

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

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Alcance

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la garantía constitucional de los prepensionados en el proceso de renovación de la respectiva entidad que ha sido objeto de liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, y se otorga hasta tanto sea reconocida la pensión o se extinga la persona jurídica, lo que ocurra primero

CATEGORIA DE PREPENSIONADO DEL SECTOR PUBLICO-Debe cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez dentro de lapso de tres años

Para considerarse incluido en la categoría de prepensionado el servidor público debe cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez dentro del lapso de tres años, contado éste desde el momento en que se expidió la norma de reestructuración o liquidación de la entidad, en el presente asunto, corresponde a la Sala analizar si el accionante cumple las condiciones necesarias para ser acreedor de la protección especial invocada, para lo cual se debe establecer los requisitos legales indispensables para que el señor Montoya Jaramillo obtenga el reconocimiento de su derecho pensional. La Sala advierte que la entidad accionada, tratándose de reestructuraciones tenía el deber de basar sus decisiones en el estudio técnico que soportara las razones por las cuales suprimía los cargos, como también la obligación de verificar en sus archivos y hojas de vida, para así poder determinar cuáles personas gozaban de protección reforzada, conminado a otorgarles el tratamiento debido, con independencia de la naturaleza del cargo. Respecto de la situación del señor Montoya Jaramillo, se colige que su retiro del servicio se produjo en forma arbitraria, dado que según las pruebas aportadas, se tiene que la entidad accionada se encontraba en proceso de reestructuración y los efectos del “retén social” allí consagrado se extenderán hasta diciembre de 2012. Además, el actor informó oportunamente su calidad de prepensionado, la cual lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional, sin perjuicio de lo cual fue retirado sin motivación ni constancia alguna. En ese sentido, la Contraloría General de Antioquia desconoció las normas legales y administrativas que le eran

aplicables al caso del señor Montoya. Por ende, actuó arbitrariamente sin respetar la estabilidad laboral reforzada a que tenía derecho encontrarse a escasos 7 meses de cumplir la edad requerida para obtener la pensión de jubilación, vulnerándole así los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social. De conformidad con el análisis realizado en esta decisión, la Sala concluye que los derechos fundamentales del señor Wilson Montoya Jaramillo fueron trasgredidos por la entidad accionada con ocasión a su desvinculación del cargo que ocupaba en la misma, por lo cual se revocarán las decisiones de instancia que negaron el amparo de los derechos reclamados, por los motivos expuestos en esta providencia. De igual forma, teniendo en cuenta que el actor ya cumplió la edad requerida para acceder a la pensión de jubilación, se ordenará su reintegro temporal sin solución de continuidad, hasta tanto sea incluido en la nómina de pensionados de la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado

PROCEDENCIA DEL BENEFICIO DEL RETEN SOCIAL PARA SERVIDORES PUBLICOS QUE OCUPAN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

Referencia: expediente T-3506589

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín el día 7 de marzo de 2012 y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad el día 25 de abril de 2012, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Wilson Antonio Montoya Jaramillo, contra la Contraloría General de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 22 de febrero de 2012, el señor Wilson Antonio Montoya Jaramillo, presentó acción de tutela contra la Contraloría General de Antioquia, en aras de proteger los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social –pensiones–, salud, protección especial del adulto mayor y de las personas en estado de “prejubilación”, entre otros, de conformidad con los siguientes hechos:

1. El 26 de febrero de 2008 fue proferida la Ordenanza núm. 02 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia, a través de la cual se autorizó la reestructuración de la Contraloría General de Antioquia, para ello se facultó al Gobernador para que “fusiones, suprima o cree cargos dentro de la Contraloría General de Antioquia”, previa realización del estudio técnico correspondiente por parte del director de esa entidad. En el mismo acto administrativo se contempló el beneficio del “retén social” para los empleados de carrera administrativa que cumplieren con unas condiciones determinadas.

El término de duración del “retén social” dispuesto en la ordenanza en mención, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2012, mediante la Ordenanza Departamental núm. 20 del 2 de diciembre de 2011.

1. El actor envió el día 1º de febrero de 2012, al despacho de la Contraloría General de Antioquia, una comunicación con la finalidad de informarle que llevaba 5 años y 5 meses laborando en la entidad, completando en el sector público aproximadamente 30 años de servicio, por lo cual al ajustar 55 años de edad, es decir, el 15 de septiembre de 2012, tendría derecho a su pensión de jubilación, debido a que en ese momento solamente faltaban 7 meses y 15 días para esa fecha. Por consiguiente, solicitó la aplicación del retén social

hasta ajustar la edad requerida, toda vez que la señora Contralora había manifestado públicamente su intención de respetar la situación de los funcionarios que estaban muy cerca de cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez.

1. El 7 de febrero de 2012 se le informó que a través de la Resolución 2012-421-000449-4 de la misma fecha, fue declarado insubsistente en el cargo de Contralor Auxiliar que venía desempeñando y, que por tanto su vinculación terminaría ese mismo día. El accionante advirtió que el acto administrativo que lo desvinculó de esa entidad fue inmotivado, pese a su especial condición de prejubilado.

1. Afirmó estar cubierto por el denominado “retén social” al completar más de 27 años de servicio y estar aproximadamente a 7 meses de cumplir la edad de 55 años requerida para acceder al reconocimiento pensional, como quiera que su fecha de nacimiento fue el 15 de septiembre de 1957.

En esa medida, aseveró que se vieron truncadas sus expectativas legítimas, a gozar de la pensión de vejez, por lo cual pretende el reintegro al cargo que venía desempeñando en esa entidad de manera transitoria hasta que el Seguro Social le reconozca la pensión de vejez y lo incluya en la nómina de pensionados, puesto que en el momento no cuenta con recursos económicos con que cubrir sus necesidades básicas y demás obligaciones económicas.

1. Actuación en el juzgado de primera instancia.

El Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín mediante auto fechado el 23 de febrero de 2012, avocó conocimiento y admitió la acción de la referencia; de igual forma, solicitó a las entidades accionadas que se pronunciaran sobre los hechos que habían originado la presente tutela.

