COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/897/12

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/897/12
Expediente	T-2016510
Fecha	2007-07-24
Sala	Sala consistirán
Magistrado ponente	ALEXEI JULIO ESTRADA
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Estabilidad Laboral De Personas Proximas A Pensionarse
- Derecho Fundamental A La Seguridad Social
- Proceso De Reestructuracion Administrativa En Entidades Del Estado
- Accion De Tutela Para Solicitar La Aplicacion Del Reten Social
- Reten Social Y Plan De Renovacion De La Administracion Publica
- Convencion Colectiva Suscrita Entre El Iss Y Sintraseguridad Social

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Próximas a pensionarse en entidades del Estado que se encuentran en proceso de la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos

Texto completo

SU897-12 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia SU897/12 ESTABILIDAD LABORAL DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE- Casos de personas próximas a pensionarse en entidades del Estado que se encuentran en proceso de liquidación PREPENSIONADO- Definición/ PREPENSIONADO- Sujeto de especial protección/ PREPENSIONADO- Alcance de la protección En la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.

PREPENSIONADO- Diferencias en la interpretación respecto a partir de cuándo debe contabilizarse el término de tres años conferido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 La Corte encuentra que la jurisprudencia constitucional y de tutela ha empleado dos opciones argumentativamente racionales de entender el art. 12 de la ley 790 de 2002: i. que los tres años se empiecen a contar a partir del decreto que, en cumplimiento del PRAP, da inicio a la liquidación de la entidad. ii. que los tres años se deban contar a partir del momento en que se suprima el cargo y, por consiguiente, declarar insubsistente al servidor.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL - Contenido La existencia de desarrollo legal respecto de un derecho fundamental no evita que su interpretación y aplicación deba hacerse conforme a los contenidos que se

desprenden de la disposición o disposiciones de naturaleza y rango constitucional que lo consagren. Interpretación conforme a la Constitución que, en virtud de la estructura principal que tiene la seguridad social como derecho fundamental, deberá preguntarse por el objeto a garantizar y el nivel de protección que para el mismo se desprende de las disposiciones analizadas.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Instrumentos internacionales que reconocen su importancia /CONVENIO 154 DE LA OIT- Hace parte de la legislación interna RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS- Alcance i.

El retén social, y dentro de éste la protección a las personas próximas a pensionarse, tiene fundamento jurídico en principios de raigambre constitucional. ii. La interpretación más acorde con el contenido esencial del derecho a la seguridad social y que más garantías otorga es aquella que cuenta el término de tres años exigido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 desde el momento en que se suprime el cargo y la persona es retirada del servicio.

iii. No obstante el fundamento constitucional del retén social, su concreción práctica no se aplica de forma irrestricta o ilimitada; la misma sigue los parámetros que, en ejercicio de su libertad de configuración, han sido dados por el legislador. En este sentido, y para los casos que ahora nos ocupan, se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP, en cuanto los servidores de entidades liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada. iv. Será la entidad en proceso de liquidación o el administrador del patrimonio autónomo de remanentes de la misma el sujeto de derecho encargado de dar cumplimiento a la protección derivada del retén social para los prepensionados, se trate de decisiones tomadas por la propia entidad o de órdenes proferidas por las autoridades judiciales.

LEY 790 DE 2002- Creó a favor de los prepensionados un régimen de transición para evitar su desvinculación debido a la proximidad de la adquisición del derecho La ley 790 fue reglamentada por el decreto 190 de 2003, que en su art. 12 repitió lo establecido, a su vez, en el artículo 12 de la mencionada ley respecto de la protección especial para, entre otros, los prepensionados; en su art. 13 determinó cuál sería el procedimiento que cada entidad seguiría para el reconocimiento de la estabilidad reforzada; y, en el art. 16, determinó el plazo a partir del cual se debería contabilizar la protección brindada por la ley a las personas próximas a pensionarse, estableciendo que la misma se contaría desde el 1º de septiembre de 2002 hasta la terminación del Programa de Renovación de la Administración Pública –en adelante PRAP-, el cual, en todo caso, no podría exceder de 31 de enero de 2004.

PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA EN ENTIDADES DEL ESTADO - Plan de protección denominado "retén social” tendiente a garantizar la estabilidad laboral a las madres cabeza de familia, discapacitados y servidores próximos a pensionarse La protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensioandos, se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación.

PREPENSIONADO- Concepto La Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que: i. Los prepensionados, o personas beneficiarias de la protección establecida por el sistema jurídico plurimencionado, serán aquellos trabajadores de entidades liquidadas, entre otras, en desarrollo del PRAP, a los cuales les falte menos de tres años al momento en que es suprimido el cargo que ocupan. ii. La protección que para ellos se deriva de las normas del llamado “retén social” obliga a la entidad a que, una vez suprimido el cargo, continúe con el pago de los aportes correspondientes al sistema general se seguridad social en pensiones, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL- Procedencia La Corte Constitucional en ocasiones anteriores se ha pronunciado respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para resolver asuntos laborales relativos a la protección especial reforzada conocida como retén social, concluyendo que debido a los especiales factores que se ven involucrados en estas situaciones la acción de tutela puede ser un mecanismo procedente para reclamar la protección derivada del mismo.

ESTABILIDAD LABORAL DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE- Deber del empleador de garantizar estabilidad del trabajador hasta su inclusión en nómina RETEN SOCIAL Y PLAN DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA- Protección del retén social de personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación CONVENCION COLECTIVA SUSCRITA ENTRE EL ISS Y SINTRASEGURIDAD SOCIAL- Precedente fijado en sentencia SU897 de 2012, en cuanto a la vigencia de la convención PRINCIPIO PRO HOMINE - Concepto/ PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL- Aplicación a personas próximas a pensionarse El principio de interpretación más favorable a la realización del derecho fundamental, también conocido como principio pro homine, el cual implica que entre dos posibles interpretaciones debe privilegiarse la más garantista o favorable para el titular del derecho. En estos términos, y en virtud del principio pro homine, la interpretación que mejor se ajusta a las garantías constitucionales antes mencionadas –respeto por los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución) y principio de legalidad (artículos 1º de la Constitución)-, es la que reconoce que, al ser asumida la prestación del servicio público de salud por las ESEs, se mantuvieron los beneficios derivados de la convención colectiva tantas veces mencionada.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL- En el momento en que perdió vigencia la convención colectiva, la actora no podía ser considerada prepensionado, ya que no contaba con la edad y semanas de cotizaciones ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL- Procedencia de tutela por cumplir los requisitos para ser incluido en la categoría de prepensionado PREPENSIONADO- Orden a Fiduciaria realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones de acuerdo con el salario devengado por la accionante al momento en que fue suprimido su cargo Referencia:

expediente T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987 Acciones de tutela instauradas separadamente por Constanza Marcela Ochoa Guzmán, Ana Rosa León de Abdelnur, Martha Cecilia Zabala, Luis Antonio Gutiérrez Osorio; Offir Sánchez Reyes; Diego José Narváez Cepeda, Bertha Mabel Pérez Mejía, María Lucy Aranguren Talero, Gonzalo de Jesús Jaramillo Correa y Blanca Lucy Solano Álvarez.

Magistrado ponente: ALEXEI JULIO ESTRADA Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre de dos mil doce (2012). La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de 27 de noviembre de 2008 la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –caso 1: expediente 2151811-; de 6 de agosto de 2008 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá –caso 2:

expediente 2022905-; tres de diciembre de 2008 la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá –caso 3: expediente -2178492;

25 de julio de 2008, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogota –caso 4: expediente 2016510-; 29 de enero de 2009, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá –caso 5: expediente 2244180-; 25 de agosto de 2010, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –caso 6: expediente 2814987-; en providencia de dos de octubre de 2008 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, –caso 7: expediente 2118006-;

de 28 de agosto de 2008, proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá -caso 8: expediente T-2198113-; de nueve de septiembre de 2008, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -caso 9: expediente T-2069461-; y el proferido el 11 de agosto de 2008, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá -caso 10: expediente T-2026223-.

I. ANTECEDENTES En decisión de cinco de mayo de 2009, con fundamento en el artículo 54ª del Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional, la Sala Plena de esta Corporación decidió dictar fallo de unificación respecto de la protección especial a las personas próximas a pensionarse en entidades del Estado que se encuentren en proceso de liquidación, por lo que asumió el conocimiento de los casos de la referencia, siendo designado ponente el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Aclaración Previa Para mayor claridad en la resolución de cada uno de los casos, éstos se numerarán y se expondrá separadamente los hechos, elementos probatorios y respuestas de la respectiva contraparte; posteriormente se harán las consideraciones generales de la Sala, para luego dar solución, con base en el respectivo orden de numeración, a cada caso en concreto.

Caso 1: expediente T-2151811 El 14 de octubre de 2008, la señora Constanza Marcela Ochoa Guzmán presentó acción de tutela en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación, solicitó que le fueran reconocidos sus derechos al trabajo, al mínimo vital, a una vida digna y a la seguridad social y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.- La accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 1º de septiembre de 1986 –folio 12 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán – En Liquidación –folios 12 y 13 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Luis Carlos Galán y suprimió el cargo desempeñado por la señora Ochoa Guzmán –folio 5- cuaderno principal-.

4.- Que mediante derecho de petición de 10 de septiembre de 2007, la accionante solicitó le fuera otorgada la protección especial prevista en el artículo 12 de la ley 790 de 2002 –folio 2 cuaderno principal- 5.- Que mediante oficio de respuesta al derecho de petición, el 18 de septiembre de 2007, la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento En Liquidación manifestó que la protección especial prevista para los servidores próximos a pensionarse culminó el 27 de diciembre de 2005, razón por la cual no había lugar a conceder lo solicitado –folio 3 cuaderno principal- 6.- Que la accionante interpuso recurso de reposición contra el oficio de respuesta de 18 de septiembre de 2007, en razón a que en ese momento le hacían falta menos de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse -folios 6 a 8 cuaderno principal-. Dicho recurso fue rechazado por razón de su extemporaneidad folio 10 cuaderno principal-.

7.- Que mediante Comunicación con radicación administrativa 329 de 02 de enero de 2008 se informó de la supresión del cargo que ocupaba la accionante, lo que le fue comunicado el 03 de enero de 2008 –folio 5 cuaderno principal-.

Solicitud de tutela Por lo anterior la señora Ochoa Guzmán solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, trabajo y mínimo vital y, en consecuencia, sea reintegrada al cargo que venía desempeñando hasta tanto no sea efectivamente liquidada la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Respuesta de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. A través de apoderada, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se pronunció respecto de la acción constitucional en los siguientes términos:

· La acción de tutela no es el mecanismo para solicitar prestaciones de carácter laboral, por lo tanto debe declararse su improcedencia pues es este un tema de justicia ordinaria y no se acredita la inminente ocurrencia de un perjuicio

irremediable –folios 88 y ss cuaderno principal-.

· En desarrollo de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se respetó la protección del retén social y se tomaron las medidas conducentes a cancelar íntegramente las prestaciones sociales e indemnizaciones de los servidores públicos cuyos cargos se suprimieron –folio 91 cuaderno principal-.

· A la señora Ochoa Guzmán se le reconoció una indemnización de sesenta y siete millones trece mil doscientos treinta pesos ($67.013.200) –folio 92 cuaderno principal-.

· La indemnización y la inclusión en el retén social son figuras incompatibles, como se sostuvo en la sentencia T-200 de 2006 –folio 92 cuaderno principal-.

· En virtud del decreto 3202 de 2007, que ordena la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ésta no puede continuar desarrollando la prestación del servicio de salud, siéndole posible realizar únicamente las actividades tendentes a su pronta liquidación, por lo que resulta carente de todo fundamento argumentar el desconocimiento de derecho alguno de la señora Ochoa Guzmán –folios 93 y ss cuaderno principal-.

· Adicionalmente argumentó que a la accionante no era factible reconocerle los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social por cuanto la propia Corte Constitucional declaró la imposibilidad de aplicar la convención al personal vinculado a las siete ESE en calidad de empleados públicos –folios 97 y ss del cuaderno principal-.

· Esta decisión se apoya en que las ESE no fueron parte de la Convención Colectiva referida y por consiguiente no la vincula lo allí establecido.

· Así mismo, la accionante no cumpliría los requisitos para pensionarse durante el período de liquidación de la ESE, de manera que no puede considerarse como próxima a pensionarse para efectos de la protección especial –folios 102 y ss cuaderno principal-.

