindible la intervención del juez constitucional, mediante la protección temporal, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable²⁸.

Ahora bien, la estabilidad en las relaciones laborales como principio tiene doble carácter: es a

la vez fundamental y relativo, razón por la cual a su protección puede llegarse de diversas maneras y en diferentes grados²⁹, considerándose el reintegro al cargo como el nivel más alto, debido a que con el mismo se pretende recuperar el estado de cosas que se presentaban antes de la afectación de los derechos reclamados al punto de restablecerse la dignidad del trabajador. Especie de protección reforzada que ha sido dispuesta no solo por instrumentos internacionales³⁰, sino a nivel legislativo y jurisprudencial interno, para los sujetos que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta³¹. Un segundo nivel de protección, se realiza a través de la aplicación de una medida resarcitoria que consiste en el pago de una determinada suma de dinero con la que se procura reparar el daño causado al empleado que se ve frustrado en la expectativa de permanecer en el empleo y que, junto con las prestaciones sociales encuentra alguna tranquilidad durante el lapso en el que no ha podido vincularse laboralmente de nuevo³².

A su vez, la garantía constitucional de la seguridad social (art. 48 C.P.) desarrollada por la Ley 100 de 1993, prevé tanto las diferentes situaciones que pueden presentarse, como los procedimientos a seguir cuando un trabajador sufre de una enfermedad que lo imposibilite para trabajar de forma temporal o permanente, con la finalidad de asegurarles su mínimo vital, a través del pago de incapacidades o de salarios por reinstalación en el empleo, o si su situación de salud es muy gravosa debe reconocerse y ordenarse el pago de la pensión de invalidez a la que haya lugar, previa acreditación de los requisitos legales exigidos³³.

Ahora bien, cuando se trata de vinculaciones provisionales al servicio público, o de contratos de trabajo, la estabilidad laboral se garantiza, respectivamente, mediante el condicionamiento de la desvinculación del servidor o de la terminación unilateral del contrato a causas legalmente previstas, lo que equivale a sostener que se respeta el principio de legalidad y se garantiza el debido proceso³⁴, de tal suerte que se conozca el motivo de su desvinculación o de la terminación del contrato y de esta forma, pueda ejercer el derecho de contradicción ante las instancias competentes. En caso de incumplimiento de tales exigencias por el empleador público o privado, tal circunstancia deberá ser alegada oportunamente a partir de la ocurrencia de los hechos, porque en caso contrario, se presume dicha irregularidad ha sido perdonada³⁵.

En este orden, a pesar de que la estabilidad laboral no es un derecho absoluto, cuando en uno de los extremos de la relación laboral se encuentra un sujeto de especial protección

constitucional, dentro de los que se destacan los discapacitados, los minusválidos o quienes padezcan de limitaciones físicas o mentales (sin que estrictamente se requiera la calificación de su limitación y de si es o no temporal o permanente), las mujeres embarazadas, los enfermos de VIH y, las madres y padres cabeza de familia, grupo considerado particularmente vulnerable o por tratarse de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, la estabilidad laboral se convierte en un derecho constitucional fundamental, justamente por diversas razones de índole supralegal, dentro de las que se destacan: (i) la existencia de mandatos de protección vinculantes para todos los actores sociales y el Estado (arts. 13, 47 y 54 C.P.); (ii) el principio de solidaridad social y de eficacia de los derechos fundamentales (arts. 1, 2 y 4 ejusdem) y, (iii) el principio y derecho a la igualdad material, que implica la adopción de medidas positivas, a favor de grupos desfavorecidos o de personas en condición de debilidad manifiesta (art. 13 incs, 2º y 4º). Tales criterios han llevado a la Corte a sostener que un despido que tiene como motivación implícita o velada la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria y un abuso de la facultad legal de terminar unilateralmente un contrato de trabajo³⁶. Es decir, desde el punto de vista constitucional, no es admisible la desvinculación laboral originada en la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal, para encubrir un trato discriminatorio hacia un empleado³⁷.

La procedencia de la acción de tutela en los casos descritos, depende de la comprobación de que el despido tuvo lugar por la incapacidad o por la limitación física o mental del afectado, que constituye precisamente la condición protegida por la Constitución. Evidentemente este hecho no es fácil de probar, porque la causa del trato discriminatorio se encuentra en el fuero interno del empleador público o privado, motivo por el cual, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que cuando un empleador despide sin justa causa y sin permiso del Ministerio de la Protección Social a un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta o se termina la relación laboral de un servidor público en las condiciones anotadas, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos, se presume que la causa del despido se generó en dicha situación, por lo que corresponde al trabajador aportar prueba sumaria de la misma³⁸.

La Corte Constitucional fijó el alcance del amparo constitucional de la estabilidad laboral de las personas en condiciones de discapacidad, al establecer las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) como criterio general se impone que la estabilidad laboral no es un derecho fundamental; (ii) la estabilidad laboral reforzada se predica de personas que se

encuentran en especiales condiciones físicas o laborales; (iii) la desvinculación laboral de una persona que se encuentre en condiciones de especial protección, el amparo constitucional no prosperará por la presencia de esa circunstancia, sino que (iv) es necesario probar la conexidad entre la condición protegida por la Constitución y la desvinculación laboral que constituye un trato discriminatorio y un abuso del derecho y, (v) de presentarse una justa causa, podrán desvincularse las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, respetando desde luego el debido proceso, porque de lo contrario, la acción de tutela se convierte en el medio idóneo y eficaz para ordenar el reintegro de tales personas³⁹.

4. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

En múltiples oportunidades esta Corporación ha señalado que la seguridad social (art. 48 C.P.) es un derecho constitucional irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del territorio. Norma jurídica interna, que además se complementa y fortalece con lo dispuesto en normas internacionales sobre el tema, especialmente el Pacto Internacional del Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁴⁰, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴¹, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴², la Declaración Americana de Derechos de la Persona⁴³, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴ y, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴⁵.

En ese sentido, el derecho a la seguridad social admite que las personas que por alguna circunstancia ajena a su voluntad que las afecte física o mentalmente, generada en la vejez, el desempleo o en alguna enfermedad o incapacidad laboral, accedan a los medios tendientes a llevar una vida decorosa, papel que cumple, entre otros, la pensión de invalidez cuando se sufre de una limitación física o mental que disminuya o anule la capacidad laboral que impida la consecución de los recursos necesarios para el disfrute de una vida digna⁴⁶.

Precisa la Sala que a pesar de que el derecho a la seguridad social en la Carta Política se adscribe a los derechos de contenido económico social y cultural, en principio, desprovistos de carácter fundamental, reconocido prima facie, a los derechos civiles y políticos que imponen al Estado deberes de abstención, debido a que generan prestaciones u obligaciones

positivas, lo que hace que por regla general no proceda el amparo constitucional para su efectiva realización, salvo cuando se encuentre demostrado un nexo inescindible entre los derechos de contenido prestacional y un derecho fundamental⁴⁷.

La tesis expuesta ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, al concebirse más recientemente que todos los derechos civiles y políticos, sociales, económicos y culturales y de medio ambiente, son derechos fundamentales porque constituyen pilares básicos de la Carta Política, al conectarse directamente con los principios y valores que el Constituyente Originario elevó a tal categoría, predicándose de los mismos su inalienabilidad, inherencia y esenciabilidad para el ser humano, de donde surge que dichos derechos implican, tanto, obligaciones de tipo negativo como de índole positivo⁴⁸. Es por ello que el Estado debe abstenerse de propiciar acciones que apunten al desconocimiento de estos derechos (deberes negativos del Estado) y con la finalidad de la realización práctica de los mismos, debe emprender un conjunto de medidas y actividades que comprendan exigencias prestacionales (deberes positivos del Estado)⁴⁹.

Igualmente, reitera la Sala que todos los derechos tienen una mayor o menor faceta prestacional que implica un desarrollo político, reglamentario y técnico, lo que no determina por ello que pierdan su carácter de garantías fundamentales, pero sí repercute en la posibilidad de su realización mediante el amparo constitucional⁵⁰, habida cuenta de la indeterminación de algunos de sus aspectos prestacionales, lo que a veces obstaculiza la verificación concreta del sujeto obligado, el titular del derecho y el contenido prestacional constitucionalmente determinado, por lo que, únicamente cuando se hayan dispuesto las medidas de orden legislativo y reglamentario, las personas, sin ninguna restricción pueden acudir a la acción de tutela, cuando quiera que los derechos fundamentales estén siendo afectados por vulneración o amenaza de la autoridad pública o de los particulares (en los casos señalados en la Constitución), claro está acreditando los requisitos de procedibilidad de este medio de defensa judicial exigidos por la jurisprudencia constitucional⁵¹.

Sin embargo, ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes para la implementación de las medidas tendientes a la realización práctica de los derechos fundamentales, los jueces pueden efectivizar su ejercicio por medio de la acción de tutela “cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la

posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión”⁵².

Se concluye entonces que el derecho a la seguridad social, del que hace parte la pensión de invalidez, es un derecho fundamental⁵³, por lo que de presentarse cualquiera de los eventos descritos, el amparo constitucional se convierte en el medio idóneo y eficaz para remover los obstáculos que impiden el goce del mismo, previa acreditación de los requisitos generales de procedencia de este medio de defensa judicial⁵⁴.

5. La procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez. Reiteración de Jurisprudencia.

Reiteradamente esta Corporación ha manifestado que la acción de tutela no procede por regla general para ordenar el reconocimiento y pago de acreencias prestacionales, debido a que el ordenamiento jurídico regula medios de defensa judicial ordinarios, en principio, idóneos para resolver esa clase de disputas⁵⁵, de donde surge que, la procedencia del amparo constitucional en tales situaciones, está supeditada a la inidoneidad e ineficacia de los medios ordinarios de defensa o a la inexistencia de los mismos. Mientras que frente a la última presunción el amparo constitucional de los derechos fundamentales procede de manera definitiva, en la primera, la acción de tutela tendría la misma connotación, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso⁵⁶.

De allí que de existir otros medios de defensa judicial, el juez constitucional debe examinar con especial cuidado si debe evitarse la consumación de un perjuicio irremediable⁵⁷, hipótesis en la que el amparo procedería de manera temporal, mientras el juez natural define el asunto con sentencia en firme. Particularmente, deben analizarse los hechos que rodean el caso concreto y las específicas condiciones de quien alega la vulneración de garantías básicas, esto es, personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), los discapacitados (art. 49 C.P.) o inválidos por causa de alguna limitación física, psíquica o sensorial y las mujeres cabeza de familia, situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela debe hacerse con menos rigurosidad, tendiente a permitir el acceso a la justicia en condiciones más favorables como las establecidas en este medio de defensa judicial, guiado por la sumariedad y preferencia, porque en caso contrario, podría someterse a una persona en condiciones de debilidad manifiesta a un proceso judicial riguroso, que por la especial situación predicable

del actor, sería difícil de soportar⁵⁸.