1. Contestación de la entidad demandada

En escrito del 01 de marzo de 2012, la Contraloría General de Antioquia señaló que el actor efectivamente remitió vía correo electrónico la comunicación aludida el 01 de febrero de 2012, informando sobre el tiempo que llevaba en la entidad y en el sector público, y solicitando ser incluido en el retén social hasta cumplir la edad requerida para acceder a la pensión de jubilación.

Alegó la entidad accionada que el retén social es una medida de protección a la estabilidad laboral creada por la Ley 790 de 2002, dirigida a ciertos grupos poblacionales, entre ellos, los servidores públicos a quienes les falte un máximo de 3 años para cumplir con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez. Aunado a lo anterior indicó que la Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener la protección del derecho a ser amparado por las normas del retén social en los casos en que una entidad pública es liquidada.

En ese sentido, afirmó que no es cierto que el señor Wilson Antonio Montoya Jaramillo esté protegido por la normatividad que regula el llamado “retén social” de los prepensionados, puesto que su retiro del servicio no obedeció a una reestructuración, ni mucho menos a la liquidación de la entidad jurídica para la cual laboraba.

Manifestó que si bien, el accionante fue declarado insubsistente en el cargo de Contralor Auxiliar, éste ostenta la calidad de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, no es cierto que el acto no haya sido motivado, toda vez que corresponde a un acto de ejecución propio de la facultad discrecional que le asiste al nominador, que no tiene que ver con su condición de prejubilado.

Aclaró que aunque la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción goza de presunción de legalidad, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas suficientes y contundentes que tiendan a demostrar su ilegalidad, y con ello corroborar que se generó una desmejora en el servicio público.

Así mismo, sostuvo que como el actor ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, carecía de cualquier fuero de estabilidad, puesto que el nominador, Contralora General de Antioquia, gozaba de la facultad discrecional para retirar del cargo a dicho tipo de personal –Contralores Auxiliares-, máxime por ser empleados de confianza, toda vez que hacen parte importante del proceso misional, por lo que se demuestra así que el acto administrativo de

insubsistencia no fue expedido de manera irregular.

Concluyó que no se han transgredido los derechos invocados por el actor, aclarando que la acción de tutela no es una instancia paralela a los demás medios de defensa que existen en nuestro ordenamiento jurídico para ventilar las diferencias entre los particulares y la administración como acontece en este evento, porque el mismo cuenta con otro mecanismo de defensa como las acciones de nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

1. Declaración del señor Wilson Antonio Montoya Jaramillo ante el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín

El 05 de marzo de 2012 el actor rindió declaración ante el juzgado de primera instancia. En la que reiteró los motivos por los cuales instauró el amparo constitucional.

Además, resaltó que en ese momento se encontraba sin ingresos, toda vez que estos se vieron interrumpidos con la declaratoria de insubsistencia de la que fue objeto por parte de la entidad accionada, y enumeró diversas obligaciones con entidades financieras y de carácter personal, que se complican a medida que avanza el tiempo.

Aclaró que no tiene personas a su cargo y tampoco ninguna clase de discapacidad; sin embargo, afirmó que posee un problema de presión alta y debe correr con los gastos de sus medicamentos diariamente.

II. DECISIÓN OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín mediante providencia fechada el 7 de marzo de 2012, negó la protección invocada, como quiera que no hay vulneración alguna ocasionada con la decisión adoptada por el titular de la Contraloría General de Antioquia, al declarar al demandante insubsistente del cargo de Contralor Auxiliar, pese a encontrarse próximo a pensionarse.

Lo anterior, en razón a que su situación no se halla amparada por las normas y la jurisprudencia que regula el tema del retén social, dado que no hace parte de aquel grupo de la población vulnerable como lo son las personas en estado de debilidad manifiesta.

De esa manera el encontrarse a escasos 7 meses para adquirir la edad necesaria para tener derecho a la pensión de jubilación, no ubica al accionante en el “retén social”, por no cumplir con las condiciones exigidas por la Ley 790 de 2002, en la que se establecieron mecanismos especiales de estabilidad para aquellos trabajadores que se verían afectados en los procesos de reforma institucional, por lo que se le niega el amparo de la tutela impetrada por no existir vulneración de los derechos fundamentales alegados. Además, considera que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual puede acudir a solicitar la nulidad del acto de desvinculación.

1. Impugnación

Dentro del término legal, el actor impugnó la providencia anteriormente referida, reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

1. Sentencia de Segunda Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Medellín por medio de providencia fechada el 25 de abril de 2012, confirmó el fallo proferido por el Juez 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, negando el amparo.

Con relación al caso concreto, expresó que a la entidad accionada le asiste razón, por cuanto la garantía del retén social es aplicable para entidades públicas en liquidación y la Contraloría Departamental de Antioquia es una entidad que no se encuentra en tal proceso, de manera que el accionante no estaba cobijado por este beneficio, lo que deriva la falta de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Entonces, coligió que el asunto bajo examen no es de conocimiento del juez constitucional por vía de tutela, porque los conflictos que se suscitan de los actos administrativos como en este caso, son del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por tal razón, no

puede convertirse esta acción en una jurisdicción alternativa o supletoria de las demás, puesto que la vía de la acción constitucional, por su carácter subsidiario, se pone en marcha cuando no se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial o cuando existe un perjuicio irremediable, el cual no fue demostrado en el presente trámite. Sobre el particular, aclaró que no basta con la sola enunciación de la posible existencia de un perjuicio de dicha índole, dado que el mismo debe demostrarse para que el juez constitucional adopte las medidas provisionales tendientes a evitar sus consecuencias.

Con todo, concluyó que la norma que establece la gracia del retén social no cobija a los trabajadores de libre nombramiento y remoción “prepensionados” pertenecientes a entidades públicas que no se encuentran en liquidación, como es el caso del señor Wilson Montoya Jaramillo.