· Finalmente, la apoderada de la ESE menciona que, conforme a la sentencia T-993 de 2007, la vigencia del retén social culminó el 24 de julio de 2007, lo que haría actualmente inaplicable dicha protección –folio 105 cuaderno principal-.

Por las razones expuestas anteriormente solicita exonerar de cualquier responsabilidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ya que: i. La acción de tutela resulta improcedente en el presente caso; y ii.

No se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante puesto que no cumple las condiciones para pertenecer al reten social y recibió la indemnización legal al momento de ser desvinculada de la entidad.

Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó: i. Comunicación de supresión del cargo –folio 5 cuaderno principal-. ii.

Recurso de Reposición contra resolución de 18 de septiembre de 2007 mediante la cual le niega su pertenencia al retén social –folio 6 cuaderno principal-.

iii. Resolución 2649 de 2007 de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento por la cual se rechaza el recurso de reposición –folio 9 cuaderno principal-.

iv. Constancia de vinculación a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por el Departamento de Recursos Humanos seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales –folio 12 cuaderno principal-.

v. Constancia de vinculación de la accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por la Coordinadora de Talento Humano –folio 13 cuaderno principal-.

vi. Cédula de Ciudadanía de la accionante –folio 14 cuaderno principal-. vii. Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folios 17 y ss cuaderno principal-.

Por parte de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se presentó: i. Resolución 267 de 11 de febrero de 2008, por la cual se le reconoce la indemnización legal correspondiente a la señora Ochoa Guzmán –folios 92 y 93 cuaderno principal-.

Actuaciones Procesales Primera instancia Por medio de sentencia de 29 de octubre de 2008 el Juzgado Segundo administrativo del Circuito de Bogotá denegó el amparo solicitado, por considerar que la Convención Colectiva no es aplicable a empleados públicos –como son los servidores de las ESE-; que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición previsto por la ley 100 de 1993; y que no cumplía con los requisitos para pensionarse dentro del tiempo en que se liquidaría la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento; que la señora Ochoa al haber recibido una indemnización de sesenta y siete millones no veía afectado su mínimo vital; y que no se configuraba un perjuicio irremediable –folio 215 cuaderno principal-.

Impugnación La accionante impugnó la sentencia de primera instancia argumentando que la Convención Colectiva de Trabajo le es aplicable a la accionante, que, por consiguiente, se encuentra en la categoría de prepensionable y que la tutela es el único mecanismo viable por tratarse de entidades en liquidación –folios 220 y ss cuaderno principal-.

Segunda Instancia En pronunciamiento de 27 de noviembre de 2008 la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió confirmar la sentencia de primera instancia, por considerar que la señora Ochoa Guzmán no cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiaria de la protección especial derivada del retén social y, por tanto, no le había sido desconocido derecho fundamental alguno –folio 243 cuaderno principal-.

Caso 2: expediente T-2022905 El 11 de junio de 2008, la señora Ana Rosa León de Abdelnur presentó acción de tutela en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación, solicitando que le fueran reconocidos sus derechos al trabajo, seguridad social, petición e igualdad y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.- La accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 24 de agosto de 1989 –folio 9 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán – En Liquidación –folios 8 y 9 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Luis Carlos Galán y suprimió los cargos que eran como el desempeñado por la señora León de Abdelnur.

4.- Que el día ocho de mayo de 2008 la accionante presentó petición solicitando fuera cobijada por la protección especial denominada retén social –folio 32 cuaderno principal-.

5.- Que mediante oficio de 19 de mayo del mismo año le fue dada respuesta negándole la inclusión en esta categoría especial –folio 33 cuaderno principal-.

6.- Que mediante Comunicación de 09 de mayo de 2008 se informó que mediante decreto 1522 del 9 de mayo de 2008 se decidió la supresión del específico cargo que ocupaba la accionante, lo que le fue comunicado el 10 de mayo del mismo año 2008 –folio 35 cuaderno principal-.

Solicitud de tutela Por lo anterior la señora León de Abdelnur solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y a presentar peticiones respetuosas y, en consecuencia, sea reintegrada al cargo que venía desempeñando hasta tanto no sea efectivamente liquidada la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Respuesta de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. A través de apoderada, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se pronunció respecto de la acción constitucional en los siguientes términos:

· La acción de tutela no es el mecanismo para solicitar prestaciones de carácter laboral, por lo tanto debe declararse su improcedencia pues es este un tema de justicia ordinaria y no se acredita la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable –folios 61 y ss cuaderno principal-.

· Adicionalmente argumentó que a la accionante no era factible reconocerle los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social por cuanto la propia Corte Constitucional declaró la imposibilidad de aplicar la convención al personal vinculado a las siete ESE en calidad de empleados públicos –folios 63 y ss del cuaderno principal-.

· Esta decisión se apoya en que las ESE no fueron parte de la Convención Colectiva referida y por consiguiente no le vincula lo allí establecido –folios 65 y ss del cuaderno principal-.

· En virtud del decreto 3202 de 2007, que ordena la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ésta no puede continuar desarrollando la prestación del servicio de salud, siéndole posible realizar únicamente las actividades tendentes a su pronta liquidación, por lo que resulta carente de todo fundamento argumentar el desconocimiento de derecho alguno de la señora Ochoa Guzmán –folios 67 y ss cuaderno principal-.

· En desarrollo de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se respetó la protección del retén social y se tomaron las medidas conducentes a cancelar íntegramente las prestaciones sociales e indemnizaciones de los servidores públicos cuyos cargos se suprimieron –folio 68 cuaderno principal-.

· Así mismo, la accionante no cumpliría los requisitos para pensionarse durante el período de liquidación de la ESE, de manera que no puede considerarse como próxima a pensionarse para efectos de la protección especial –folios 69 y ss cuaderno principal-.

· El derecho de petición no se vulneró pues la solicitud fue resuelta mediante comunicación de 19 de mayo de 2008 –folios 72 y ss del cuaderno principal-.

Por las razones expuestas anteriormente solicita exonerar de cualquier responsabilidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ya que: i. La acción de tutela resulta improcedente en el presente caso; y ii.

No se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante puesto que no cumple las condiciones para pertenecer al reten social. Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó:

i. Comunicación de supresión del cargo –folio 35 cuaderno principal- ii. Constancia de vinculación a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por el Departamento de Recursos Humanos seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales –folio 9 cuaderno principal-.

iii. Constancia de vinculación de la accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por la Coordinadora de Talento Humano –folio 8 cuaderno principal-.

iv. Decreto 4992 de 2007 por medio del cual se modifica la planta de la ESE y, por consiguiente se suprimen cargos –folio 28 cuaderno principal-.

v. Petición presentada el día 09 de mayo de 2008 –folio 32 cuaderno principal-. vi. Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folios 37 y ss cuaderno principal-.

vii. Comunicación del Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales a un inspector de trabajo con el objeto de denunciar la convención colectiva de trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folio 47 cuaderno principal-.

Actuaciones Procesales Primera instancia Por medio de sentencia de 23 de junio de 2008 el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá concedió el amparo solicitado, al considerar que la Convención Colectiva es aplicable a la señora León de Abdelnur y que, por consiguiente, hace parte de la categoría de prepensionados –ya que cumpliría los requisitos para obtener su pensión durante los tres años siguientes al decreto que ordenó la liquidación de la ESE –folio171 cuaderno principal-. En consecuencia, ordenó que se extendiera la protección especial a la señora León de Abdelnur y que continuara vinculada laboralmente con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Impugnación La apoderada de Fiduagraria S.A., sociedad liquidadora de la ESE Luis Carlos Galán, impugnó la decisión por considerar que la tutela es improcedente en este caso, que debido al proceso de liquidación la ESE tiene imposibilidad jurídica para vincular a la accionante pues no puede desarrollar nada diferente a su proceso de liquidación, que la accionante no es beneficiaria de convención colectiva alguna y, por tanto, no puede incluirse en el retén social –folios 176 y ss cuaderno principal-.

Segunda Instancia En pronunciamiento de 6 de agosto de 2008 la sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá decidió revocar la sentencia de primera instancia, por considerar que la señora León de Abdelnur no le es aplicable la convención colectiva y, por tanto, no cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiaria de la protección especial derivada del retén social ya que no reuniría los requisitos para pensionarse dentro del término de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán. Estas razones llevan a concluir que no le habría sido desconocido derecho fundamental alguno –folios 380 y ss cuaderno principal-.

Caso 3: expediente T-2178492 El 04 de junio de 2008, la señora Martha Cecilia Zabala presentó acción de tutela en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación, solicitando que le fueran reconocidos sus derechos al trabajo, seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada e igualdad y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.- La accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 17 de agosto de 1990 –folio 6 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán – En Liquidación –folios 6 y 7 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Luis Carlos Galán. 4.- Que el día tres de abril de 2008 la accionante presentó petición solicitando fuera cobijada por la protección especial denominada retén social –folio 2 cuaderno principal-.

5.- Que mediante oficio de 14 de abril del mismo año le fue dada respuesta negándole la inclusión en esta categoría especial –folio 3 cuaderno principal-.

6.- Que mediante Comunicación de 09 de mayo de 2008 se informó que mediante decreto 1522 del 9 de mayo de 2008 se decidió la supresión del cargo que ocupaba la accionante –folio 5 cuaderno principal-.

Solicitud de tutela Por lo anterior la señora Zabala solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la protección laboral reforzada y, en consecuencia, sea reintegrada al cargo que venía desempeñando hasta tanto no sea efectivamente liquidada la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Respuesta de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. A través de apoderada, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se pronunció respecto de la acción constitucional en los siguientes términos:

· La acción de tutela no es el mecanismo para solicitar prestaciones de carácter laboral, por lo tanto debe declararse su improcedencia pues es este un tema de justicia ordinaria y no se acredita la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable –folios 57 y ss cuaderno principal-.

· Adicionalmente argumentó que a la accionante no era factible reconocerle los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social por cuanto la propia Corte Constitucional declaró la imposibilidad de aplicar la convención al personal vinculado a las siete ESE en calidad de empleados públicos –folios 61 y ss del cuaderno principal-.

· Esta decisión se apoya en que la ESE no fue parte de la Convención Colectiva referida y por consiguiente no la puede vincular lo allí establecido –folios 63 y ss del cuaderno principal-.

· En virtud del decreto 3202 de 2007, que ordena la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ésta no puede continuar desarrollando la prestación del servicio de salud, siéndole posible realizar únicamente las actividades tendentes a su pronta liquidación, por lo que resulta carente de todo fundamento argumentar el desconocimiento de derecho alguno de la señora Ochoa Guzmán –folios 64 y ss cuaderno principal-.

· En desarrollo de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se respetó la protección del retén social y se tomaron las medidas conducentes a cancelar íntegramente las prestaciones sociales e indemnizaciones de los servidores públicos cuyos cargos se suprimieron –folio 65 cuaderno principal-.

· Así mismo, la accionante no cumpliría los requisitos para pensionarse durante el período de liquidación de la ESE, de manera que no puede considerarse como próxima a pensionarse para efectos de la protección especial –folios 67 y ss cuaderno principal-.

· El derecho de petición no se vulneró pues la solicitud fue resuelta mediante comunicación de 19 de mayo de 2008 –folio 69 del cuaderno principal-.

Por las razones expuestas anteriormente solicita exonerar de cualquier responsabilidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ya que: i. La acción de tutela resulta improcedente en el presente caso; y ii.

No se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante puesto que no cumple las condiciones para pertenecer al reten social. Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó:

i. Comunicación de supresión del cargo –folio 5 cuaderno principal- ii. Constancia de vinculación a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por el Departamento de Recursos Humanos seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales –folio 6 cuaderno principal-.

iii. Constancia de vinculación de la accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por la Coordinadora de Talento Humano –folio 7 cuaderno principal-.

iv. Petición presentada el día 03 de abril de 2008 –folio 2 cuaderno principal-. v. Respuesta a la petición antes referida, negando la inclusión en el retén social –folio 3 del cuaderno principal- vi.

Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folios 28 y ss cuaderno principal-. vii. Certificación de denuncias a la Convención Colectiva del Trabajo –folio 25 cuaderno principal-.

viii. Cédula de ciudadanía de la accionante –folio 40 del cuaderno principal- Actuaciones Procesales Primera instancia Por medio de sentencia de 19 de junio de 2008 el Juzgado Cuarenta y siete Penal del Circuito de Bogotá negó el amparo solicitado, por considerar que la acción de tutela no procede en este caso y, adicionalmente, que Convención Colectiva no es aplicable a la señora Martha Cecilia Zabala – folios 165 y ss del cuaderno principal-.