En ese sentido, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, dentro del que se adscribe la pensión de invalidez y las circunstancias de debilidad manifiesta en la que puede encontrarse una persona, según lo expuesto por esta Corte, permiten establecer la falta de idoneidad y de eficacia de los otros medios de defensa judicial y en consecuencia, la procedencia de la acción de tutela como medio definitivo, o temporal (dependiendo de la situación verificada en cada caso), para emitir las órdenes necesarias tendientes al ejercicio real y pleno del derecho⁵⁹, siempre y cuando se acrediten las circunstancias mínimas sustanciales relacionadas con el derecho pensional reclamado, referidas a: (i) demostración sumaria de la titularidad del derecho alegado, (ii) actividad o diligencia administrativa o judicial del actor en la búsqueda del reconocimiento del derecho invocado, a no ser que haya sido imposible hacerlo por razones ajenas a su voluntad⁶⁰ y, (iii) el grado alto de afectación del mínimo vital como resultado de la negación del derecho pensional⁶¹.

Reitera la Sala que el derecho a la pensión de invalidez constituye un derecho fundamental cuando las personas afectadas pertenecen a la tercera edad, o son disminuidos psíquicos, sensoriales o físicos y ese ingreso es indispensable para vivir en condiciones dignas⁶².

Justamente, en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, se regularon por el Legislador los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, exigibles a quienes busquen el reconocimiento y pago de dicha prestación. Mientras que la primera norma dispone que se considera inválida la persona que por cualquier “causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”, la segunda⁶³, requiere para el reconocimiento de dicha pensión alguna de las exigencias, consistentes en que la persona inválida con ese porcentaje, se encuentre cotizando al régimen o hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de producirse ese estado o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento de presentarse el estado de invalidez.

Debe recordar la Sala que con la entrada en vigencia de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, en su artículo 11, los mencionados requisitos para acceder a la pensión de invalidez fueron modificados⁶⁴, pero el contenido total de dicha disposición fue declarada inexecutable por

esta Corporación mediante la sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, habida cuenta que en el trámite legislativo, se incurrió en trasgresión del artículo 157 de la Constitución y de los artículos 157, 158, 164 y 167 de la Ley 5ª de 1992.

De la misma manera, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 modificó el contenido del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y estableció un requisito de fidelidad al sistema, el cual fue declarado inexecutable por esta Corte mediante sentencia C-428 de 2009 debido a que “no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”. Luego del fallo de la Corte, la norma mencionada, quedó de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1o. Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

Debe precisar la Sala que el cumplimiento de los requisitos mínimos para el reconocimiento de la mencionada prestación, implica establecer la fecha de la estructuración de la invalidez que condiciona la norma que regula la situación y por ende las exigencias legales que deben acreditarse por el peticionario. Luego se debe proceder a constatar si la pérdida de capacidad laboral supera el porcentaje dispuesto por la ley. Se deben cotejar igualmente el número de semanas cotizadas por el solicitante con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. De no acreditarse dichos requisitos, forzosamente el juez constitucional deberá negar lo pretendido⁶⁵.

6. Solución al caso concreto.

Como quedó expuesto en el apartado 2.2. de esta providencia, en el caso objeto de análisis, la Sala de Revisión debe determinar: (i) si la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora, al expedir la Resolución número 000763 del 26 de mayo de 2010, notificada el 3 de junio de ese año, por medio de la cual fue desvinculada del cargo docente que ocupaba en provisionalidad en la institución educativa Agropecuaria Antonio Galo Lafourie del municipio de Agustín Codazzi -Cesar-, con la finalidad de proveer el cargo en periodo de prueba con la persona a quien le asiste el derecho, según la lista de elegibles conformada mediante Resolución 509 del 24 de febrero de 2010 de la Comisión Nacional del Servicio Civil y, (ii) si la eficacia de los derechos a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital y móvil predicables de la actora, resulta afectada, de recobrar vigencia el acto administrativo de desvinculación laboral cuyos efectos se encuentran suspendidos temporalmente y, en caso afirmativo, si su restablecimiento encuentra fundamento en el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que podría tener derecho, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar y de la Fiduciaria la Previsora S.A., debido a que su disminución de la capacidad laboral se calificó con el 96.59%.

Para mayor comprensión de la definición del asunto, la Sala de Revisión analizará primero la procedencia de la acción de tutela en contra del acto administrativo de desvinculación del cargo docente que ocupaba la actora. Posteriormente, abordará la circunstancia sobreviniente al proferirse el acto de desvinculación laboral, referida a las consecutivas incapacidades médicas de la tutelante que superaron 180 días, que originaron una valoración del 96.59% de pérdida de capacidad laboral y si al recobrar vigencia el acto administrativo de

retiro al levantarse la medida de suspensión de sus efectos, implicaría una amenaza sobre sus garantías fundamentales que amerite la intervención del juez constitucional.

6.1. Análisis de la procedencia de la acción de tutela contra el acto administrativo de desvinculación del cargo docente que ocupaba en provisionalidad Janeth María Quintero Carrillo.

Janeth María Quintero Carrillo, acudió en acción de tutela en contra de la decisión adoptada por el Gobernador del Departamento del Cesar, contenida en el Decreto 000763 del 26 de mayo de 2010, por medio del cual fue desvinculada del cargo docente que ocupaba en provisionalidad en la mencionada entidad territorial. A su juicio, la decisión adoptada le causó un perjuicio irremediable, al vulnerarle sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada derivada del retén social por tratarse de una madre cabeza de familia, sin ninguna alternativa económica, con dos hijas, una menor de edad y la otra con discapacidad cognitiva profunda, además víctima del desplazamiento forzado por la violencia.