III. PRUEBAS

Las pruebas relevantes que obran en el proceso son las siguientes:

1. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de Wilson Montoya Jaramillo (folio 9).
3. Comunicado por medio del cual se le declara insubsistente al accionante, radicado con el número 2012300001080 del 07 de febrero de 2012 (folio 11).
4. Resolución número 2012-421-000449-4 del 07 de febrero de 2012, por medio de la cual declara insubsistente en el cargo de Contralor Auxiliar Código 03501 al señor Montoya Jaramillo (folio 12).
5. Certificado de tiempo de servicio del accionante expedido por la Administración Judicial de Antioquia (folios 13 al 19).
6. Certificado de tiempo de servicio del accionante expedido por la Administración Judicial de Antioquia (folio 20).
7. Certificado de tiempo de servicio del accionante expedido por la Subdirectora Administrativa de la Contraloría General de Antioquia (folio 21).

8. Certificado de tiempo de servicio del accionante expedido por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA (folio 22).
9. Certificado de tiempo de servicio del accionante expedido por la Vicerrectoría Administrativa de la Universidad de Antioquia (folios 23 al 24).
10. Decreto 546 de marzo 21 de 1957 del Ministerio de Justicia (folios 25 al 33).
11. Decreto Ley 1660 de 1978 (Capítulo VI, del retiro con derecho a pensión) (folios 34 al 35).
12. Ley 33 de 1985 (folio 36).
13. Ordenanza No. 02 del 26 de febrero de 2008 del Departamento de Antioquia (folios 37 al 40).
14. Ordenanza No. 20 del 02 de diciembre de 2011 de la Asamblea Departamental de Antioquia (folio 41).
15. Providencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo del 08 de agosto de 2011, sobre el retén social (folios 42 al 45).
16. Circular 054 del 03 de noviembre de 2010 de la Procuraduría General de la Nación (folios 46 al 48).
17. Cuadro de productividad de la Contraloría General de Antioquia (CGA) 2011 (folio 49).
18. Registro total productos del actor (archivos y fallos) en la CGA (folio 50 al 51).
19. Registro total de otras providencias de la Rama Judicial (folio 54 al 55).
20. Poder conferido a Beatriz Calle Castrillón con fecha de 28 de febrero de 2012 (folio 88).
21. Copia de la constancia de 16 de Enero de 2012, sobre la elección de la Contralora General del Departamento de Antioquia, Dra. Luz Helena Arango Cardona, para el periodo 2012-2015 (folio 89).
22. Copia del poder general otorgado por Luz Helena Arango Cardona a Claudia María

Rodríguez Montoya. Escritura pública número 71 del 19 de enero de 2012 suscrita ante la Notaría 23 del Circulo de Medellín (folios 90, 91).

23. Copia del acta de posesión de 18 de enero de 2012, de Claudia María Rodríguez Montoya (folio 92).

24. Copia de la Resolución número 1569 del 15 de octubre de 2008, por medio de la cual se produce nombramiento ordinario al Dr. Wilson Antonio Montoya Jaramillo como Contralor Auxiliar (folio 93).

25. Copia del acta de posesión de 23 de octubre de 2008 de Wilson Antonio Montoya Jaramillo, como Contralor Auxiliar (folio 94).

26. Copia del acta individual de graduación núm. 15652 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con fecha 3 de diciembre de 1993, en la que se confiere el título de abogado a Wilson Antonio Montoya Jaramillo (folio 95).

27. Copia de la tarjeta profesional de abogado núm. 70202 perteneciente a Wilson Antonio Montoya Jaramillo, expedida el 19 de septiembre de 1994 (folio 96).

29. Resolución 0865 del 16 de mayo de 2008, por medio de la cual se delegan funciones y se modifican procedimientos de los procesos de la Contraloría General de Antioquia (folios 101 a 105).

30. Copia del acta de posesión del 24 de enero de 2012, en donde consta que en dicha fecha toma posesión de su cargo como Director Administrativo y Financiero la señora Luz Edilia López Vahos (folio 106).

31. Declaración del señor Wilson Antonio Montoya Jaramillo del 5 de marzo de 2012 en el Juzgado Quinto de Ejecución de penas y medidas de seguridad (folio 107).

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

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

1. Problema Jurídico

Conforme lo expuesto, la Sala encuentra necesario abordar el siguiente problema jurídico:

¿Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social –pensiones– y salud, de un empleado de libre nombramiento y remoción, cuando la entidad pública en proceso de restructuración a la cual se encuentra vinculado, lo declara insubsistente sin tener en cuenta su calidad de prepensionado?

Para resolver el anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar el cumplimiento del “retén social”, (ii) el alcance del “retén social” para las personas próximas a pensionarse, (iii) la procedencia del beneficio de “retén social” para los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento remoción y (iv) el caso concreto.

1. La procedencia de la acción de tutela para garantizar el cumplimiento del “retén social”.

3.1. La Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha reiterado que la acción de tutela, dado su carácter excepcional, solo se estima procedente siempre que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, toda vez que ésta no puede desplazar, ni sustituir las herramientas ordinarias establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano².

Sin embargo, este Tribunal también ha sostenido que esta regla tiene dos excepciones, esto es, cuando es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales³.

Lo anterior no es óbice, para que cuando el amparo verse sobre los derechos fundamentales

de los sujetos de especial protección constitucional como consecuencia del estado de debilidad manifiesta en el que se encuentran y de la especial protección que el texto superior les brinda, se pueda hacer un examen menos estricto de las reglas de procedencia⁴.

1. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha indicado de manera recurrente que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para dirimir conflictos de carácter laboral, como quiera que la competencia de dichos asuntos está asignada a la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo, según el caso⁵. Empero, esta Corporación ha manifestado que aún ante la existencia de otros medios ordinarios de protección, la acción de tutela procede para reclamar la aplicación de los beneficios derivados del “retén social”, por las siguientes razones:

i. Las personas beneficiarias del “retén social” están en “condiciones especiales de vulnerabilidad, por tratarse de personas que son madres o padres cabeza de familia; disminuidos físicos y mentales o estar próximos a pensionarse (sentencia SU-389 de 2005)”⁶.

i. Como los beneficios del “retén social” se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente, la jurisdicción ordinaria y/o contencioso administrativo no es el mecanismo idóneo, ni eficaz, debido a que se hace predecible que para cuando se produzca el fallo correspondiente la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios⁷.

En efecto, ello se fundamenta en la idea del estado social de derecho, el cual busca hacer efectiva tanto la igualdad material, como la formal, haciendo indispensable formular acciones afirmativas conminadas a salvaguardar los intereses de los grupos discriminados o quienes se encuadren en circunstancias de debilidad manifiesta.⁸

Así las cosas, para amparar los derechos fundamentales del grupo de personas que por las

circunstancias especiales que les rodean se pueden incluir en el denominado “retén social”, se requiere que las entidades en proceso de reestructuración o liquidación, adelanten estudios técnicos a partir de los cuales se adopten las medidas necesarias e incluso se analicen las cargas de trabajo de cada servidor sin distinción de la labor que desempeña.

1. En tal contexto, fueron proferidas la Ley 790 de 2002 y demás normas reglamentarias, en las cuales se prescribe el procedimiento que se debe realizar en los programas de renovación de la administración pública respecto de los servidores cubiertos con la protección especial referida y la estabilidad laboral que garantice que no se les retire del servicio, a saber:

“Artículo 12. Protección Especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Artículo 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

13.1 Acreditación de la causal de protección

a) Madres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y

exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez;

b) Personas con limitación visual o auditiva: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben solicitar la valoración de dicha circunstancia, a través de la Empresa Promotora de Salud, EPS, a la cual estén afiliados y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, en caso de duda, solicitará por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada al Instituto Nacional para Ciegos (INCI) para las limitaciones visuales; y al Instituto Nacional para Sordos (Insor) para las limitaciones auditivas;

c) Personas con limitación física o mental: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Profesionales, ARP, a la cual estén afiliados, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez;

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

13.2 Aplicación de la protección especial

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto.”⁹ (Negrillas y subrayas de la Sala).

Con base en dichas normas, en el estudio técnico referido debe propender por un equilibrio entre la viabilidad administrativa y financiera de la entidad y el respeto de los derechos fundamentales de los servidores. Por consiguiente, es de vital trascendencia la obligación impartida al empleador de analizar las específicas condiciones de cada funcionario, mediante el análisis de sus hojas de vida, con la finalidad de establecer si se encuentran cubiertos por el denominado “retén social”.

En conclusión, el “retén social” constituye una garantía de estabilidad laboral dirigida a las madres y padres cabeza de familia, las personas en condición de discapacidad y los servidores públicos a quienes les falte tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensionarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002. Lo anterior, no indica que sea una protección absoluta, sino que los destinatarios de la misma deben reunir unos requerimientos básicos para hacerse acreedores de la garantía que ofrece esta figura, y así solo podrán ser desvinculados en presencia de una justa causa.¹⁰

1. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha referido que los programas de renovación de la administración pública pueden adelantarse tanto en la Rama Ejecutiva, como en lo demás organismos que no pertenecen a la misma. Al respecto, en la Sentencia T-768 de 2005 se comentó:

“Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda

llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.

Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002.”¹¹

De lo anterior, se extrae que el espíritu del legislador al crear la protección especial del “retén social” tendía a salvaguardar los intereses de aquellos sujetos que se encontrasen en condiciones de vulnerabilidad. En aquella oportunidad sólo se estableció el trámite a seguir en las entidades del sector central, sin que se pudiese interpretar como una exclusión explícita de los órganos ajenos al mismo.

Por tanto, esta Corporación ha dispuesto que los beneficios surgidos con ocasión de aquellos procesos deben extenderse a los trabajadores de las entidades que sin pertenecer al sector central se encuentren en proceso de reestructuración o liquidación, en cumplimiento de los mandatos Constitucionales, específicamente el derecho de igualdad y los principios fundantes del Estado Social de Derecho.¹²

1. El alcance del “retén social” para las personas próximas a pensionarse.

1. La Corte Constitucional ha abordado la situación de las personas próximas a acceder a la pensión de vejez o jubilación, en virtud del texto del artículo 13 Superior. De tal forma, ha

considerado que las condiciones de aquellas no son equiparables a las de un trabajador que hasta ahora comienza su vida laboral, lo cual justifica un tratamiento diferencial a su favor¹³. Así, este Tribunal ha señalado que esas expectativas pueden llegar a ser protegidas incluso por el legislador, con el objetivo de evitar que las variaciones legales, propicien situaciones de desigualdad u ocasionen beneficios sociales para sectores específicos de la población¹⁴.

1. Así las cosas, como se expuso de manera antecedente, la Ley 790 de 2002 contempló una medida de protección a favor de los trabajadores próximos a cumplir los requisitos para obtener su pensión, determinando la condición para ostentar tal calidad, es decir, “que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

Al respecto, la Corte ha precisado que ese lapso de tiempo debe contarse a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003, que a pesar de no modificar el contenido de la norma que prescribe originalmente el “retén social” de los prepensionados, si debe tomarse como punto de referencia para contabilizar el término fijado en la Ley 790 de 2002. Puntualmente, esta Corporación ha anotado:

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

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

Ello porque el hecho de que el término de 3 años se cuente a partir de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 es una condición claramente modificada por el Plan Nacional de Desarrollo -812 de 2003-, pues ésta última prolongó la vigencia del retén social a todo el plan de renovación de la administración pública, no ya al que fue objeto de regulación transitoria por parte de la Ley 790.”¹⁵