Impugnación La accionante, mediante apoderado, impugnó la sentencia de primera instancia aduciendo la existencia de un crédito hipotecario, la aplicabilidad de la Convención Colectiva de Trabajo y la procedibilidad de la acción de tutela en el presente caso –folios 186 y 187 del cuaderno principal- Segunda Instancia En pronunciamiento de tres de diciembre de 2008 la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá decidió confirmar la sentencia de

primera instancia, por considerar que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para resolver la aplicabilidad o no de una convención colectiva de trabajo –folios 17 y ss cuaderno de segunda instancia-.

Caso 4: expediente T-2016510 El 05 de junio de 2008, el señor Luis Antonio Gutiérrez Osorio presentó acción de tutela en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación, solicitando que le fueran reconocidos sus derechos al trabajo, seguridad social, petición e igualdad y, en consecuencia, ser reintegrado al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.- El accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 28 de agosto de 1989 –folio 1 cuaderno principal-; posteriormente se vinculó a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento el 26 de junio de 2003 –folio 2 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporado, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán – En Liquidación –folio 3 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Luis Carlos Galán y suprimió el cargo desempeñado por el señor Luis Antonio Gutiérrez Osorio.

4.- Que el día 25 de marzo de 2008 el accionante presentó petición solicitando fuera cobijado por la protección especial denominada retén social –folio 28 cuaderno principal-.

5.- Que mediante oficio de 9 de abril del mismo año le fue dada respuesta negándole la inclusión en esta categoría especial –folios 29 y 30 cuaderno principal-.

6.- Por comunicación de 10 de mayo de 2008 se informó que mediante decreto 1522 del 9 de mayo de 2008 se decidió la supresión del cargo que ocupaba el accionante, a partir del mismo 9 de mayo –folio 35 cuaderno principal-.

Solicitud de tutela Por lo anterior el señor Gutiérrez Osorio solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y a presentar peticiones respetuosas y, en consecuencia, sea reintegrado al cargo que venía desempeñando hasta tanto no sea efectivamente liquidada la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Respuesta de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. A través de apoderada, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se pronunció respecto de la acción constitucional en los siguientes términos:

· La acción de tutela no es el mecanismo para solicitar prestaciones de carácter laboral, por lo tanto debe declararse su improcedencia pues es este un tema de justicia ordinaria y no se acredita la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable –folios 145 y ss cuaderno principal-.

· Adicionalmente argumentó que al accionante no era factible reconocerle los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social por cuanto la propia Corte Constitucional declaró la imposibilidad de aplicar la convención al personal vinculado a las siete ESE en calidad de empleados públicos –folios 149 y ss del cuaderno principal-.

· Esta decisión se apoya en que las ESE no fueron parte de la Convención Colectiva referida y por consiguiente no les puede vincular lo allí establecido –folios 151 y ss del cuaderno principal-.

· En virtud del decreto 3202 de 2007, que ordena la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ésta no puede continuar desarrollando la prestación del servicio de salud, siéndole posible realizar únicamente las actividades tendentes a su pronta liquidación, por lo que resulta carente de todo fundamento argumentar el desconocimiento de derecho alguno de la señora Ochoa Guzmán –folios 153 y ss cuaderno principal-.

· En desarrollo de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se respetó la protección del retén social y se tomaron las medidas conducentes a cancelar íntegramente las prestaciones sociales e indemnizaciones de los servidores

públicos cuyos cargos se suprimieron –folio 153 y 154 cuaderno principal-.

· Así mismo, la accionante no cumpliría los requisitos para pensionarse durante el período de liquidación de la ESE, de manera que no puede considerarse como próxima a pensionarse para efectos de la protección especial –folios 155 cuaderno principal-.

· El derecho de petición no se vulneró pues la solicitud fue resuelta mediante comunicación de 19 de mayo de 2008 –folios 156 del cuaderno principal-.

Por las razones expuestas anteriormente solicita exonerar de cualquier responsabilidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ya que: i. La acción de tutela resulta improcedente en el presente caso; y ii.

No se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante puesto que no cumple las condiciones para pertenecer al reten social. Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó:

i. Comunicación de supresión del cargo –folio 31 cuaderno principal- ii. Constancia de vinculación a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por el Departamento de Recursos Humanos seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales –folio 3 cuaderno principal-.

iii. Constancia de vinculación del accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por la Coordinadora de Talento Humano –folio 2 cuaderno principal-.

iv. Decreto 4992 de 2007 por medio del cual se modifica la planta de la ESE y, por consiguiente se suprimen cargos –folio 24 cuaderno principal-.

v. Petición presentada el día 25 de marzo de 2008 –folio 28 cuaderno principal-. vi. Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folios 32 y ss cuaderno principal-.

vii. Comunicación del Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales a un inspector de trabajo con el objeto de denunciar la convención colectiva de trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folio 42 y ss cuaderno principal-.

Actuaciones Procesales Decisión de primera instancia. El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia de diecisiete de junio de año 2008, declaró improcedente el amparo solicitado, por considerar que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para ser el conflicto que puso en conocimiento del juez de tutela.

Impugnación El actor solicitó la revocatoria de la decisión proferida por el a quo , al afirmar que no está reclamando a través de la acción de tutela el reconocimiento de un derecho prestacional, pues lo que solicita es la protección efectiva de su derecho fundamental a la igualdad, en particular, pide que se ordene su inclusión en el reten social, de forma tal que sea reintegrado al puesto que venía ocupando hasta el momento en que obtenga su pensión de jubilación.

Consideró que el juez de instancia desconoció la posición de la Corte que señala que no hay límite temporal para la inclusión de una persona en el reten social y por ello solicita su aplicación.

Decisión de segunda instancia En sentencia de 25 de julio de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogota, confirmó la decisión impugnada al considerar que la acción de tutela no es el medio idóneo para resolver el asunto planteado –folio 186 y ss-.

Caso 5: expediente T-2244180 El 07 de mayo de 2008, la señora Offir Sánchez Reyes, a través de apoderado, presentó acción de tutela en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación, solicitando que le fueran reconocidos sus derechos al trabajo, seguridad social, petición e igualdad y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.-La accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 2 de

octubre de 1989 –folio 2 cuaderno principal-; posteriormente se vinculó a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento el 26 de junio de 2003 –folio 2 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán – En Liquidación –folio 2 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Luis Carlos Galán y suprimió el cargo desempeñado por la señora Offir Sánchez Reyes a partir del el 3 de enero de 2008- Folio 5 cuaderno principal-.

4.- Que la accionante dentro de los 5 días siguientes presentó recurso de reposición contra el acto por el cual se comunicó la supresión del cargo y solicitó ser cobijada por la protección especial denominada retén social –folio 5 cuaderno principal-.

5.- Que mediante Resolución 7607 de marzo 25 de 2008 fue confirmada en todas sus partes las decisiones tomadas referentes a la supresión del cargo ocupado por la accionante y el cese de sus funciones.

Solicitud de tutela Por lo anterior la señora Sánchez Reyes solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, seguridad social, al trabajo, y al debido proceso y, en consecuencia, sea reintegrada al cargo que venía desempeñando o a uno de similar o mayor denominación hasta tanto no sea efectivamente liquidada la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento o hasta tanto la actora cumpla los requisitos para la pensión.

Respuesta de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. A través de apoderada, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se pronunció respecto de la acción constitucional en los siguientes términos:

· La acción de tutela no es el mecanismo para solicitar prestaciones de carácter laboral, por lo tanto debe declararse su improcedencia pues es este un tema de justicia ordinaria y no se acredita la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable –folios 73 y ss cuaderno principal-.

· Adicionalmente argumentó que al accionante no era factible reconocerle los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social por cuanto la propia Corte Constitucional declaró la imposibilidad de aplicar la convención al personal vinculado a las siete ESE en calidad de empleados públicos –folios 77 y ss del cuaderno principal-.

· Esta decisión se apoya en que las ESE no fueron parte de la Convención Colectiva referida y por consiguiente no les puede vincular lo allí establecido –folios 79 y ss del cuaderno principal-.

· En virtud del decreto 3202 de 2007, que ordena la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ésta no puede continuar desarrollando la prestación del servicio de salud, siéndole posible realizar únicamente las actividades tendentes a su pronta liquidación, por lo que resulta carente de todo fundamento argumentar el desconocimiento de derecho alguno de la señora Sánchez Reyes –folios 80 y ss cuaderno principal-.

· En desarrollo de la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se respetó la protección del retén social y se tomaron las medidas conducentes a cancelar íntegramente las prestaciones sociales e indemnizaciones de los servidores públicos cuyos cargos se suprimieron –folio 82 cuaderno principal-.

· Así mismo, la accionante no cumpliría los requisitos para pensionarse durante el período de liquidación de la ESE, de manera que no puede considerarse como próxima a pensionarse para efectos de la protección especial –folios 84 cuaderno principal-.

· Finalmente, indicó que la accionante no cumple con los requisitos para ser incluida en el reten social como madre cabeza de familia, pues tiene otra alternativa económica –folio 84 cuaderno principal-.

Por las razones expuestas anteriormente solicita exonerar de cualquier responsabilidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, ya que: i. La acción de tutela resulta improcedente en el presente caso; y ii.

No se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante puesto que no cumple las condiciones para pertenecer al reten social. Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó:

i. Comunicación de supresión del cargo –folio 18 cuaderno principal- ii. Recurso de reposición –solicitud de reintegro e inclusión al reten social –Folio 19 y ss cuaderno principal.- iii.

Resolución del recurso de reposición- folio 25 y ss cuaderno principal- iv. Acta de posesión expedida por el Instituto de Seguro Sociales seccional Cundinamarca – Folio 29 cuaderno principal- v.

Constancia de vinculación a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por el Departamento de Recursos Humanos seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales –folio 30 cuaderno principal-.

vi. Constancia de vinculación del accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por la Coordinadora de Talento Humano –folio 31 cuaderno principal-.

vii. Acuerdo de voluntades entre la accionante y su esposo sobre la forma en que reapoderan por las obligaciones con sus hijos. –Folio 32 cuaderno principal- viii.

Declaración extraprocesal en la que la accionante manifiesta que sus hijos dependen económicamente de ella. –folio 33 cuaderno 1- ix. Copia de incapacidades expedidas a la accionante. –folio 49 y ss.- x.

Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folios 57y ss cuaderno principal-. xi. Comunicación del Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales a un inspector de trabajo con el objeto de denunciar la convención colectiva de trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folio 68 cuaderno principal-.

Actuaciones Procesales Primera instancia Por medio de sentencia de 30 de mayo de 2008 el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá Declaró improcedente el amparo solicitado, por considerar que las diferentes actuaciones de la entidad demandada se hayan ajustadas a los procedimientos legales y constitucionales y, por tal no existe vulneración de derecho alguno.

Adicional a lo anterior, consideró el a quo que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para solicitar la protección de los derechos que estima vulnerados.

Impugnación El apoderado de la parte actora solicitó se revocara la decisión proferida por el fallador de instancia al considerar que existe afectación de las garantías constitucionales de su representada, pues tanto por convención colectiva de trabajo suscrita por el ISS como por el régimen de transición al cual tiene derecho, para el momento de la desvinculación de la entidad demandada, la señora Sanchez Reyes se encontraba a menos de 3 años de adquirir el derecho al reconocimiento pensional.

Igualmente, considera el apoderado que la accionante reúne los requisitos para ser incluida en el reten social como madre cabeza de familia. Segunda Instancia La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de enero 29 de 2009, confirmó la decisión proferida por el a quo al considerar que, efectivamente, la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial.

Así mismo, indicó el a quem que la accionante no cumple con los presupuestos exigidos para ser incluida en el reten social, ya sea en calidad de prepensionada o de madre cabeza de familia.

Caso 6: expediente T-2814987 El 04 de mayo de 2010, el señor Diego José Narváez Cepeda presentó acción de tutela en contra de la Fiduciaria la Previsora S.A y el Ministerio de la Protección Social, solicitando que le fueran reconocidos sus derechos a la seguridad social, el mínimo vital y la dignidad humana y, en consecuencia, ser reintegrado al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.- El accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 21 de julio de 1992 –folio 2 cuaderno principal. Al momento de su vinculación contaba con 35 años de edad.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporado, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán –folio 2 cuaderno principal-.

3.-Que mediante comunicación de 6 de noviembre de 2009, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento –en liquidación- le informa al actor la supresión del cargo que venía desempeñando y su desvinculación de la empresa.