Revisada la decisión adoptada por la entidad demandada, es evidente que esta se fundó en que se debían proveer en periodo de prueba los cargos que se encontraban en provisionalidad en la planta de cargos docentes de la Secretaría de Educación Departamental, según la lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Resolución 509 del 24 de febrero de 2010, resultante de la convocatoria 069 de 200966. Dicho argumento, a juicio de la Sala de Revisión es razonable y por consiguiente no evidencia, prima facie, la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la circunstancia de debilidad manifiesta constitucionalmente protegida, referida a la calidad de madre cabeza de familia. Tampoco respecto de la disminución casi total de la capacidad laboral (96.59%), predicable de la actora, porque éste último evento emergió el 16 de abril de 2012, es decir, con posterioridad a proferirse el acto de desvinculación laboral (26 de mayo de 2010), sin que se descarte plenamente que el inicio y evolución de la enfermedad (glaucoma) se haya presentado antes de ese suceso⁶⁷.

En otros términos, la actuación del Gobernador del Cesar se basó en el acatamiento de una obligación jurídico constitucional de nombrar a quien tenía derecho previo concurso de

méritos en el cargo docente ocupado en provisionalidad por la actora, razón que se expresó de manera clara, detallada y precisa en el acto administrativo, obrando así como motivo válido para que la administración proceda a la desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Sin embargo, la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentra la actora al contar únicamente con el 3.41% de capacidad laboral y sin ninguna alternativa económica, según su afirmación, además viuda y con dos hijas, una menor de edad y la otra con discapacidad cognitiva profunda, a juicio de la Sala de Revisión, amerita que el juez constitucional deba examinar la afectación actual de sus derechos fundamentales y la manera de remover el obstáculo que evita la eficacia de los mismos, tema que se tratará enseguida.

6.2. La pérdida de capacidad laboral del 96.59% que sobrevino al acto de desvinculación del cargo docente ocupado en provisionalidad por la actora y la afectación actual de sus derechos fundamentales.

Como se indicó en precedencia, la actora acudió el 11 de junio de 201068 en solicitud de protección constitucional por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y móvil y retén social (última circunstancia que informó a su nominador el 15 de abril de ese año69), como consecuencia de la decisión adoptada el 26 de mayo de ese año que le fue notificada el 3 de junio siguiente, por la entidad demandada, consistente en desvincularla del cargo docente que ocupaba en provisionalidad en el municipio de Agustín Codazzi -Cesar-.

El juez de primera instancia en la acción de tutela, amparó los derechos fundamentales invocados por la accionante en razón a que a pesar de que la entidad demandada utilizó una causal objetiva para efectuar la desvinculación laboral, no desplegó medidas tendientes a garantizar los derechos de la actora como madre cabeza de familia, con dos hijas, una de las cuales es menor de edad y la otra discapacitada, motivo por el cual le ordenó al Gobernador del Cesar que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicha providencia, proceda a reintegrarla al cargo docente que venía desempeñando en la institución Educativa Galo Lafourie Celedón de Codazzi - Cesar- o en su defecto la reubique o traslade a otra plaza cerca de su núcleo familiar. Impugnada la decisión70, fue revocada por la Sala Civil -Familia

- Laboral- del Tribunal Superior de Valledupar mediante sentencia del 29 de octubre de 201071 tras considerar que la institución jurídica del retén social no se le aplica a la actora, máxime cuando su desvinculación del servicio docente no obedeció al fenómeno de la reestructuración de una entidad del orden nacional, sino que responde al nombramiento de quien tiene mejor derecho previo concurso de méritos.

Luego de la selección del expediente en esta Corte, en escrito recibido el 23 de septiembre de 2011 en sede de revisión, la actora informó que sufría de varias enfermedades, dentro de la que se encuentra un glaucoma con desarrollo progresivo en ambos ojos, que le originó una incapacidad por salud ocupacional de 20 días iniciales.

El 30 de septiembre de 2011, la Sala de Revisión decidió suspender los términos para fallar, al tiempo que para mejor proveer, ordenó oficiar al Gobernador y a la Secretaría de Educación de Cesar, para que indicaran, entre otros, si antes de la desvinculación del cargo docente ocupado por la actora se habían desplegado acciones afirmativas tendientes a la garantía de sus derechos fundamentales, así como el orden del retiro de los docentes para nombrar de la lista de elegibles y si se agotó dicha lista y si existía algún cargo en el departamento en donde pudiera ubicar a la tutelante.

A los citados cuestionamientos, respondió la entidad demandada el 01 de noviembre de 2011 en el sentido de que no se desplegaron ningún tipo de acciones a favor de la tutelante, habida cuenta que debía cumplirse con el concurso de méritos y que en el Decreto 3905 de octubre de 2009 sólo se incluyó a los prejubilados, además, no se trataba de un proceso de reestructuración de la planta de personal para aplicar el retén social regulado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2012. Tampoco en el texto de la convocatoria 069 de 2009, expedida por la Comisión Nacional de Servicio Civil, para la selección del personal docente de ese departamento se contempló como excepciones a la oferta de esos empleos, las situaciones de desplazamiento, enfermedad, discapacidad y las demás señaladas por la actora. Destacó igualmente que recibidas las listas de elegibles se procedió a retirar a los docentes que ocupaban 459 plazas docentes vacantes en ese departamento y se nombró en estricto orden de mérito en las plazas ofertadas y escogidas en audiencias, sin considerar ninguna condición especial o particular, distinta a la dispuesta en la ley como lo fueron los prepensionados, quedando 114 personas en lista de elegibles esperando turno para las vacantes que se vayan presentando.

Previa selección del expediente en esta Corte, mediante auto del 25 de noviembre de 2011, la Sala de Revisión suspendió temporalmente los efectos del Decreto 0763 del 26 de mayo de 2010, por medio del cual la entidad demandada retiró del servicio docente a la actora y en consecuencia, mientras se define de fondo la revisión del fallo de tutela de segunda instancia, reafirmó los efectos del Decreto 00370 del 11 de agosto de 2010, emitido por la Secretaría de Educación del Cesar en acatamiento del fallo de tutela de primera instancia que ordenó el reintegro laboral de la actora.