No obstante, ante las divergentes interpretaciones que pudiere darse al término antes referenciado, la Sala colige que la posición que debe resolver este interrogante debe ser la más favorable para los intereses del empleado, puesto que en la mayoría de casos los procesos de reestructuración pueden tomar más tiempo del límite temporal de la Ley 790 de 2002, y en tal sentido, se debe adoptar como fecha de inicio de ese conteo, la correspondiente a la desvinculación efectiva del servidor. Ello ha sido considerado por la Corte como se lee: “la interpretación más favorable para la garantía de los derechos fundamentales de seguridad social, de la fecha exacta a partir de la cual se calcula si a una persona le faltan menos de 3 años para pensionarse, es aquella que realiza el mencionado cálculo desde la desvinculación efectiva del trabajador(a). Esto, en razón a que dicha fecha en la mayoría de los casos es posterior a la de la expedición de la norma de ordena el inicio del proceso de liquidación”¹⁶.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la garantía constitucional de los prepensionados en el proceso de renovación de la respectiva entidad que ha sido objeto de liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, y se otorga hasta tanto sea reconocida la pensión¹⁷ o se extinga la persona jurídica¹⁸, lo que ocurra primero.¹⁹

1. Procedencia del beneficio de “retén social” ante los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Este Tribunal ha reiterado que no existe fundamento alguno que sustente la distinción de los destinatarios del “retén social”, según ocupen cargos de vocación permanente o transitoria, entiéndase cargos de libre nombramiento y remoción o nombrados en provisionalidad²⁰. Al contrario, se ha considerado que tal diferencia se torna discriminatoria y conculca directamente derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social en pensiones,

entre otros.

Así las cosas, como quiera que las supresiones de cargos o terminaciones de relaciones laborales producto de un proceso de renovación de la administración pública, no se adelantan en ejecución de la facultad discrecional del nominador, indiscutiblemente deben valorarse los conceptos emitidos como consecuencia del estudio técnico de que trata la Ley 790 de 2002, así como las condiciones específicas del trabajador y los principios del Estado Social de Derecho.

En esa medida, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción aunque gozan de una estabilidad laboral precaria, deben tener un tratamiento igualitario a los demás tipos de servidores cuando reúnan los requerimientos para acceder a la protección especial consagrada en el “retén social” durante los procesos de renovación de la administración pública.

Es evidente que la finalidad del legislador fue amparar a las personas que lo requirieran dado el estado de vulnerabilidad al que estuvieran sujetas, máxime cuando esta medida tiene alcance nacional y departamental; entonces, por la naturaleza del cargo no se pueden descartar las circunstancias que los hacen acreedores de la protección constitucional especial que fijó la ley. De allí, que deba adelantarse el mismo procedimiento determinado en la norma, acompañado de los estudios técnicos, así como la evaluación de la información del trabajador y su hoja de vida, para establecer si reúne las condiciones de un beneficiario del “retén social”. Sobre el particular en la Sentencia T-862 de 2009 se manifestó:

“En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo

del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

(...) En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento.”

De lo expuesto se colige que en los procesos de renovación de la administración pública, reestructuración o liquidación, deben garantizarse los derechos fundamentales y constitucionales de los sujetos de especial protección, aunque éstos tengan una estabilidad laboral precaria por ocupar cargos de libre nombramiento y remoción.

1. Caso concreto.

1. El señor Wilson Montoya Jaramillo presentó acción de tutela contra la Contraloría General de Antioquía, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social –pensiones–, salud, protección especial del adulto mayor y de las personas en estado de “prejubilación”, entre otros, que estima transgredidos con la declaratoria de insubsistencia del cargo que desempeñaba hasta el día 7 de febrero de 2012, como quiera que a esa fecha le faltaban algo más de 7 meses para acceder a su pensión de jubilación y ello lo encuadraba dentro de la protección especial del “retén social”.

Al respecto, consideró la entidad accionada que el retiro del señor Montoya fue efectuado conforme a ley, según la facultad discrecional otorgada al nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción. Agregó que dada la naturaleza de la Contraloría General de Antioquia y que la misma no pertenece a la Rama Ejecutiva del sector nacional o departamental, no le son aplicables las normas referidas al “retén social”. Sumado a lo anterior, indicó que este beneficio procede cuando la entidad pública es liquidada y

claramente este ente no se encuentra incurso en tal proceso.

Por esas razones concluyó que no se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela y que la controversia laboral aquí expuesta, en todo caso, sería competencia del juez contencioso administrativo.

1. En atención a las pruebas recaudadas en el proceso y contrario a lo alegado por la accionada, la Sala encuentra que la Contraloría General de Antioquia fue sometida a un proceso de reestructuración según consta en los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Departamental núm. 02 del 26 de febrero de 2008²¹, como se transcribe a continuación.

“ARTÍCULO PRIMERO: Facultase al Señor Contralor del Departamento, por el término de cuatro meses (4), para la elaboración del estudio técnico necesario para realizar, dentro de los lineamientos de la ley sobre racionalización del gasto público y la normatividad del empleo público, la reestructuración administrativa de la Contraloría General de Antioquia.

(...) ARTÍCULO SEGUNDO: Facultase al Señor Gobernador del Departamento de Antioquia, por el término de cinco (5) meses a partir de la sanción de la presente Ordenanza, para que con base en el estudio realizado, según el artículo primero de ésta (sic) ordenanza, fusione, suprima o cree dependencias dentro de la Contraloría General de Antioquia, con la finalidad de ajustar la estructura administrativa, su planta de personal y escala salarial, de acuerdo a los requerimientos del estudio previamente realizado. Igualmente para expedir el Manual de Funciones y Requisitos de la Contraloría General de Antioquia.” (Subrayas fuera de texto original)

Sobre el particular, se aclara que la Asamblea Departamental de Antioquia gozaba de las competencias constitucionales y legales para tal efecto, acorde a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 272 Superior y el artículo 60.8 del Decreto 1222 de 1986 – Código de Régimen Departamental–, a saber:

“Constitución Política: Artículo 272: (...) Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas

dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.”

“Decreto 1222 de 1986: Artículo 60. Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas: (...)