–folio 33 cuaderno principal-. 4.- Que el día 22 de octubre de 2009 el accionante presentó petición solicitando fuera cobijado por la protección especial denominada retén social y que la entidad que asuma el pasivo pensional de la ESE en liquidación garantice pago de los aportes en pensión hasta tanto cumpla los requisitos para acceder a dicho derecho –folio 22 y ss cuaderno principal-.

5.- Que mediante oficio de 6 de noviembre del mismo año le fue dada respuesta negándole la inclusión en esta categoría especial –folios 25 y ss- cuaderno principal-.

Solicitud de tutela Por lo anterior el accionante solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana y, en consecuencia, se ordene la reubicación laboral en un cargo equivalente al que venía desempeñando en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, sin solución de continuidad, desde la fecha de desvinculación y hasta tanto se reconozca efectivamente la pensión de jubilación.

En caso de no ser posible la reubicación laboral, pide se le garantice el pago de los aportes en pensión hasta que cumpla con los requisitos para jubilarse.

Respuesta de Fiduciaria la Previsora PAR. Precisó el representante de la entidad demandada que, mediante Decreto 2302 de 2007, modificado por los decretos 532, 1983, 2748,3757 y 4241 de 2009, el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento y, como consecuencia, de la terminación del plazo otorgado para concluir el proceso de disolución y liquidación de dicha entidad, Fiduagraria, actuando en su condición de entidad liquidadora, suscribió con Fiduciaria la Previsora S.A. el contrato de fiducia mercantil N. 31-0410 de 30 de diciembre de 2008, contrato que no implica continuidad en la personería jurídica de la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

Señaló que Fiduprevisora S.A. no es ni ha sido liquidador de la mencionada ESE y, su relación se limita a haber servido como fiduciario, cuyo objeto es la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes, al cual se transfieren los bienes, recursos y procesos remanentes al concluir el plazo de las prorrogas de liquidación.

Indicó que, conforme al contrato de fiducia mercantil sus actividades se limitan a la atención, control y seguimiento de los procesos judiciales iniciados contra la extinta empresa Luís Carlos Galán Sarmiento y por tanto ni el PAR ni la fiduciaria asumen la calidad de vinculados a los procesos judiciales, puesto que respeto a los mismos sólo se hace seguimiento a los apoderados y a efectuar los pagos originados en los gastos judiciales, la defensa judicial y las sentencias en firme que se profieran en contra del fideicomitente en dichos procesos.

Respecto a las pretensiones del actor, señaló que Fiduprevisora no se encuentra facultada legal ni constitucionalmente para llevar a cabo funciones de administración del pasivo pensional y mucho menos dicha obligación se encuentra contenida en el contrato de fiducia mercantil, en virtud del cual ejecuta sus actividades de administración del Patrimonio

Autónomo de Remanentes ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, conforme las instrucciones impartidas por el fideicomitente.

Argumentó que, en este caso el fideicomitente no impartió instrucción alguna para efectuar el reconocimiento y pago de pensión de jubilación a favor del actor, y especialmente, que no cuenta con la capacidad legal para desempeñar éste tipo de funciones.

Finalmente, adujo que en el caso en concreto no se aprecia un perjuicio irremediable y que dicha controversia se debe ventilar en la justicia ordinaria.

Fiduagraria S.A Manifestó el representante de Fiduagraria S.A. que el vinculo existente entre ésta entidad con la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento no incluyó la asunción de las obligaciones a cargo de la empresa en liquidación de manera indiscriminada, pues simplemente sirvió como entidad liquidadora y como instrumento para realizar las gestiones propias de dicha liquidación conforme lo determina el decreto 3207 de 2007.

Precisó que, no resulta viable reintegrar o indemnizar al actor en consideración a que el vínculo laboral alegado fue con una empresa que a la fecha de notificación de la demanda se encuentra liquidada.

Señaló que Fiduagraria S.A. es distinta de las empresas de las que actúa como entidad liquidadora, quienes tienen la condición de terceros respecto a la sociedad fiduciaria , y a su vez, la fiduciaria es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen a los vínculos contractuales como el que pudo existir entre la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y el accionante, por lo que considera no existe capacidad para acudir a actos de parte como la contestación de la demandada, la conciliación o interrogatorio de parte, dentro de los procesos que se inician contra la empresa liquidadora.

Indicó que como quiera que esa sociedad fiduciaria ya no actúa como liquidadora de la ESE Luís Carlos Galán precisamente por cuanto dicho proceso ya se consolidó y ya se perdió la potestad para actuar en representación judicial o extrajudicial, motivo por el cual considera que la litis debe integrarse con quien actualmente se encuentra facultado para esos efectos.

Finalmente, señaló que la presente tutela carece de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Ministerio de la Protección Social Manifestó el representante de la entidad que, de conformidad con lo dispuesto en los decretos 3202 de 2007 y 254 de 2000, no se encuentra en cabeza de éste ministerio asumir al momento del cierre del proceso liquidatorio de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, las obligaciones de carácter laboral a cargo de la misma, por lo cual las pretensiones del actor no pueden ser atendidas, toda vez que no existe ni existió sustitución, subrogación o cesación de ninguna especie que implicara subordinación o dependencia jerárquica.

Manifestó que la relación jurídica existente entre el ministerio y las ESE creada por el decreto 1750 de 2003 no era otra que la de adscripción, la cual conlleva un control administrativo ejercido por las entidades del sector central sobre las descentralizadas, con el ánimo de que estas encaucen su actividad dentro del derrotero que exigen las metas y objetivos del poder ejecutivo, lo cual no implica jerarquía o subordinación.

Finalmente, solicitó negar por improcedente la pretensión del actor, pues éste no demostró que se estuviese vulnerando derecho alguno. Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó:

i. Constancia de vinculación a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por el Departamento de Recursos Humanos seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales –folio 20 cuaderno principal-.

ii. Constancia de vinculación del accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento expedida por la apoderada especial del liquidador –folio 21 cuaderno principal-.

iii. Solicitud de inclusión en el reten social y que la entidad que asuma el pasivo pensional de la ESE en liquidación garantice pago de los aportes en pensión hasta tanto cumpla los requisitos para acceder a dicho derecho. -Folio 22 cuaderno principal-.

iv. Respuesta al derecho de petición- folio 36 cuaderno principal- v. Acta en la que se le informa al actor la finalización del proceso de liquidación y su desvinculación de la ESE en liquidación por supresión del cargo.

vi. Acta final del proceso de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación – folio 34 y ss.- vii. Contrato de fiducia mercantil entre Fiduagraria y Fiduprevisora. –folio 37 y ss.- viii.

Copia de la sentencia de levantamiento de fuero sindical del actor. –folio 71 y ss.- ix. Copia de la Convención colectiva celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social. –Folio 99 y ss.- x.

Decreto 4992 de 2007 por medio del cual se modifica la planta de la ESE y, por consiguiente se suprimen cargos –folio 24 cuaderno principal-.

xi. Petición presentada el día 25 de marzo de 2008 –folio 28 cuaderno principal-. xii. Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folios 32 y ss cuaderno principal-.

xiii. Comunicación del Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales a un inspector de trabajo con el objeto de denunciar la convención colectiva de trabajo firmada entre el ISS y Sintraseguridad Social –folio 42 y ss cuaderno principal-.

Actuaciones Procesales Primera instancia La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de 23 de julio de 2010, declaró improcedente el amparo solicitado por el accionante, al considerar que el reconocimiento de las garantías del denominado reten social, es posible hasta tanto persista la actividad de la administración en el organismo liquidado.

En el caso del demandante, encontró el a quo que, la situación planteada se encuentra fuera del límite temporal por haberse extinguido la empresa a la cual se encontraba vinculado.

Impugnación El accionante impugnó sin exponer las razones de su disenso en el término establecido para ello. Segunda Instancia La Sala de Casación Penal, en sentencia de 25 de agosto de 2010, confirmó el fallo impugnado bajo las mismas razones expuestas por el a quo y adicional a ello, indicó que no se cumple con el requisito de subsidiariedad.

Caso 7: expediente T-2118006 Por medio de acción de tutela interpuesta el ocho de agosto de 2008 contra la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación, la señora Bertha Mabel Pérez Mejía solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y a presentar peticiones respetuosas, y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, basada en los siguientes Hechos 1.- La accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 16 de febrero de 1988 –folio 10 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – en Liquidación.

3.-Que mediante decreto 2143 de 16 de junio de 2008 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación –folio 70 del cuaderno No. 2-.

4.- Que la accionante ha presentado peticiones con fechas abril 30, junio 5 y 25, y julio 28, todas de 2008, solicitando su inclusión en la protección especial denominada retén social –folios 25, 16 y 22 del cuaderno principal, respectivamente, y 62 del cuaderno N. 2-.

5.- Que mediante oficios de mayo 12, junio 16, julio 24 y agosto 08 de 2008 le fue dada respuesta negándole la inclusión en esta categoría especial –folio 46 del cuaderno N. 2, folios 13 y 18 del cuaderno principal y folio 68 del cuaderno N.

2-. 6.- Que mediante Comunicación de 2008 se informó sobre la supresión del cargo que ocupaba la accionante a partir de junio 19 de 2008 –folio 70 cuaderno No. 2-.

7.- Que a la accionante le fue reconocida una indemnización de treinta y siete millones ochenta y un mil doscientos cuarenta y cuatro pesos ($37.081.244) –folios 71 y ss. Del cuaderno No. 2- Solicitud de Tutela Con base en lo anterior la señora Bertha Mabel Pérez Mejía solicita le sean amparados sus derechos a la igualdad, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a presentar peticiones respetuosas y, en consecuencia, sea reintegrada al cargo que desempeñaba en la ESE.

Respuesta de la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación La accionada solicitó sea negado el amparo solicitado con base en los siguientes argumentos:

i. Los servidores de la ESE son empleados públicos, por mandato expreso del artículo 16 del decreto 1750 de 2003, de manera que su régimen legal es idéntico al de todos los empleados públicos del poder ejecutivo del orden nacional –folio 45 del cuaderno principal- ii.

La supresión de cargos en la ESE responde a los mandatos del decreto ley 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006 y el decreto 3202 de 2007, de manera que se están siguiendo las normas vigentes en la materia –folio 46 del cuaderno principal-.

iii. Igualmente, manifiesta la ESE que en los casos de supresión de cargos se prevé una indemnización pecuniaria –folio 47 del cuaderno principal-.

iv. La accionante no pertenece a la categoría de madre cabeza de familia, en razón a que, no obstante tener una hija menor de edad, el padre de ésta colabora con su sostenimiento –folio 50 del cuaderno principal-.

v. La ESE elaboró una base de datos de los servidores que deben ser incluidos en el retén social en la categoría de prepensionados, en cuanto cumplirían con los requisitos para obtener dicha prestación durante el tiempo que tarde en liquidarse la ESE, categoría en la cual no fue incluida la accionante, por cumplir con los requisitos para obtener su pensión de jubilación luego de este término –folio 52 del cuaderno principal-.

Pruebas · Derechos de petición presentados por la accionante –folios 25, 16 y 22 del cuaderno principal, respectivamente, y 62 del cuaderno N. 2-.

· Respuestas a los derechos de petición presentados –folio 46 del cuaderno N. 2, folios 13 y 18 del cuaderno principal y folio 68 del cuaderno N. 2-.

· Constancia de cotización al sistema general de pensiones –folio 10 cuaderno principal- · Carnet familiares individuales de afiliación al Instituto de Seguros Sociales de los padres y la hija de la accionante –folio 11 del cuaderno principal-.

· Decreto de liquidación de la indemnización a la accionante –folios 70 y ss. del cuaderno N. 2-. · Fotocopia de la cédula de ciudadanía –folio 19 del cuaderno de revisión-.

· Copia de apartes de la convención colectiva entre Sintraseguridad Social y el ISS –folio 20 del cuaderno de revisión. Actuaciones Procesales Primera Instancia En sentencia proferida el 22 de agosto de 2008 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso decidió negar el amparo de los derechos al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad, pues la inclusión en el retén social –protección que se pretendía obtener- debe hacerse por los mecanismos ordinarios que existen, máxime cuando en el presente caso no se aprecia la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por el contrario, tutela el derecho de petición y ordena a la ESE Policarpa Salavarrieta que en el término de diez días sea respondida la insistencia presentada el 11 de julio de 2008 –folios 55 y 56 del cuaderno principal-.