De la misma manera, mediante providencia del 16 de abril de 2012, el Magistrado Sustanciador, ordenó, entre otros, a la Fundación Médico Preventiva I.P.S. de Valledupar que valorara los problemas de salud padecidos por la actora y dictaminara su pérdida de capacidad laboral, siguiendo lo regulado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. La mencionada institución, respondió el 29 de mayo de 2012 que esa actividad la había cumplido el 16 de abril del citado año, concluyendo que su invalidez era del 96.59%72. Es decir, la mencionada circunstancia, se presentó con posterioridad a la expedición del acto administrativo que desvinculó a la tutelante.

A pesar de haberse señalado en el apartado anterior, que el retiro de la actora del cargo docente que ocupaba en provisionalidad no evidencia, en un comienzo, actuación arbitraria de la Gobernación del Cesar, habida cuenta que debía acceder al mismo quien tenía mejor derecho por haber superado el concurso de méritos, esta circunstancia no es óbice para que el juez constitucional cumpla igualmente con su obligación de buscar la mejor alternativa para la protección actual de sus derechos fundamentales, que no es otro que siguiendo la jurisprudencia de esta Corte, establecer la procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que puede tener derecho, previa acreditación de las exigencias legales para ello, aunque está en trámite la solicitud en tal sentido elevada por la accionante, según lo indicó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, que fue vinculado a la acción de tutela en sede de revisión junto con la Previsora S.A. y por obvias razones no aparece acreditado en el expediente hasta ahora que exista negativa de dichas entidades en ordenar el pago de tal prestación.

6.2.1. Acreditación en el caso concreto de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

A juicio de la Sala de Revisión, la actora no estaba obligada a acudir en acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la resolución que desvinculó como servidora pública, en virtud de que, en principio, en su expedición y contenido no se advierte ningún problema de legalidad, porque se profirió, se insiste, para nombrar en dicho cargo de la lista de elegibles a quien tenía mejor derecho.

Sin embargo, debido a la degradación de su estado de salud que originó la limitación casi total de su capacidad laboral, con base en la cual actualmente se está tramitando solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez elevada por la actora, sobre la cual aún no se ha pronunciado el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, ni la Fiduciaria la Previsora S.A., hace que en un comienzo, deba esperarse a que se resuelva lo pedido y en caso de que haya lugar a ello, se agote vía gubernativa y judicial de ser necesario.

Es decir, constata la Sala de Revisión que la circunstancia inicial que fundamentó la acción de tutela no es la que afecta ahora los derechos fundamentales de la tutelante, sino su condición de vulnerabilidad por razones de salud que debe ser resuelta por la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que podría tener derecho o en su caso, por la autoridad judicial respectiva, contando con medios de defensa ante la administración y judiciales, que en sentir de la Sala de Revisión, no serían idóneos ni eficaces para remover la amenaza que se cierne sobre sus garantías básicas a la dignidad humana, al mínimo vital y móvil y a la seguridad social, de darse simplemente prevalencia al concurso de méritos y supeditar el restablecimiento de sus derechos hasta que se resuelva su situación pensional, bajo las actuales circunstancias de debilidad manifiesta en la que se encuentra, originadas en su pérdida de capacidad laboral del 96.59% debido a su grave problema de salud y sin posibilidades económicas y físicas para obtener los medios materiales mínimos para su manutención y la de sus dos hijas, una menor de edad y la otra con discapacidad cognitiva profunda.

Por las razones indicadas, se accederá al amparo definitivo de los derechos a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital y móvil, previa comprobación enseguida de que cumple a cabalidad con las exigencias legales para que se le reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez que actualmente cursa trámite.

En efecto, en el expediente de tutela se demuestra sumariamente que la señora Janeth María

Quintero Carrillo, es titular del derecho a la pensión de invalidez, así como la diligencia emprendida para que se le reconozca y pague la prestación que reclama. De la misma manera, por lo expuesto en párrafos precedentes, se encuentra acreditada la amenaza que se cerniría sobre su mínimo vital, originada no precisamente en la negativa en el reconocimiento del derecho prestacional reclamado, porque esta actuación no obra en el proceso, sino de supeditar a que deba esperarse a que se resuelva sobre lo pedido, sin certeza del sentido de la decisión que pueda adoptar la administración, pero con toda la certidumbre que depararía hacer prevalecer el concurso de méritos, antes de que esta situación se materialice, referida a que cesaría su relación legal y reglamentaria que actualmente se fundamenta en la medida provisional emitida por la Sala de Revisión que debe levantarse al emitirse el presente fallo, lo que agravaría aun más su situación de por sí precaria, derivada de la altísima pérdida de capacidad laboral del 96.59%, de donde surge que quedaría en la absoluta incertidumbre en cuanto a la manera de conseguir los recursos económicos para su congrua subsistencia y la de su familia compuesta por sus dos hijas -una menor de edad y la otra con discapacidad cognitiva profunda- mientras se resuelve administrativa o judicialmente sobre la pensión de invalidez reclamada, asunto sobre el cual a pesar de haberse vinculado en sede de revisión a la Fiduciaria la Previsora S.A. para que ejerciera su derecho de contradicción, dicha entidad guardó silencio.

Efectivamente aparece en el expediente de tutela que por los quebrantos de salud diagnosticados por su médico tratante en el mes de junio de 2011, particularmente el glaucoma progresivo en sus dos ojos⁷³, se inició para la actora incapacidad médica por 20 días que se han extendido hasta la actualidad, motivo por el cual el 16 de abril de 2012, la Fundación Médico Preventiva I.P.S. de Valledupar dictaminó el 96.59% de pérdida de su capacidad laboral.