8. Organizar la contraloría departamental y elegir contralor para un período de dos años.”

Con base en lo expuesto, la Corte concluye que la entidad en mención se encontraba en proceso de renovación de conformidad con las normas que se expusieron anteriormente.

Ahora bien, aunque el término dispuesto para surtir dicho trámite de reestructuración fue de cinco meses, es decir, hasta el mes de julio de 2008; se tiene que los efectos del “retén social” consagrado para ello, traspasaron ese tiempo, como quiera que inicialmente fueron contemplados por 12 meses y luego fueron prolongados hasta el 31 de diciembre de 2012.

Así entonces, en vigencia de la protección extendida por la Ordenanza núm. 20 de 2011, el actor comunicó su situación de prepensionado al nominador, sin perjuicio de lo cual se dispuso la terminación de la relación laboral el 7 de febrero de 2012.

En esa medida, ante la ausencia de motivación expresa del acto administrativo de insubsistencia mediante el cual el señor Montoya Jaramillo fue retirado del servicio, ni la debida constancia en la hoja de vida²², aportada por la parte accionada además de haberse producido durante los efectos de la garantía especial del “retén social”, la Sala presume que la desvinculación del accionante se produjo como consecuencia del proceso de reestructuración del que fue objeto la Contraloría General de Antioquia desde febrero de 2008.

1. Continuando con el estudio del caso sub examine, este Tribunal analizará los sujetos destinatarios de la protección especial del “retén social” consagrado en el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ordenanza Departamental núm. 2 de 2008:

“PARÁGRAFO PRIMERO: En los casos en los cuales los cargos de carrera administrativa suprimidos corresponda a Madres Cabezas de Familia o tengan por titular a personas a quienes les faltare doce (12) meses o menos para completar veinte (20) años de servicio

continuos o discontinuos, o cuando alguno de sus padres o hijos, sufran enfermedades catastróficas o discapacidades debidamente comprobadas y calificadas por autoridad científica y dependan de ellos, la desvinculación sólo se hará efectiva después de los doce (12) meses siguientes a la vigencia de la norma que suprime el cargo o en el momento en que se cese la circunstancia, si fuere antes. (...)”²³ (Subrayas fuera de texto original)

1. Inicialmente, la Corte estima discriminatorio que se haya dirigido exclusivamente hacia los empleados de carrera administrativa, toda vez que como se expuso en acápites precedentes, la protección especial que se deriva de los procesos de restructuración no depende de la naturaleza del cargo que el trabajador ocupe, sino de las condiciones especiales que ocasionen que la persona sea altamente vulnerable y, en consecuencia sujeto de especial protección constitucional²⁴. Así lo manifestó esta Corporación en la sentencia T-623 de 2011:

“Reitera la Sala la doctrina establecida en la sentencia T-1239 de 2008, en la que se concluyó que la consideración como sujetos de especial protección, en este caso como prepensionados, no dependía de que estuviesen ocupando un cargo de carrera dentro de la administración pública.

En el caso de los prepensionados, la protección tiene como fundamento el carácter social del estado colombiano y, por consiguiente, la necesidad de no dejar sin protección a quienes se vean afectados por una situación extraordinaria y masiva, que puede frustrar expectativas ciertas respecto de la pensión de vejez, afectando así el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

Por esta razón la protección del retén social, en calidad de prepensionado, se aplica incluso cuando el cargo que se ocupe se haga en condición de provisionalidad.”

En consecuencia, aunque la estabilidad en el empleo de carrera administrativa no es asimilable a la de un cargo de libre nombramiento y remoción, ello no puede constituir fundamento legítimo alguno para otorgar un trato diferencial respecto de la garantía especial que surge en razón del “retén social”.

1. Ahora bien, la norma en cita determinó como destinatarios a aquellos trabajadores que estuvieren a menos de 12 meses de cumplir el tiempo de servicio requerido para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez, con lo cual también se están desconociendo los derechos fundamentales de los empleados, las reglas jurisprudenciales impartidas por este Tribunal e incluso la legislación sobre la materia.

Es así como en la Ley 790 de 2002, en donde se estipularon los pilares básicos para adelantar los procesos de renovación de la administración pública, se determinó que entre los destinatarios del retén social se encuentran los servidores que estén a menos de 3 años de cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión, sin excluir alguno de aquellos requerimientos, es decir, se otorgó trascendencia tanto al tiempo de servicio como a la edad del trabajador.

Por ende, no puede la referida ordenanza limitar la protección legal exclusivamente a los empleados a quienes les falte reunir el tiempo de servicio, excluyendo explícitamente a quienes les falte cumplir edad requerida, como tampoco puede realizar una modificación al término de aplicación de 3 años a 12 meses, puesto que con ello se conculca directamente el derecho a la igualdad de los sujetos de especial amparo constitucional.

Al respecto, este Tribunal ha considerado en ocasiones anteriores que no todo trato diferencial constituye una vulneración al ordenamiento superior, por cuanto, es admisible aquella distinción siempre que se funde en “razones constitucionalmente legítimas”²⁵, de lo contrario es abiertamente discriminatoria. De allí, que el análisis de los argumentos razonables sea primordial para determinar la condición de igualdad en la norma.

En el caso bajo examen, la Corte observa la ausencia de razonamientos y/o fundamentos de cualquier orden, bajo los cuales fuere constitucionalmente aceptable la exclusión de los servidores quienes están a poco tiempo de cumplir la edad de pensión en el “retén social”.

En esa medida, al evidenciar que la Ordenanza núm. 02 de 2008, es menos garantista que la disposición legal al respecto, la Sala inaplicará el aparte “personas a quienes les faltare doce (12) meses o menos para completar veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos” contenida en el artículo 2, y en su lugar dispondrá que esa regla deberá extenderse a los

trabajadores que les falte reunir cualquiera de los requisitos fijados por la ley para gozar dicha prestación.