Impugnación El apoderado de la accionante controvierte las apreciaciones de la sentencia de primera instancia al decir que no se apreció adecuadamente el acervo probatorio, por cuanto la insistencia de julio 11 de 2008 sí fue respondida por la ESE. Igualmente manifiesta su desacuerdo con la valoración sobre la procedibilidad de la acción de tutela, ya que en su concepto el perjuicio irremediable en este caso es evidente –folios 60 y ss. del cuaderno principal-.

Segunda Instancia El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia proferida el dos de octubre de 2008, negó el amparo solicitado, para lo cual revocó la sentencia de primera instancia en lo concerniente al amparo del derecho de petición y la confirmó en sus demás aspectos. De acuerdo con el Tribunal no se acreditó la calidad de madre cabeza de familia –sobre todo en consideración a la madre de la accionante, folios 11 y 12 del cuaderno de segunda instancia-; respecto de la inclusión en la categoría de prepensionados el Tribunal determinó que no cumplía los requisitos para ser incluida, por cuanto no alcanzaría la edad y el tiempo de servicio en el transcurso de la liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta –folios 13 y 14 del cuaderno de segunda instancia-.

Caso 8: Expediente T - 2198113 Por medio de acción de tutela interpuesta el 13 de agosto de 2008 contra la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación, la señora María Lucy Aranguren Talero solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad, y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, basada en los siguientes Hechos 1.- La accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 16 de enero de 1984 –folio 16 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporada, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – En Liquidación –folio 16 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 2143 de junio 16 de 2008 el Gobierno nacional modificó la planta de cargos de la ESE Policarpa Salavarrieta. 4.- Que el día 27 de mayo de 2008 la accionante presentó petición solicitando fuera cobijada por la protección especial denominada retén social en virtud de su condición de prepensionada –folio 18 cuaderno principal-.

5.- Que mediante oficio de 11 de junio del mismo año le fue dada respuesta negándole la inclusión en esta categoría especial –folio 19 cuaderno principal-.

6.- Que mediante Comunicación de 17 de junio de 2008 se informó que el decreto 2143 de 16 de junio 2008 ordenó la supresión del cargo que ocupaba la accionante, razón por la que a partir del 19 de junio cesaría la vinculación de la señora Aranguren Talero con la ESE –folio 17 cuaderno principal-.

7.- Por medio de resolución 331 de julio 4 de 2008 se reconoció a la señora Aranguren Talero la suma de cuarenta y nueve millones quinientos treinta y cinco mil novecientos catorce pesos ($49.535.914), por concepto de liquidación e indemnización –folio 22 cuaderno principal-.

Respuesta de la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación La accionada solicitó sea negado el amparo solicitado con base en los siguientes argumentos:

i. Los servidores de la ESE son empleados públicos, por mandato expreso del artículo 16 del decreto 1750 de 2003, de manera que su régimen legal es idéntico al de todos los empleados públicos del poder ejecutivo del orden nacional –folio 34 del cuaderno principal- ii.

La supresión de cargos en la ESE responde a los mandatos del decreto ley 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006 y el decreto 3202 de 2007, de manera que se están siguiendo las normas vigentes en la materia –folios 35 y 36 del cuaderno principal-.

iii. Igualmente, manifiesta la ESE que en los casos de supresión de cargos se prevé una indemnización pecuniaria –folio 35 del cuaderno principal-.

iv. La ESE elaboró una base de datos de los servidores que deben ser incluidos en el retén social en la categoría de prepensionados, en cuanto cumplirían con los requisitos para obtener dicha prestación durante el tiempo que tarde en liquidarse la ESE, categoría en la cual no fue incluida la accionante porque no alcanzaría a tener 50 años para el 27 de enero de 2009, ya que los cumple el 8 de mayo del mismo año –folio 39 del cuaderno principal-.

v. Resulta improcedente la solicitud de reintegro, pues se está ante un caso de desaparición jurídica y material total de la entidad, razón por la cual resulta jurídica y materialmente imposible cumplir con la pretensión de la accionante –folio 40 del cuaderno principal-.

Por las razones expuestas anteriormente solicita denegar la acción de tutela, ya que: i. Ésta resulta improcedente en el presente caso, en cuanto no se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante, puesto que no cumple las condiciones para pertenecer al reten social.

Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó: i. Comunicación de supresión del cargo –folio 17 cuaderno principal- ii.

Constancia de vinculación de la accionante a la ESE policarpa Salavarrieta expedida por el Área de Talento Humano –folio 16 cuaderno principal-.

iii. Petición de inclusión en el retén social en categoría de prepensionada presentada el día 27 de mayo de 2008 –folio 18 cuaderno principal-.

iv. Respuesta a la petición antes referida, negando la inclusión en el retén social –folios 19 y 20 del cuaderno principal- v. Cédula de ciudadanía de la accionante –folio 10 del cuaderno principal-.

vi. Resolución 331 de julio 4 de 2008, por la cual se determina el monto de la liquidación e indemnización a favor de la accionante –folio 21 del cuaderno principal- Actuaciones procesales Primera Instancia Mediante sentencia de 29 de agosto de 2008 el Juzgado Cuarenta y nueve Penal del Circuito de Bogotá decidió negar el amparo solicitado, por considerar que la accionante cuenta con mecanismos alternos de defensa, que son éstos el escenario que más garantías ofrece para una decisión judicial y que, finalmente, no se aprecia perjuicio irremediable que pueda acaecer a la señora Aranguren Talero –folios 62, 63 y 64 del cuaderno principal-.

La impugnación fue presentada extemporáneamente por la accionante, de manera que el juzgado de primera instancia se abstuvo de dar trámite a la misma –folio 83 cuaderno principal-.

Caso 9: expediente 2069461 El 11 de julio de 2008, el señor Gonzalo de Jesús Jaramillo Correa presentó acción de tutela en contra de la ESE Rafael Uribe Uribe – En Liquidación y la Nación – Ministerio de la Protección Social, solicitando que le fueran reconocidos sus derechos al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, ser reintegrado al cargo que ocupaba, con base en los siguientes Hechos 1.- El accionante se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 30 de noviembre de 1990 –folio 1 cuaderno principal-.

2.- Que, de acuerdo con el artículo 17 del decreto 1750 de 26 de junio de 2003, quedó automáticamente incorporado, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe – En Liquidación –folio 23 cuaderno principal-.

3.-Que mediante decreto 405 de 14 de febrero de 2007 suprime la ESE Rafael Uribe Uribe y ordena su liquidación –folio 152 cuaderno principal-.

4.- Que mediante oficio de junio 18 de 2008 le informaron que su cargo había sido suprimido por vencimiento del término de liquidación –folio 46 del cuaderno principal-.

5.- Que mediante resolución 712 de 15 de abril de 2008 le fue calculada la liquidación y la indemnización correspondientes, la cual fue adicionada por la resolución 1092 de 09 de junio de 2008, liquidación que fue depositada en cuenta a nombre del señor Jaramillo Correa –folios 5 y 14 del cuaderno principal-.

Solicitud de tutela Por lo anterior el accionante solicita la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la protección laboral reforzada y, en consecuencia, sea reintegrado al cargo que venía desempeñando en la ESE Rafael Uribe Uribe.

Respuesta del Ministerio de la Protección Social El representante del Ministerio solicita declarar improcedente la acción de tutela, por cuanto el accionante no estuvo vinculado laboralmente con el Ministerio –folio 113 cuaderno principal-.

Respuesta de la Previsora S.A. En respuesta de agosto cuatro de 2008, La Previsora S.A. solicitó declarar improcedente la tutela por cuanto dicha sociedad fue la liquidadora de la ESE Rafael Uribe Uribe hasta el 18 de julio de 2008, sin que en el momento de la respuesta fuera sucesor o sustituto de la empresa liquidada; adicionalmente, el accionante nunca estuvo vinculado laboralmente con La Previsora –folio 149 y 150 cuaderno principal-.

Pruebas Como medios probatorios por parte de la accionante se presentó: i. Comunicación de supresión del cargo –folio 46 cuaderno principal- ii.

Constancia de vinculación a la ESE Rafael Uribe Uribe expedida por la Coordinadora de Talento Humano de la ESE Rafael Uribe Uribe – En Liquidación -folio 23 cuaderno principal-.

iii. Cédula de ciudadanía del accionante –folio 4 del cuaderno principal-. iv. Decreto 405 de 14 de febrero de 2007 por el cual se suprime la ESE Rafael Uribe Uribe y se ordena su liquidación –folio 152 cuaderno principal-.

v. Resolución 712 de 15 de abril de 2008 por la cual le fue calculada la liquidación y la indemnización correspondientes –folio 5 cuaderno principal-.

vi. Resolución 1092 de 09 de junio de 2008 –folio 14 del cuaderno principal-. Actuaciones Procesales Primera instancia Por medio de sentencia de 29 de julio de 2008 el Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral negó el amparo solicitado, por considerar que la acción de tutela no procede en este caso y, adicionalmente, que una vez liquidada la ESE Rafael Uribe Uribe resulta imposible proceder al reintegro – folios 118, 119 y 120 del cuaderno principal-.

Impugnación Plantea el accionante en su escrito de impugnación que el proceso liquidatorio no ha finalizado, de manera que sería posible ordenar el reintegro y de esta manera proteger los derechos fundamentales, que en este caso se erigen como límites a la administración –folios 169 y 170 cuaderno principal-.

Segunda Instancia En pronunciamiento de nueve de septiembre de 2008 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la sentencia de primera instancia, por considerar que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para resolver el asunto planteado –folios 11 y 12 del cuaderno de segunda instancia-.

Caso 10: expediente T – 2026223 La señora Blanca Lucy Solano Álvarez interpuso acción de tutela por considerar que se vulneraron sus derechos a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso y a la seguridad social y, en consecuencia, ser reintegrada al cargo que ocupaba, con fundamento en los siguientes Hechos 1.- La accionante estuvo vinculada a ADPOSTAL desde el 23 de agosto de 1985 –folio 25 cuaderno principal-.

2.-Que mediante el artículo 1º del decreto 2853 de agosto 25 de 2006 el Gobierno Nacional suprimió la administración Postal Nacional y ordenó su liquidación –folio 72 del cuaderno principal-.

3.- Que el artículo 10º ordenó la supresión de empleos y cargos, como consecuencia del proceso liquidatorio –folio 76 del cuaderno principal-.

4.- Que en el momento de interposición de la tutela la accionante se encontraba vinculada a ADPOSTAL - En Liquidación –folio 8 y ss. cuaderno de revisión-.

5.- Que mediante comunicación de 29 de septiembre de 2009 el apoderado del Patrimonio Autónomo de Remanentes de ADPOSTAL en Liquidación manifestó que la accionante prestó sus servicios a ADPOSTAL hasta el 30 de diciembre de 2008.

Solicitud de Tutela Con base en lo expuesto la señora Solano Álvarez solicita ser incluida en el retén social en categoría de prepensionada –folio 16 cuaderno principal-.

Respuesta de ADPOSTAL ADPOSTAL argumentó que, aunque la accionante se encuentra cobijada por los beneficios de la convención, la señora Solano Álvarez no cumplía con los requisitos necesarios para ser incluida en el retén social en calidad de prepensionada, por cuanto a 25 de agosto de 2006 –fecha de inicio de la liquidación- le faltaban más de tres años para cumplir los requisitos exigidos para pensionarse –folio 108 del cuaderno principal-.

Pruebas · Cédula de ciudadanía de la accionante –folio 22 cuaderno principal-. · Acta de posesión –folio 23 cuaderno principal-. · Solicitud de inclusión como prepensionada –folio 35 del cuaderno principal- · Respuestas a solicitudes de inclusión como prepensionada, donde se incluye tiempo de servicio –folios 25, 28, 31 y 33 cuaderno principal-.

· Convención colectiva –folio 37 y ss. cuaderno principal-. · Decreto de liquidación de ADPOSTAL –folio 71 cuaderno principal-. Actuaciones Procesales Primera Instancia El Mediante sentencia de 20 de junio de 2008 el juzgado 23 penal del circuito negó el amparo solicitado por considerar que existen mecanismos ordinarios para obtener dicha protección, no se demuestra la ocurrencia de perjuicio irremediable y, en todo caso, no cumpliría con los requisitos para obtener la protección reforzada –folio 190 cuaderno principal-.

Impugnación En la impugnación la accionante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la acción, resaltando el poco tiempo que le hace falta para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, la desigualdad que en su caso se crea respecto de otros sujetos de especial protección y la sentencia de un caso similar resuelto de forma distinta configuran un perjuicio irremediable –folio 196 cuaderno principal-.