En este orden, la actora cumple con los requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez, por las siguientes razones: se calificó en el 96.59% la pérdida de su capacidad laboral y de acuerdo a lo señalado en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral” y, la invalidez se estructuró el 16 de abril de 2012, según el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, de donde se infiere que la norma legal aplicable es el artículo 1º de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003, norma vigente para esa época, que modificó el artículo 39 de la Ley 100

de 1993, que exige para acceder a la pensión de invalidez, además de haber sido declarado inválido en el porcentaje mínimo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, para la invalidez por causa de enfermedad, haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración⁷⁴. De acuerdo al certificado de tiempo de servicios expedido el 25 de abril de 2012 por la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, hasta ese momento la actora contaba con 7 años, 11 meses y 3 días de servicios prestados como docente, es decir, más de 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

El 9 de mayo de 2012, esto es, tan solo 23 días después de haberse calificado su estado de invalidez, la actora radicó en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, adjuntando los documentos respectivos, dentro de los que se encuentran la declaración extraprocesal de no devengar ninguna pensión privada o estatal, certificaciones expedidas por gestión humana de la Gobernación del Cesar y por el Seguro Social en el sentido de señalar que no devenga pensión de esas entidades y, copia del formato de solicitud de pensión debidamente diligenciado y firmado. Documentos que según afirmó la accionante, entregó nuevamente el 26 de junio de 2012⁷⁵.

Es indudable entonces que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho la actora por acreditar los requisitos legales exigidos, tiene la virtualidad de remover la afectación de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y especialmente al mínimo vital y móvil, cuya eficacia inevitablemente se frustraría de no adoptarse las medidas pertinentes para la materialización de dicha prestación, antes de hacer prevalecer el concurso de méritos en el cargo docente que ocupa en provisionalidad la tutelante en el Departamento del Cesar.

Precisa la Sala que según manifestación expresa de la tutelante, que goza de la presunción de buena fe (art. 83 C.P.) su manutención y la de sus dos hijas (una menor de edad y la otra con discapacidad cognitiva profunda), que incluye alimentación, salud, vestido, arrendamiento y acceso a servicios públicos, lo obtenía de forma exclusiva del salario que recibía como docente vinculada al Departamento del Cesar⁷⁶ y ahora, constata la Sala, que

al terminar su relación legal y reglamentaria con el consecuente retiro del servicio, además con pérdida del 96.59% de su capacidad laboral, no cuenta con ninguna oportunidad inmediata, distinta de la mesada pensional, para resolver sus necesidades más elementales y las de su familia. Esta circunstancia obra como un motivo más que suficiente, a juicio de la Sala de Revisión, para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la actora.

Por las razones expuestas, la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación, dejará sin efectos la decisión emitida el 29 de octubre de 2010 por la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior de Valledupar que revocó el fallo proferido el 21 de julio de 2010 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, y en su lugar, negó la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora. Por lo señalado, amparará los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital y móvil que inevitablemente resultan afectados al hacer prevalecer el concurso de méritos, sin que se haya reconocido y ordenado el pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho la señora Janeth María Quintero Carrillo.

Como consecuencia de lo anterior, en la parte resolutive de esta providencia, se adoptarán expresamente las medidas necesarias para restablecer la eficacia de los mencionados derechos fundamentales predicables de la actora.

VI. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR los términos para la resolución del trámite de revisión, que se encontraban suspendidos en virtud del auto del 25 de noviembre de 2011, proferido por la Sala Tercera de Revisión, mientras se recibían y evaluaban las pruebas practicadas.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS el fallo de tutela emitido el 29 de octubre de 2010, por la Sala Civil- Familia- Laboral- del Tribunal Superior de Valledupar que a su vez revocó el fallo proferido el 21 de julio de 2010 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, con

la consecuente negativa de la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora.

Tercero.- TUTELAR, por las razones expuestas en esta providencia, los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital y móvil de la señora Janeth María Quintero Carrillo. En consecuencia, ORDENAR tanto al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, como a la Fiduciaria la Previsora S.A., que si aún no lo han hecho, procedan, así: a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, la primera entidad deberá expedir el acto administrativo por medio del cual se reconoce y paga la pensión de invalidez a la actora, actividad para la cual cuenta con diez (10) días hábiles, luego de los cuales inmediatamente deberá enviarlo a la Fiduciaria la Previsora S.A. Esta última entidad, a su vez, deberá proceder a la autorización respectiva del mencionado acto administrativo dentro de los cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber recibido la actuación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar. En todo caso, la ubicación en nómina de pensionados y el pago efectivo de la mesada pensional deberán hacerse dentro del mes siguiente, contado a partir de la autorización del mencionado acto administrativo, previo cumplimiento de los demás requisitos como la demostración de la desvinculación laboral.

Cuarto.- ORDENAR al Gobernador del Departamento del Cesar y a la Secretaria de Educación de esa entidad territorial que solamente podrán desvincular del cargo docente ocupado por Janeth María Quintero Carrillo, una vez se haya expedido el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho la tutelante, se haya autorizado por la Fiduciaria la Previsora S.A. y se tenga certeza de que fue ubicada en la nomina de pensionados y que recibirá efectivamente la mesada pensional. Solamente, a partir de surtirse dicha actuación, cesará la relación legal y reglamentaria existente entre la actora y el Departamento del Cesar -Secretaría de Educación-.

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

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

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folios 96 a 100 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

2 Folios 144 a 147 ibídem.

3 Folios 2 a 8 del cuaderno que contiene el trámite de la tutela en segunda instancia.

4 Folios 27 al 42 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

5 De acuerdo a los datos de la historia clínica que reposan en la IPS Fundación Médico Preventiva, el 22 de octubre de 2011 se le diagnosticó “glaucoma”, “hipertensión ocular que está produciendo daño del nervio óptico y ceguera visual”.