1. Por consiguiente, para considerarse incluido en la categoría de prepensionado el servidor público debe cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez dentro del lapso de tres años, contado éste desde el momento en que se expidió la norma de reestructuración o liquidación de la entidad, en el presente asunto, corresponde a la Sala analizar si el accionante cumple las condiciones necesarias para ser acreedor de la protección especial invocada, para lo cual se debe establecer los requisitos legales indispensables para que el señor Montoya Jaramillo obtenga el reconocimiento de su derecho pensional.

En primer lugar, debe indicarse que el accionante es beneficiario del régimen especial de pensiones determinado para los funcionarios de la rama jurisdiccional, por cuanto laboró en dicho sector durante más de 10 años como lo exige el Decreto 546 de 1971 y el Decreto Ley 1660 de 1978.

Así lo dispone el artículo 6 del Decreto 546 de 1971:

“Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.” (Negrillas de la Sala)

Igualmente, establece el artículo 132 del Decreto Ley 1660 de 1978:

“Los funcionarios y empleados tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si son hombres y de cincuenta (50), si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, al

Ministerio Público o a las Dirección de Instrucción Criminal, o a las tres (3) actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”

En efecto, reposa en el expediente copia de las siguientes certificaciones de tiempos laborados:

Entidad

Fecha de Ingreso

Fecha de Retiro

Total Tiempo de Servicio

Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración de Justicia Antioquia – Choco²⁶

16-06-1980

08-02-1996

15 años, 7 meses y 23 días

Municipio de San Francisco de Antioquia²⁷

01-03-1998

19-08-1998

5 meses y 20 días

Contraloría General de Antioquia²⁸

06-07-1999

03-09-2001

2 años y 2 meses

Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA)29

01-11-2001

31-12-2001

2 meses

01-02-2002

28-02-2002

27 días

15-05-2002

31-12-2002

7 meses, 16 días

14-04-2003

31-12-2003

16-01-2004

30-06-2004

5 meses, 14 días

26-07-2004

31-12-2004

5 meses, 5 días

17-01-2005

31-12-2005

11 meses, 14 días

19-01-2006

31-12-2006

11 meses, 12 días

Universidad de Antioquia30

07-08-2007

22-10-2008

1 año, 2 meses

Contraloría General de Antioquia31

23-10-2008

07-02-2012

3 años, 3 meses y 14 días

TOTAL TIEMPO DE SERVICIO

27 AÑOS, 1 MES, 12 DÍAS

A partir de lo expuesto, se encuentra probado que el actor tiene un tiempo de servicio mayor de 27 años, con lo cual cumpliría la exigencia de las normas anteriormente transcritas, la cual corresponde a 20 años de labores continuas o interrumpidas. Adicionalmente, se reafirma la adopción de ese régimen especial, por cuanto registra 15 años de vinculación a la Rama Judicial y se requieren 10 años para acogerse a esa normatividad.

Ahora bien, en relación con la edad determinada para acceder a la prestación en comento, se tiene que al momento del retiro del cargo del actor, es decir el, 7 de febrero de 2012, este

contaba con 54 años, 4 meses y 8 días de edad, lo que lleva a concluir que le faltaban algo más de siete (7) meses para cumplir la edad exigida (55 años) por el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 y del artículo 132 del Decreto Ley 1660 de 1978, normatividad a él aplicable. Por consiguiente, el petente cumplía los requisitos para ser considerado prepensionado, puesto que hubiese completado la edad requerida para acceder a la pensión de jubilación dentro de los tres años siguientes al acto de desvinculación.

1. En conclusión la Sala advierte que la entidad accionada, tratándose de reestructuraciones tenía el deber de basar sus decisiones en el estudio técnico que soportara las razones por las cuales suprimía los cargos, como también la obligación de verificar en sus archivos y hojas de vida, para así poder determinar cuáles personas gozaban de protección reforzada, conminado a otorgarles el tratamiento debido, con independencia de la naturaleza del cargo.

Respecto de la situación del señor Montoya Jaramillo, se colige que su retiro del servicio se produjo en forma arbitraria, dado que según las pruebas aportadas, se tiene que la entidad accionada se encontraba en proceso de restructuración y los efectos del “retén social” allí consagrado se extenderán hasta diciembre de 2012. Además, el actor informó oportunamente su calidad de prepensionado, la cual lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional, sin perjuicio de lo cual fue retirado sin motivación ni constancia alguna.

En ese sentido, la Contraloría General de Antioquia desconoció las normas legales y administrativas que le eran aplicables al caso del señor Montoya. Por ende, actuó arbitrariamente sin respetar la estabilidad laboral reforzada a que tenía derecho encontrarse a escasos 7 meses de cumplir la edad requerida para obtener la pensión de jubilación, vulnerándole así los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social.

De conformidad con el análisis realizado en esta decisión, la Sala concluye que los derechos fundamentales del señor Wilson Montoya Jaramillo fueron trasgredidos por la entidad accionada con ocasión a su desvinculación del cargo que ocupaba en la misma, por lo cual se revocarán las decisiones de instancia que negaron el amparo de los derechos reclamados,

por los motivos expuestos en esta providencia. De igual forma, teniendo en cuenta que el actor ya cumplió la edad requerida para acceder a la pensión de jubilación, se ordenará su reintegro temporal sin solución de continuidad, hasta tanto sea incluido en la nómina de pensionados de la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado.

En consecuencia, como no hubo solución de continuidad en la relación laboral, la Sala ordenará a la Contraloría General de Antioquía que pague al señor Wilson Montoya Jaramillo (i) los salarios y prestaciones dejados de devengar y (ii) los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, causados desde el 7 de febrero de 2012, fecha de la desvinculación laboral, hasta que se produzca efectivamente el reintegro ordenado en la presente providencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012) por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, que a su vez confirmó la decisión adoptada el siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, que negaron la protección de los derechos invocados, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Wilson Antonio Montoya Jaramillo, contra la Contraloría General de Antioquia, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, mínimo vital, dignidad humana, seguridad social -pensiones-, salud, y protección especial de las personas en estado de prejubilación al accionante.