Segunda Instancia La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 11 de agosto de 2008, negó el amparo por considerar que no se presentan los requisitos para que proceda la tutela –folio 14 cuaderno de segunda instancia-.

Siendo éstos los casos a resolver en la presente sentencia, pasa la Corte a enunciar las consideraciones pertinentes. II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Razones de la unificación y problemas jurídicos La Sala Plena , en sesión llevada a cabo el día 6 de mayo de 2009, decidió acumular los expedientes de la referencia y proferir sentencia de unificación sobre el tema que ahora la ocupa. Motivan esta decisión los distintos matices existentes en las decisiones que la Corte Constitucional ha proferido en relación con la protección jurídica a las personas próximas a pensionarse, tanto las que sirven en entidades públicas afectadas por el Plan de Renovación de la administración Pública –en adelante PRAP-, como aquellas vinculadas con entidades no incluidas en este programa; en efecto, aunque la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en reconocer la plena vigencia de esta categoría jurídica y su derecho a la protección reforzada conocida como retén social, en desarrollo de esta protección se han presentado diferencias en puntos importantes al momento de determinar su alcance temporal, los beneficios que de ella se derivan y las órdenes que en su aplicación debe proferir el juez constitucional.

Así, reitera la Sala que, aunque el retén social resulta una protección para distintos sujetos de especial consideración desde el punto de vista de la protección social a ellos debida, el pronunciamiento que en esta oportunidad se profiere hace referencia única y exclusivamente a la categoría de prepensionados.

Siendo este el contexto en que se toma la presente decisión, resulta necesario plantear los problemas jurídicos generales a los que se dará una solución única, para luego resolver cada uno de los casos acumulados.

El análisis de las diferencias observadas en la jurisprudencia de las Salas de revisión conduce a concluir sobre la existencia de distintas respuestas alrededor de temas puntuales en ciertos aspectos, diferencias que surgen de las respuestas dadas a las siguientes preguntas:

i. Cuáles son las entidades de la administración cuyos trabajadores se encuentran beneficiados por la protección reforzada para quienes están próximos a pensionarse –prepensionados-.

ii. A quiénes debe considerarse como prepensionados y, como aspecto esencial del concepto, desde qué momento se deben contabilizar los tres años dentro de los cuales es necesario cumplir los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez.

iii. En qué consiste la protección reforzada para los prepensionados en las entidades en que aplica este beneficio. iv. Acorde con lo anterior, cuál es la orden que debe proferir la autoridad jurisdiccional para salvaguardar los derechos de los prepensionados.

v. Quiénes deben dar cumplimiento a las órdenes proferidas en la presente sentencia de unificación. Adicionalmente, la Sala Plena se detendrá en un problema exclusivo de los trabajadores de las empresas sociales del Estado, cual es la vigencia de la convención colectiva firmada entre el Instituto de Seguro Social y Sintraseguridad Social S.A. y su aplicabilidad a los ahora trabajadores de dichas empresas.

Antes de iniciar el desarrollo argumentativo debe aclararse que en la presente sentencia se desarrollarán en su integridad los argumentos que constituyen el discurso jurídico en el tema de los prepensionados, al hilo del cual se dará una solución unificada a los distintos problemas jurídicos planteados; para esto se hará referencia al i. concepto de preprensionado, estableciendo quiénes pertenecen a dicha categoría; se determinará ii. cuál es la protección establecida por la ley y la jurisprudencia para estos casos y, con base en los argumentos presentados, iii. se dará solución a cada uno de los casos planteados en los expedientes acumulados.

3. El concepto de prepensionado Para la adecuada comprensión de este concepto, es necesario que en la presente consideración se haga referencia al 3.1.) fundamento constitucional y desarrollo legislativo del concepto de prepensionado; que se 3.2.) señalen las distintas opciones interpretativas que surgen de la regulación existente; que se 3.3.) expongan las razones para descartar una u otra interpretación; y, finalmente, que se expliquen 3.4.) los criterios interpretativos constitucionalmente adecuados para arribar a una conclusión válida en este tema.

3.1. Fundamento constitucional y desarrollo legislativo del concepto de “prepensionado” La profunda significación de la categoría de las personas próximas a pensionarse o prepensionados surge de dos ejes funcionales dentro del Estado colombiano, que no son otros que el papel protagónico asignado al jefe del ejecutivo en la determinación de la estructura de la administración –artículo 189, numeral 15-, que le otorga amplias posibilidades en el diseño de los distintos sectores que la conforman; y el carácter social del Estado colombiano –artículo 1 de la Constitución-, que obliga a que todas las funciones ejercidas por los entes públicos tengan como fundamento y límite el principio de protección social que debe inspirar toda decisión tomada por las instituciones al interior del Estado. Esto origina que programas como la renovación de la administración pública tengan el imperativo jurídico de coherencia y armonía con el principio de Estado social al

momento de diseñarse y deban, a su vez, involucrar contenidos sociales en los proyectos a través de los cuales se concretan.

De esta forma, a la par de la reducción del Estado para efectos de su funcionamiento con mayor eficacia y eficiencia, el PRAP debe prestar atención al impacto social que la implementación de estas medidas tenga y, cómo no, prever soluciones conducentes a la realización de contenidos sociales que respondan a exigencias de ética pública en un Estado que, de acuerdo al artículo primero de su Constitución, se define como social.

El carácter vinculante de todas las disposiciones constitucionales y, por consiguiente, el diseño constitucional del Estado colombiano hace preceptivo que los operadores jurídicos realicen una lectura constitucional de todas y cada una de las decisiones que se toman en desarrollo de las funciones públicas, máxime cuando las mismas afectan la forma de concreción de valores y principios constitucionales.

En este sentido, normas derivadas de disposiciones como el principio de igualdad -artículo 13 de la Constitución- juegan un papel determinante al momento de establecer los lineamientos de política pública que desarrolle el Estado, pues en ellas reside la legitimidad de que el ordenamiento jurídico prevea un tratamiento especial para determinados sectores de la población que se encuentran en situaciones que ameriten dicha consideración especial. Así mismo, resultan fuente directa de la protección social prevista para las personas próximas a pensionarse el artículo 48 de la Constitución, que consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable;

y el artículo 53 del texto constitucional que establece como parámetros de la legislación laboral la igualdad de oportunidades de los trabajadores y la estabilidad en el empleo. Estos mandatos con estructura principal son referencia obligatoria al momento de afectar de forma general condiciones de seguridad social y, también, expectativas que gocen y tengan trabajadores vinculados a la administración, especialmente cuando éstos se encuentran próximos a pensionarse.

En este sentido, en sentencia C-795 de 2009, manifestó la Sala Plena de esta corporación “En posteriores oportunidades [1] la Corte ha reafirmado la posibilidad de alterar las plantas de personal, pero dejó en claro que esas atribuciones de la administración están enmarcadas en el respeto de algunos criterios, en concreto, la observancia de los derechos fundamentales, teniendo presente que “ como regla general, los procesos de reestructuración deben procurar garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores ”, y sólo cuando ello no es posible hay lugar al pago de la correspondiente indemnización.” Por esta razón una reforma de gran magnitud a la estructura y tamaño de la administración en el nivel nacional no puede ser indiferente a la situación en que se encontrarán aquellos funcionarios cuyos cargos sean suprimidos poco tiempo antes de reunir los requisitos para acceder a la pensión, máxime si esto implica, por ejemplo, la pérdida de beneficios convencionales que en estos casos serían concreción del derecho a la seguridad social. De esta forma, el diseño y ejecución de políticas públicas como el denominado PRAP, en el contexto iusfundamental creado por la Constitución de 1991, debe siempre estar acorde a las garantías previstas a favor de sujetos que ameritan especial consideración. A esta misma conclusión arribó la Sala Plena en la antes mencionada sentencia C-795 de 2009, en la que se manifestó “[c] on fundamento en lo anterior puede sostenerse que la validez de un proceso de reestructuración que adopte el legislador depende de que se haya producido dentro de los principios que rigen la administración pública, contemplando estrategias para la protección de los derechos de los trabajadores, y cuidando que las actuaciones a través de las cuales se materializa no exceda[n] los límites legalmente establecidos para realizarlo.

De tal manera que el retiro proveniente de la fusión o supresión de empleos “debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social ” [2] .

” –subrayado ausente en texto original- Con base en este fundamento constitucional, fue establecida la protección reforzada conocida como retén social y, dentro de ella, las personas próximas a pensionarse surgen como una de las

categorías de sujetos cobijados por dicha protección, instituida en virtud del Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP- [3] .

La misma fue prevista por la directiva presidencial n. 10 de 2002, que al plantear la necesidad de realizar una reestructuración del Estado que redujera sus costos de funcionamiento, previó la obligación de acompañar las decisiones que se tomaran en desarrollo del PRAP con una protección reforzada a los sectores que tuvieran que soportar en mayor medida sus efectos. En este sentido estableció que una política llamada 'retén social', cuyos alcances definió en los siguientes términos 'la política del 'retén social' deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como consecuencia del proceso de reforma de la administración pública.' [4] En armonía con lo previsto por la directiva n. 10, el artículo 12 de la ley 790 de 2002 definió los sujetos que serían objeto de la especial protección por ella prevista en virtud de, entre otros, encontrarse cerca de cumplir los requisitos para pensionarse. En este sentido la mencionada norma estipuló:

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

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

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

En efecto, si el PRAP continuaba desarrollándose no tenía sentido que el tiempo de tres años para acceder a la pensión de jubilación se siguiera contando a partir del 27 de diciembre de 2002 –fecha de promulgación de la ley-, ya que a partir del 27 de diciembre de 2005 –tres años después- desaparecería la protección; pero incluso, cada día que transcurriera durante esos tres años, haría que dicha forma de definir a los prepensionados fuera menos garantista, por el simple paso del tiempo [5] . Esta interpretación contradice las reglas que se derivan del principio de igualdad y, por consiguiente, se encontraría en las antípodas de la interpretación conforme de los términos constitucionales.

En virtud del principio de conservación de las disposiciones legales, pero sobre todo, en razón a que declarar inconstitucional sin más dicha interpretación implicaría la imposibilidad de aplicar la protección derivada del retén social a las personas próximas a pensionarse, en las decisiones del juez constitucional –como se especificará a continuación- se ha interpretado de la forma más garantista y acorde a la Constitución las disposiciones legales tantas veces mencionadas.

Por esta razón en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez .

Sin embargo, esta interpretación no salva de todos los vacíos normativos originados en la extensión de la duración del PRAP, siendo el principal la necesidad de determinar: a partir de qué momento se deben contar los tres años que benefician a quienes deben ser prepensionados, es decir ¿ desde cuándo se debe empezar a contar el período de tres años dentro del cual es necesario cumplir con los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o vejez ?.

3.2. Distintas opciones interpretativas del término "prepensionado" En respuesta al vacío normativo antes señalado, distintas Salas de Revisión de esta Corte, así como la Sala Plena de esta corporación, han optado por la aplicación de soluciones que no en todos los casos han sido coincidentes. Es así como pueden identificarse cuatro planteamientos en este sentido:

i. Aquel que no tiene en cuenta un momento a partir del cual contar los tres años, sino que establece que una persona está próxima a pensionarse si, mediante un cálculo 'razonable', puede concluirse que cumplirá los requisitos para obtener la pensión de jubilación durante el tiempo previsto para que la entidad esté en liquidación [6] .

ii. Aquel que cuenta el término de tres años a partir del momento en que se presente la "reestructuración efectiva" de la entidad [7] . iii. Aquel que cuenta el término de tres años a partir del momento en que se profiera el decreto que ordene la liquidación [8] .

iv. Aquel que cuenta el término de tres años a partir del momento en que se suprima el cargo del servidor y éste sea efectivamente desvinculado, el cual, sin duda alguna, será un momento posterior a aquel en que se profiere el decreto de inicio del proceso de liquidación de la entidad [9] .

Respecto de la primera interpretación, la Corte debe manifestar que, como se sustentó al inicio de este numeral, el término de tres años es un elemento constitutivo esencial de la definición de prepensionado, sin el cual se afrontan serias dificultades de precisión argumentativa para construir el concepto.