6 Diagnostico de fecha 17 junio de 2011 del médico gastroenterólogo José Antonio Fernández O.

7 Según la ecografía Abdominal Total que se le realizó el 11 de diciembre de 2010.

9 Folio 45 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

10 Folios 48 a 55 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

11 Este documento aparece firmado por Rubén Molina Campo, Profesional Universitario, de Personal de la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar (folio 59 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

12 Certificación expedida el 26 de septiembre de 2002, firmada por Juan Niver Moreno Murillo. (Folio 126 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

13 Folio 20 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

14 Folio 164 a 168 ibídem.

15 Folios 175 a 178 ibidem.

16 Folios 179 a 188 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

17 Folios 195 a 198 ibidem.

18 Folio 200A ibídem.

19 Folio 471 ibídem.

20 Folios 466 a 470 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

21 La providencia se suscribió por la doctora Adriana María Guillén Arango, Magistrada quien reemplazó al Magistrado Juan Carlos Henao Pérez, a quien se le repartió para su sustanciación el caso.

22 Folios 475 a 498 ibídem.

23 Folio 507 ibídem.

24 Folio 13 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

25 En escrito recibido en la Secretaría General el 9 de julio de 2012, en donde además anexó el formulario firmado que dice haber radicado en la oficina respectiva de la entidad demandada, en donde, según expuso, se le indicó el número de radicación PQR 9712 de la mencionada fecha. (Folios 511 a 520 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

26 Sentencias T-341 de 2009, T-039 de 2010 y T-566 de 2011.

27 Sentencias T-198 de 2006, T-1038 de 2007, T-812 de 2008, T-992 de 2008, T-866 de 2009, T-039 de 2010 y T-566 de 2011.

28 Sentencias T-812 de 2008 y T-566 de 2011.

29 En la Sentencia SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), explicó la Corte: “...la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta...”.

30 A este respecto, en la sentencia T-094 de 2010, se hizo un análisis profundo de los distintos instrumentos internacionales que garantizan la inclusión social mediante acciones afirmativas a las personas que por sus limitaciones, físicas, psíquicas, sensoriales y económicas se encuentran en desventaja.

31 En la sentencia T-566 de 2011, la Corte reiteró que “En estas circunstancias excepcionales, la protección de los derechos supera los intereses del empresario, en aplicación de la protección especial regulada en los artículos 13 y 47 superiores y el principio de solidaridad social dispuesto principalmente en los artículos 1º y 95-2 de la Constitución”.

32 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias C-594 de 1997 y C-299 de 1998, recordadas en la sentencia T-812 de 2008 y T-566 de 2011.

34 Sentencias C-299 de 1998, T-362 de 2000 y T-546 de 2000.

35 Sentencias T-812 de 2008 y T-566 de 2011.

36 Sentencia T-812 de 2008.

37 Sentencias T-943 de 1999, T-1757 de 2000, T-198 de 2006, T-812 de 2008, T-039 de 2010 y T-566 de 2011.

38 Sentencia T-566 de 2011.

39 Tesis recordada y reiterada en la sentencia T-566 de 2011, en la que además se indicó

que según la posición reiterada de esta Corte, la protección del derecho a la estabilidad laboral de las personas discapacitadas o con limitaciones de salud física o mental, no se agota en la prohibición a los empleadores de desvincular o dar por terminadas las relaciones laborales, sino que el legislador ha establecido un deber para los empleadores de reubicar a un trabajador parcialmente incapacitado en el cargo que desempeñaba o a proveerle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, debiendo realizar los movimientos de personal que sean necesarios (Ley 776 de 2002, art. 8º), a no ser que ello resulte fácticamente imposible.

Se agregó en el mismo fallo, siguiendo lo señalado en las sentencias T-1040 de 2001 y T-812 de 2008 que “el empleador puede eximirse de la obligación de reubicación del trabajador por razones de salud, si demuestra la existencia de un principio de razón suficiente de carácter constitucional que lo exonera de cumplirla, pues no debe olvidarse que el derecho a la reubicación por dichas condiciones tiene distintos alcances que dependen del ámbito en el cual opera el derecho. Para ello son determinantes los siguientes aspectos que guardan relación entre sí: (i) la clase de función que desarrolla el trabajador; (ii) la naturaleza jurídica y, (iii) la capacidad del empleador, que si es desbordada por la reubicación, o si impide o dificulta en exceso el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Con todo, a éste le asiste la obligación de hacer conocer tal hecho del trabajador y además permitirle la oportunidad de que proponga soluciones razonables a la situación que se presenta”.

40 Sentencia T-122 de 2010, reiterada en la sentencia T-566 de 2011, en las que se indicó que con base en el mencionado pacto “(...) en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez

obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales" (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos".

41 En el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se indica que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

42 En su artículo 9º se señala que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

43 En el artículo XVI se expone que "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

44 En el artículo 9 se manifiesta: " Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes"

45 En el artículo 11 se expone: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas".

46 Sentencias T-122 de 2010 y T-566 de 2011

47 Sentencias T-406 de 1992, SU-062 de 2010, T-122 de 2010 y T-566 de 2011.

48 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002. Posición acogida por esta Corte entre otras, en las sentencias T-406 de 1992, SU-062 de 2010, T-122 de 2010 y T-566 de 2011.

49 Además, se recordó en la sentencia T-566 de 2010 que “la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria. Es por ello que sustraer a los derechos sociales, económicos y culturales, como la salud, la educación, la vivienda, el acceso al agua potable, entre otros, de su carácter fundamental por su componente prestacional, resultaría no sólo confuso sino contradictorio, pues ni siquiera el derecho a la vida podría garantizarse en la práctica, debido a que para su realización requiere de la destinación de recursos por parte del Estado”.