Segundo.- ORDENAR a la Contraloría General de Antioquia que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reintegrar al accionante sin solución de continuidad, hasta tanto sea inscrito en la nómina de pensionados de la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones - AFP a la que se encuentre afiliado.

Tercero.- ORDENAR a la Contraloría General de Antioquía que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, pague al señor Wilson Montoya Jaramillo (i) los salarios y prestaciones dejados de devengar y (ii) los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, causados desde el 7 de febrero de 2012, fecha de la desvinculación laboral, hasta que se produzca efectivamente el reintegro ordenado en el núm. 2 de la parte resolutive de la presente providencia.

Cuarto.- INAPLICAR la regla “personas a quienes les faltare doce (12) meses o menos para completar veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos” contenida en el artículo 2 de la Ordenanza núm. 02 de 2008, por los motivos expuestos en la parte motiva. En su lugar DISPONER que ese artículo se extienda a los trabajadores de la Contraloría General de Antioquia, sean de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, que en el término legal de 3 años, les falte reunir cualquiera de los requisitos fijados por la ley para acceder a la pensión de vejez o de jubilación.

Quinto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Consultar en folio 41 del cuaderno principal.

2 Ver Sentencias T-099 de 2008, T-1268 de 2005, T-480 de 1993 y T-106 de 1993, entre muchas otras.

3 Sentencias T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000, entre muchas otras. Puntualmente en la Sentencia T-1268 de 2005, la Corte sostuvo: “Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto”.

4 Sentencia T-456 de 2004: “(...) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.

En igual sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-238 de 2009, T-180 de 2009, T-515A de 2006 y T-789 de 2003.

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

6 Sentencia T-178 de 2009.

7 Ver sentencias T-1239 de 2008, T-989 de 2008 y T-009 de 2008, entre otras.

8 Cfr. Sentencia T-1031 de 2006.

9 Decreto 190 de 2003. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 790 de 2003.

10 Sentencias C-991 de 2004, T-1239 de 2008, T-261 de 2010, T-623 de 2011, entre otras.

11 Sentencias T-768 de 2005 y T-034 de 2010.

12 Sentencia T-768 de 2005 y T-034 de 2010.

13 Véase también Sentencia C-147 de 1997 y C-168 de 1995.

14 Sentencia C-147 de 1997.

15 Sentencia T-008 de 2008.

17 Este criterio ha sido reiterado en las sentencias T-178 de 2009, T-112 de 2009, T-009 de 2008 y T-993 de 2007, entre otras.

18 Ver entre otras, Sentencia T-1166 de 2008.

19 Sentencia T-034 de 2010.

20 Sentencias T-800 de 1998, T-1239 de 2008, T-862 de 2009, entre otras.

21 Consúltase a folio 37 y siguientes del cuaderno principal.

22 Dicha exigencia de origen legal, fue analizada en la Sentencia C-734 de 2000, en la cual la Corte manifestó: “el artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario

desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

Respecto de esta prescripción legal que ordena dejar constancia posterior de la motivación de la decisión de desvinculación, la propia Corte, en la ya citada Sentencia SU-250 de 1998, sin entrar a decidir sobre la constitucionalidad de la disposición ahora bajo examen, pues se trataba de un fallo proferido en sede de tutela, hizo en torno a ella los siguientes comentarios: ‘...anticipándose a la doctrina y a las recomendaciones hechas en Europa y antes enunciados, en Colombia, en la reforma administrativa de 1968, se le salió al paso a la arbitrariedad con una disposición muy importante, es la contenida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, que pese a establecer que en los casos de funcionarios que no pertenezcan a una carrera se puede declarar la insubsistencia sin motivar la providencia, de todas maneras exige que : “deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. (...)’

En algunas ocasiones se puede dar una motivación posterior. Por supuesto que lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder’.”

23 Obra a folio 38 y ss.

24 Al respecto en la Sentencia T-862 de 2009 se consideró: “Es preciso indicar tal como se señaló en la parte considerativa, los entes territoriales tienen la facultad de someterse a procesos de reestructuración, con el fin de sanear sus pasivos, no obstante, en la supresión de los cargos, deben adelantarse medidas que garanticen los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional²⁴. En consecuencia debe adelantar un estudio técnico que sirva de soporte para el proceso, en éste deben ser estudiadas las hojas de vida con el fin de garantizar los derechos de los trabajadores que se estimaren beneficiarios del retén social, teniendo en cuenta que en este estudio debe valorarse la información que en

ella obre, con independencia de la naturaleza del cargo que llegaren a ocupar, pues quedó claro que la condición de sujeto de especial protección y el estudio de los beneficiarios del reten social en procesos de liquidación y reestructuración, debe verse a la luz de los preceptos constitucionales, independientemente del vínculo contractual y de nominación, pues la condición de sujeto de especial protección al hacer parte del reten social, no varía por el tipo de vinculación que se tenga.

(...) No resulta de recibo para la Sala el argumento de que la actora por estar en un cargo de libre nombramiento y remoción, podía ser desvinculada a voluntad del nominador, ya que si bien, esta regla aplica de manera genérica para la vinculación y permanencia de quienes ocupan estos cargos, en los procesos de reestructuración, la vinculación se hace menos precaria pues debe obedecer a un estudio técnico previo en el que por razones objetivas se recomienda la supresión de algunos cargos, razones que deben ser comunicadas al servidor público al que se le suprime el empleo y más aún cuando estamos frente a un grupo de sujetos que hacen parte del retén social y que en consecuencia ostentan una condición de protección especial que trasciende de los preceptos legales y adquiere una connotación de rango constitucional.”

25 Véase Sentencia T-109 de 2012.

26 Obra a folios 13 a 19 del cuaderno principal.

27 Obra a folio 20 del cuaderno principal.

28 Obra a folio 21 del cuaderno principal.

29 Obra a folio 22 del cuaderno principal

30 Obra a folios 23 y 24 del cuaderno principal.

31 Obra a folio 21 del cuaderno principal.