Si no se tuviera en cuenta este término –el de los tres años-, aparte de desconocer un precepto legal que admite ser interpretado conforme a la Constitución, se estaría subjetivizando el elemento esencial del concepto de preprensionados, pues la determinación de quiénes deben ser beneficiados se basaría en un criterio carente de contornos objetivos –que sería el "tiempo razonable" que restara para reunir los requisitos-. La utilización de esta interpretación afectaría, sin necesidad , el principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues sin duda alguna serían distintos entendimientos de qué es "tiempo razonable" los que surgirían de su implementación por los operadores jurídicos. Siendo el tiempo un factor esencial para el legislador en la labor de definición del sujeto objeto de la especial protección –y siendo posible su interpretación conforme a la Constitución-, no podría la Corte ignorar este elemento y, además, suplantarlo con un criterio abstracto y de difícil precisión, razón por la cual no es posible tener en cuenta soluciones que así lo hacen, como las contenidas en las sentencias T-1045 y T-1076 de 2007.

Un punto previo, antes de hacer referencia a las demás opciones interpretativas utilizadas por la jurisprudencia, es aclarar que dos de ellas, aunque enunciadas de forma diferente, hacen alusión a un mismo momento y, por consiguiente, tienen el mismo significado. Cuando por vía jurisprudencial se ha concluido que se deben contar los tres años partiendo de la fecha de "reestructuración definitiva" de la entidad, se ha significado el momento en el que se concreta la expectativa de reforma de la administración en una entidad determinada y se da inicio formalmente a la liquidación [10] ; pues bien, idéntica referencia se hace cuando se expresa que los tres años se deben contar a partir de la expedición del decreto con el que se da inicio al proceso de liquidación, que es el modo de expresión empleado por otras sentencias de la Corte [11] . En uno y en otro caso el momento es el mismo, de manera que la cuenta de tres años a partir de la 'reestructuración definitiva de la entidad' o de la expedición del decreto que ordena la liquidación guía exactamente al mismo resultado desde la perspectiva de los sujetos a quienes aplica la protección reforzada. Por esta razón, entre las sentencias que sostienen uno y otro argumento se presenta una discrepancia eminentemente formal, que no tiene consecuencias para la

protección del derecho a la pensión de jubilación como parte del derecho fundamental a la seguridad social, razón por la que esta diferencia no será tenida en cuenta por la Corte en esta ocasión.

Dicho lo anterior, la Corte encuentra que la jurisprudencia constitucional y de tutela ha empleado dos opciones argumentativamente racionales de entender el art.

12 de la ley 790 de 2002: i. que los tres años se empiecen a contar a partir del decreto que, en cumplimiento del PRAP, da inicio a la liquidación de la entidad.

ii. que los tres años se deban contar a partir del momento en que se quiera suprima el cargo y, por consiguiente, declarar insubsistente al servidor.

Son estas las interpretaciones posibles respecto del momento a partir del cual contar el término tantas veces explicado. 3.3. Criterios para determinar la opción interpretativa más adecuada a la Constitución Antes de entrar en el tema concreto de decisión, debe la Sala recordar dos aspectos interpretativos relevantes para el tema que esta en estudio.

El primero de ellos es que la interpretación que ahora se realice debe tener en cuenta que el derecho a la seguridad social, al menos en su contenido general, tiene una estructura principal, que hace imposible obtener respuestas que impliquen la absoluta protección o, por el contrario, el total desconocimiento de esta garantía iusfundamental . Ante la existencia de un derecho fundamental será necesario que en cada situación fáctica en que se quiera concretar la protección derivada del derecho el intérprete determiné en qué medida debe protegerse y, en consecuencia, hasta dónde debe llegar dicha protección.

Cuando la interpretación no se realiza aplicando directamente la protección constitucional a una situación específica, sino que se cuenta con la mediación del legislador que optó por un contenido concreto, la labor de hermenéutica se facilita, en cuanto se estará ante una norma determinada que, a su vez, deja menos espacio a la discrecionalidad interpretativa. Sin embargo, esta situación no obsta para que en estos casos también juegue un papel esencial el contenido del derecho fundamental, pues será el parámetro conforme al cual deban leerse las disposiciones legales que lo han desarrollado.

En resumen, no debe olvidarse que la existencia de desarrollo legal respecto de un derecho fundamental no evita que su interpretación y aplicación deba hacerse conforme a los contenidos que se desprenden de la disposición o disposiciones de naturaleza y rango constitucional que lo consagren. Interpretación conforme a la Constitución que, en virtud de la estructura principal que tiene la seguridad social como derecho fundamental, deberá preguntarse por el objeto a garantizar y el nivel de protección que para el mismo se desprende de las disposiciones analizadas.

El segundo elemento de obligatoria referencia hermenéutica para la Sala en casos como el presente, es el principio de interpretación más favorable a la realización del derecho fundamental, también conocido como principio pro homine , el cual implica que entre dos posibles interpretaciones debe privilegiarse la más garantista o favorable para el titular del derecho.

Igualmente la Corte se ha manifestado respecto del derecho a la seguridad social y el principio pro homine o cláusula de interpretación más favorable. En este sentido la sentencia C-834 de 2007 sirve de ilustración al establecer “De igual manera, los instrumentos internacionales estipulan el compromiso de los Estados en respetar el principio de progresividad en lo atinente a la seguridad social.

Con todo, en cualquier caso, deberá darse aplicación al principio pro homine, en el sentido de acoger la interpretación más favorable, sea interna o internacional, existente en la materia .” Una vez circunscrito el alcance de estos dos elementos interpretativos, entra la Sala a determinar la solución del asunto objeto de estudio.

El primer parámetro que debe tenerse en cuenta es la garantía esencial que dicho derecho involucra y que funge como presupuesto conceptual de la cláusula de favorabilidad a partir de la que debe determinarse cuál de las dos interpretaciones resulta más garantista en el caso que se estudia.

El artículo 48 de la Constitución determinó el carácter que tiene la protección en seguridad social en el Estado colombiano. Desde el punto de vista de su titular estableció que sería un derecho irrenunciable, al que la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido el carácter de fundamental; y, desde el punto de vista del garante consagró que sería un servicio público y estableció una serie de condiciones que debe seguir el legislador al momento de concretar la protección derivada del art. 48 de la Constitución. Aunque implícito, es claro el contenido esencial del derecho a partir de la consagración constitucional. Sin embargo, fue un instrumento internacional el que lo estableció de manera expresa; en efecto, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra como punto central del derecho a la seguridad social la protección contra las consecuencias de la vejez, esto es, la institucionalización de un mínimo prestacional que asegure protección económica cuando la persona no cuente con las mismas posibilidades de procurarse los medios materiales adecuados a la consecución de estos fines.

La Corte es conciente de que no es éste el contenido único del derecho y que dentro de la esencia del mismo existen otros igual de importantes y definitivos en su configuración [12] . Sin embargo, por el caso que ahora se presenta, es precisamente esta faceta del contenido esencial la que más interesa.

De manera que el objetivo del sistema jurídico respecto de este específico punto será asegurar de la mejor forma posible la garantía prestacional en situaciones de vejez, es decir, en aquella época de la vida en que por factores de edad es más complicado, e incluso poco probable, acceder a los medios materiales con los cuales garantizar condiciones mínimas de existencia .

Sabiendo que esta es la garantía a realizar, corresponde a la Corte determinar cuál de las dos interpretaciones que de la norma ha elaborado la jurisprudencia de esta Corporación resulta más garantista para determinar quiénes se encuentran en la condición de servidores próximos a pensionarse. Ésta será la que deba preferirse en virtud del principio pro homine o cláusula de interpretación más favorable en la interpretación de derechos fundamentales.

En resumen, en el caso concreto, se encuentra la Corte con que la interpretación versa sobre un derecho fundamental reconocido en el art. 16 de los Derechos y Deberes del Hombre que consagra la necesidad de proteger a las personas de las consecuencias de la vejez [13] ; derecho que también se encuentra consagrado en el art. 9º del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que fue desarrollado en el sentido ahora indicado por la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales –observación que reconoce que la seguridad social cubre varios riesgos, entre otros, la falta de ingresos por enfermedad, invalidez, vejez, etc.-. En el cuerpo de este instrumento internacional se prevén mecanismos que guían su interpretación, sobre cuyo significado la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse avalando el empleo de la cláusula de interpretación más favorable [14] ;

que la Constitución Política consagra el derecho a la protección en seguridad social –artículo 48-; y que, en razón de esa garantía, se expidió la ley 790 de 2002, creando una protección reforzada respecto de aquellos que se encontraban en situación desventajosa en razón de la edad que tienen.

Recuerda la Sala que, dentro de las posibles interpretaciones del contexto normativo existente para los casos que se resuelven, i) la primera de ellas sostiene que el término de los tres años –como elemento esencial para determinar si existe derecho a al protección- debe ser contabilizado a partir del momento en que se decreta la liquidación de la entidad; mientras que ii) la segunda, cuenta este término a partir del momento en que efectivamente se presenta la necesidad de suprimir el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse.

A juicio de la Corte, y dentro de las estrictas posibilidades que abre la interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones legales, la norma más garantista y que, por tanto, se ajusta en mejor forma al contenido esencial del derecho a la seguridad social será aquella que cuenta el término de tres años desde el momento en que se concreta la necesidad de suprimir el cargo .

A esta conclusión se llega con base en dos argumentos de tipo jurídico fruto de una reflexión teleológica: i. Con esta interpretación se aumentan las probabilidades que un mayor número de servidores públicos de las entidades liquidadas en desarrollo del PRAP se beneficie de la garantía prevista, de manera que se aplicará en mejor forma el criterio de universalidad en las garantías derivadas del derecho fundamental de seguridad social; y ii.

Es en el momento de la efectiva supresión del cargo y de la consecuente cesación del servidor público que tendría eficacia la protección reforzada prevista por la ley 790 de 2002, de manera que resulta más consecuente con una interpretación garantista que la existencia de los elementos indispensables para configurarla se evalúen en el momento en que ésta realmente muestra su eficacia, es decir cuando se despliega toda su utilidad, y no en contexto totalmente ajeno a aquel en el que podría tener efectos.

Por estas razones, y para los efectos tantas veces mencionados, la Corte contará el período de tres años a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo, siendo este el momento determinante para la configuración o no de la garantía en cada caso concreto.

3.4. Entidades que deben aplicar la protección especial prevista a favor de los trabajadores próximos a pensionarse El siguiente aspecto a definir es a cuáles entidades les es exigible el respeto de estas especiales condiciones predicables de las personas próximas a pensionarse y, en consecuencia, qué sujetos de derecho deben cumplir las órdenes proferidas en pos de la protección de los prepensionados.

Resulta pertinente manifestar que la política de protección reforzada se concibió como un elemento que morigerara los efectos del PRAP, que se desarrollaría con el objetivo de reducir los costos de funcionamiento del Estado.

En este sentido se estableció en la sentencia C-991 de 2004 “Uno de los propósitos establecidos desde los inicios del presente Gobierno fue la Reestructuración de la Administración como medio para mejorar la situación del fisco y poder realizar mayores gastos de inversión. Esto se puede evidenciar en la Directiva Presidencial No 10, en la cual se señala dentro de las acciones a corto plazo: ‘ 1.1.2. Austeridad. Teniendo en cuenta la difícil situación del fisco y de la economía nacional, la administración pública deberá convertirse en ejemplo de austeridad. Para ello se reducirá el costo del aparato del Estado, de la burocracia y de los privilegios.

Los recursos que resulten de este ahorro se invertirán en proyectos social y económicamente productivos para la Nación . ‘Todo jefe de entidad deberá racionalizar el personal de libre nombramiento y remoción, eliminar las vacantes sin apropiación presupuestal no provistas en el último mes, agilizar los trámites para la judicialización y restringir las horas extras, los teléfonos celulares y los vehículos oficiales. Para que la dimensión de la fuerza laboral de la administración sea adecuada, estas medidas inmediatas deberán complementarse con la fijación de una meta de reducción de los costos de funcionamiento con la que deberá comprometerse el Gobierno en su totalidad’ [15] . (subrayas ajenas al texto) “No obstante, de manera paralela se previó, desde la misma Directiva, que ‘ la política del ‘retén social’ deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como consecuencia del proceso de reforma de la administración pública.’ [16] Como se puede observar, a manera de alivio a la afectación laboral particularizada derivada de la reforma, se previó un Plan de Protección Social.” Con base en lo afirmado la Corte concluyó en esa oportunidad, y ratifica en ésta, que el Programa de Renovación de la Administración y el “retén social” “tienen una relación de

causalidad y coetaneidad” . Así, la primera condición para ser considerado “prepensionado” o “persona próxima a pensionarse” será que la entidad donde labora se haya liquidado como consecuencia del PRAP.