50 En la sentencia T-566 de 2011 se indicó al respecto: “Sin embargo, la posibilidad o no de hacer efectivos todos los derechos constitucionales mediante la acción de tutela, no les resta su carácter fundamental, pues como se dijo, la fundamentalidad de tales derechos se origina en la conexión directa que tienen con los principios y valores como bienes especialmente protegidos en la Constitución y en la inalienabilidad, inherencia y esenciabilidad para el ser humano predicable de los mismos, cuya finalidad se orienta a la realización de la dignidad en cualquiera de los escenarios y roles en los que se desenvuelva el ser humano, relacionados con la autonomía personal (vivir como quiera), condiciones mínimas materiales de existencia (vivir bien) e intangibilidad del cuerpo y del espíritu (vivir sin humillaciones)”.

51 Sentencias T-016 de 2007, T-122 de 2010, SU-062 de 2010 y T-566 de 2011.

52 *Ibíd.*

53 Sobre el tema, en la sentencia C-1141 de 2008, la Sala Plena de esta corporación sostuvo lo siguiente: “el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que

participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”

54 Sentencias T-122 de 2010 y T-566 de 2011.

55 Respecto a este punto, se pueden consultar, entre muchas, las siguientes sentencias: T-718 de 1998, T-660 de 1999, T-408 de 2000, T-398 y T-476 de 2001, T-947 de 200, T-620 de 2007, T-478 de 2010 y T-566 de 2010.

56 Como se recordó en la sentencia T-235 de 2010, “En sentencia T-668 de 2007 se precisó: “Para la Corte, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, sin duda puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia subsistencia, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención plena del juez constitucional, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de los derechos fundamentales”.

57 En la sentencia T-566 de 2011 se recordó que en estos casos, “la procedencia del amparo constitucional para ordenar el reconocimiento de derechos pensionales, está supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se genere en actos que en razón a su contradicción con disposiciones superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que la negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental y, (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable⁵⁷, evento en el que deben acreditarse los siguientes elementos que integran esa circunstancia: a) que se está frente a un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; b) el perjuicio debe ser grave, es decir, que conlleve la afectación de un bien altamente significativo para la persona, susceptible de

determinación jurídica; c) se requieren medidas urgentes para precaver el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, d) las medidas de amparo deben ser impostergables, o lo que es igual, deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia que eviten la consumación del daño irreparable”.

58 Sentencias T-107 de 2010 y T-566 de 2011.

59 Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-702 de 2008, T-681 de 2008, T-607 de 2007, T-651 de 2009, T-235 de 2010 y T-566 de 2011.

60 Sentencias T-432 de 2005, T-529 de 2007, T-567 de 2007, T-414 de 2009, T-235 de 2010 y T-566 de 2011.

61 Sentencia T-429 de 2006, posición reiterada en las sentencias T-235 de 2010 y T-566 de 2011.

62 Sentencias T-107 de 2010 y T-566 de 2011.

63 El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 es del siguiente tenor: “REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley”.

64 “Artículo 11. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo. Los menores de 20 años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria”.

65 Sentencias T-107 de 2010 y T-566 de 2011.

66 A folio 13 del cuaderno 1 del expediente de tutela aparece copia de la Resolución No. 000763 del 26 de mayo de 2010, cuyo fundamento puede resumirse así: (i) según lo preceptuado en la Ley 715 de 2001 compete al departamento dirigir, planificar, prestar el servicio educativo en los distintos niveles y modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad; (ii) mediante convocatoria 069 de 2009, se convocó a concurso de méritos para proveer los cargos docentes que se encuentran en provisionalidad y/o temporalidad en la planta de cargos docentes de la Secretaría de Educación Departamental; (iii) para proveer en periodo de prueba al docente que tiene el derecho a ser nombrado según la lista de elegibles según la Resolución 509 del 24 de febrero de 2010 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se requiere retirar del servicio activo a la docente Janeth María Quintero Carrillo, hasta tanto se provea la vacante de la lista de elegibles.

67 Según la historia clínica, el 15 de noviembre de 2007, la actora fue atendida en la Fundación Médico Preventiva I.P.S. de Valledupar por dolor en el ojo derecho (folio 422 del cuaderno 3 del expediente de tutela). El 2 de agosto de 2011, por salud ocupacional fue valorada indicando “SOSPECHA DE GLAUCOMA” (folio 201 ibídem).

68 Folio 7 del escrito de tutela, en el que aparece el radicado en la Dirección Seccional de Administración Judicial - OFICINA JUDICIAL”.

69 A folio 8 del escrito de tutela obra escrito y anexos en ese sentido, radicados por la actora

el 15 de marzo de 2010 en la Oficina de Archivo y Correspondencia de la Gobernación del Cesar.

70 Folios 136 a 142 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

71 Folios 2 al 8 del cuaderno 2 del expediente de tutela.

72 Según el formulario de dictamen para la calificación de pérdida de capacidad laboral y de determinación de invalidez que obra entre los folios 471 a 473 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

73 Según el diagnóstico emitido por su médico tratante de la Fundación Médico Preventiva de Valledupar I.P.S. el 24 de junio de 2011.

74 Conviene precisar que el requisito de fidelidad de cotización al sistema dispuesto por la misma norma, de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, fue declarado inexecutable por esta corporación mediante sentencia C-428 de 2009.

75 Según lo afirmado por la accionante en escrito recibido el 26 de junio de 2012 por la Sala de Revisión que obra a folio 511 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

76 Folio 27 del cuaderno 3 del expediente de tutela.