Una segunda conclusión a la que arriba la Corte es que éste no es un elemento suficiente para ser beneficiario del ‘retén social’, es decir no todos los trabajadores de las entidades incluidas en el PRAP disfrutan de los beneficios de la protección reforzada; pero, sin duda alguna, el que laboren en una de estas entidades es requisito sine qua non para beneficiarse de ésta. Así lo ha manifestado en distintas ocasiones [17] , sirviendo como ejemplo la sentencia T-993 de 2007, que al respecto estableció “De acuerdo a lo anterior se tiene que: i) en los procesos de renovación de la administración pública existen límites a la remoción de servidores pertenecientes a la planta de personal, los cuales buscan garantizar la estabilidad laboral de las cabezas de familia, los discapacitados y los prepensionados; y ii) la aplicación del retén social es determinada por la rama ejecutiva cuando decide en el contexto del Plan de Renovación de la Administración Pública suprimir o renovar una entidad del orden nacional;

[…]” Por las razones expuestas, es claro que todas las entidades liquidadas en desarrollo del PRAP están obligadas a aplicar la protección especial prevista para los trabajadores próximos a pensionarse.

La anterior conclusión no debe entenderse como un obstáculo para que, con base en criterios específicamente aplicables a otros casos, entidades del Estado que se liquiden por motivos diferentes al PRAP estén obligadas a desarrollar programas de protección social respecto de los trabajadores que se entiendan como destinatarios de especial protección dentro de nuestro Estado Social de Derecho. Esto por cuanto, programas de protección como el llamado “retén social” tienen fundamento en el principio de igualdad –artículo 13 de la Constitución- entendido en el contexto de justicia material e igualdad real que son axiales al mismo en un Estado social de derecho –artículo 1 de la Constitución-. Dicha protección de fundamento constitucional deberá ser desarrollada por normas con rango legal en armonía con los mandatos constitucionales que la inspiran, siendo posible que, de acuerdo a cada situación, se prevea una protección de distinto grado o diferente extensión. En este sentido, y aunque no como ratio decidendi [18] , la Sala Plena de esta corporación manifestó en la sentencia C-795 de 2009:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado [19] que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado.

En suma, 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 [20] .” Por tal razón, se concluye que el “retén social” fue pensado exclusivamente para aliviar los efectos del PRAP y, en esa medida, sólo será aplicable en las liquidaciones que se lleven a cabo en cumplimiento de dicho programa de renovación administrativa; no obstante, el legislador podrá determinar en cada caso la protección debida a los sujetos de especial protección, en cumplimiento de mandatos constitucionales como son el principio de Estado social, el principio de igualdad y las normas específicas destinadas a los distintos sujetos de especial protección –verbigracia, artículos 42, 43, 44 y 48 de la Constitución.

Una consecuencia directa de esta situación será que las obligaciones derivadas del retén social, ya sea que se reconozcan por parte de la propia entidad o como resultado de procesos judiciales, deberán ser cumplidas: i. por la entidad empleadora hasta cuando la misma tenga existencia jurídica; o, en caso de liquidación ii. por la entidad encargada de administrar el patrimonio autónomo de remanentes de cada una de las entidades liquidadas en desarrollo del PRAP.

3.5. Conclusiones respecto del concepto de personas próximas a pensionarse o "prepensionados" Como conclusión del apartado numero 3 debe señalarse:

i. El retén social, y dentro de éste la protección a las personas próximas a pensionarse, tiene fundamento jurídico en principios de raigambre constitucional.

ii. La interpretación más acorde con el contenido esencial del derecho a la seguridad social y que más garantías otorga es aquella que cuenta el término de tres años exigido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 desde el momento en que se suprime el cargo y la persona es retirada del servicio.

iii. No obstante el fundamento constitucional del retén social, su concreción práctica no se aplica de forma irrestricta o ilimitada; la misma sigue los parámetros que, en ejercicio de su libertad de configuración, han sido dados por el legislador. En este sentido, y para los casos que ahora nos ocupan, se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP, en cuanto los servidores de entidades liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada.

iv. Será la entidad en proceso de liquidación o el administrador del patrimonio autónomo de remanentes de la misma el sujeto de derecho encargado de dar cumplimiento a la protección derivada del retén social para los prepensionados, se trate de decisiones tomadas por la propia entidad o de órdenes proferidas por las autoridades judiciales.

Es este el contexto y el contenido de la protección creada para los prepensionados en el ordenamiento colombiano y con base en la cual deberán absolverse los requerimientos de amparo por parte de los accionantes en el presente proceso.

4. Efectos derivados de la protección especial en materia de servidores próximos a pensionarse en entidades liquidadas como consecuencia del PRAP (en qué consiste la protección) Siguiendo con el hilo discursivo hasta ahora desarrollado, debe la Corte clarificar un aspecto que resulta esencial dentro de la construcción jurídica tendente a la protección del derecho fundamental a la seguridad social concretado en la pensión de jubilación o de vejez: los efectos de la protección. Con este objeto se desarrollará la argumentación de la Corte en este cuarto numeral.

Corresponde a la Sala esclarecer la forma de concreción del derecho fundamental en estudio y las ventajas específicas de que son acreedores los servidores incluidos en esta categoría; en este sentido, un elemento central será la orden que deba dar el juez constitucional con miras a efectivizar la protección prevista por las normas en comento.

Al respecto debe decirse que el art. 12 de la ley 790 de 2002 estableció que no podrán ser retirados del servicio en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública 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 mencionada ley [21] .

Esta medida tuvo su origen en la Directiva presidencial N. 10 de 2002, en la cual se estableció como parámetro que "la política del 'retén social' deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados".

En concordancia, en la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la ley 790 se consagró que " [e]l artículo 6º [art. 12 de la ley 790 de 2002] consagra una protección especial para unos sectores de la población que desde los textos constitucionales están reconocidos como de especial responsabilidad del Estado, atendidas sus particulares

condiciones de vulnerabilidad. Pero haciendo evidente también las posibilidades que todos ellos tienen de participar activamente en el desarrollo de las funciones públicas.

Con base en estos dos aspectos, la propuesta pretende que la causal de supresión del empleo no les sea aplicada .” [22] –subrayado ausente en texto original- La ley 790 fue reglamentada por el decreto 190 de 2003, que en su art. 12 repitió lo establecido, a su vez, en el artículo 12 de la mencionada ley respecto de la protección especial para, entre otros, los prepensionados; en su art. 13 determinó cuál sería el procedimiento que cada entidad seguiría para el reconocimiento de la estabilidad reforzada; y, en el art. 16, determinó el plazo a partir del cual se debería contabilizar la protección brindada por la ley a las personas próximas a pensionarse, estableciendo que la misma se contaría desde el 1º de septiembre de 2002 hasta la terminación del Programa de Renovación de la Administración Pública –en adelante PRAP-, el cual, en todo caso, no podría exceder de 31 de enero de 2004 [23] .

Así, en un primer momento esta protección sería aplicable hasta el 31 de enero de 2004. Posteriormente fue expedido el Plan Nacional de Desarrollo, ley 812 de 2003, cuyo artículo 8º, literal D contiene una norma que modifica parcialmente lo establecido en el art. 16 del decreto 190 de 2003 respecto del término de protección de los prepensionados [24] . En este sentido estableció la mencionada disposición:

“Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8 o de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez .” –subrayado ausente en texto original- En virtud de este aparte de la mencionada ley 812 de 2003, la Corte ha concluido [25] que el límite temporal establecido en el art. 16 del decreto 190 de 2003 fue derogado tácitamente por la disposición transcrita. La consecuencia directa es que la extensión de la duración de la protección a este grupo de trabajadores no será de naturaleza temporal o cronológica, sino que tendrá naturaleza fáctica en cuanto se convierte en una condición:

el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de jubilación, de acuerdo con el régimen con que cada uno cuente . De esta forma, la primera conclusión que se deriva del análisis normativo y que resulta coherente con la protección progresiva derivada del derecho a la seguridad social es que la protección reforzada para las personas que se encuentren próximas a pensionarse será aplicable hasta que se presente el reconocimiento de la pensión de jubilación del trabajador.

El siguiente paso será establecer cuáles han sido las órdenes que los jueces de tutela han proferido en aplicación de la protección prevista.

a) Lo primero que debe señalarse es que la interpretación que las Salas de Revisión han hecho de esta disposición con miras a determinar la orden de las sentencias ha variado –precisamente, uno de los aspectos que justifica la unificación de criterios jurisprudenciales-.

Sentencias como la T-993, T-1045 y T-1076 de 2007; las T-106 y T-254 de 2008; T-178 y C-975 de 2009; T-001, T-034, T-194 y T-261 de 2010 han establecido que la protección debe consistir en garantizar la estabilidad en el cargo ocupado por el servidor próximo a pensionarse hasta la fecha en que se suscriba el acta de liquidación de la entidad, pues es esta la fecha que determina que la misma dejo de existir en el mundo jurídico. Con base en esta conclusión la decisión proferida en dichos casos ha consistido en ordenar el reintegro del servidor público que, teniendo la calidad de prepensionado, fue despedido; el reintegro se haría en un cargo de iguales o mejores condiciones a las que se encontraba anteriormente. Este reintegro tendría efectos hasta la ocurrencia de cualquiera de dos supuestos:

i. El cumplimiento de los requisitos necesarios para que procediera el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez del servidor público; o ii.

La terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad. Así, la protección ordenada podía extenderse hasta el efectivo reconocimiento del derecho o hasta el momento en que la entidad existe en el mundo jurídico.

b) Una orden diferente fue la proferida por la sentencia T-089 de 2009, providencia en que se ordenó reincorporar al servidor público al cargo que ocupaba hasta que ocurriese alguna de dos condiciones i.

Que cumpliera los requisitos necesarios para que le fuera reconocida la pensión de jubilación o vejez; o ii. La terminación definitiva de actividades de la entidad en liquidación. Si es esto lo que primero acontece, se ordena hacer una provisión por parte del liquidador con el objetivo de cancelar los aportes a seguridad social en pensiones hasta que el servidor cumpliera los requisitos para pensionarse.

La diferencia esencial entre la orden a) y la orden b) radica en la extensión de la protección. En la primera podrá ir hasta que se obtenga el derecho o hasta que se liquide la entidad; en la segunda la protección se mantendrá hasta que se haya obtenido el derecho por parte del servidor público, sea porque cumple los requisitos para pensionarse antes de que se liquide la entidad o porque, una vez liquidada, se garantiza el pago de aportes hasta que se alcancen dichos requisitos.

Con base en lo expuesto, la Sala concluye que la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensioandos, se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación .

El sustento para esta decisión se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fundamento es el artículo 48 de la Constitución y, adicionalmente, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social [26] .

De la lectura de las normas mencionadas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo, de una enfermedad o incapacidad laboral o, en general, de cualquier otra causa que tenga el mismo efecto. En este sentido, el derecho a la pensión de jubilación o vejez, como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral.

Así, cuando el legislador crea una protección para aquellas personas que están próximas a pensionarse, el sentido que tributa en mejor forma el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones es que dicha garantía logre efectivizar el acceso a la pensión a todas las personas que sean beneficiarias de dicha protección.

Este es precisamente el sentido que debe darse al literal D del art. 8º de la ley 812 de 2003, disposición que consagró un límite que, lejos de ser de naturaleza temporal, es de tipo teleológico , en el sentido que la protección estaría condicionada al cumplimiento del objetivo o fin que animó la norma, lo que implica que el telos se convierte en elemento nuclear de la disposición.

El entendimiento adecuado de la protección reconocida no debe ser el de un regalo o caridad dispuesto por la libre voluntad del Estado, pues en el contexto de un Estado social la aplicación del derecho tendente a proteger la garantía de los derechos fundamentales de índole social no resulta una opción fruto de un altruismo facultativo. Por el contrario, es

la concreción dinámica de un deber del Estado, el cual, en casos como el de los servidores próximos a pensionarse que ven su cargo suprimido por una modificación a gran escala de la estructura administrativa del Estado central, debe atender eficazmente las principales consecuencias sociales que se deriven de este tipo de programas, máxime cuando el legislador determinó expresamente una solución que resulta acorde con las garantías constitucionales previstas en los artículos 1 y 48 de la Constitución.

El argumento hasta ahora planteado se refuerza si se nota que respecto de las otras dos categorías de servidores beneficiados por el retén social la exégesis legal mantuvo inalterada la naturaleza del límite: el mismo seguía siendo temporal. Por el contrario, la hermenéutica empleada lleva a la Corte a concluir que la ley 812 concientemente consideró benéfico introducir un límite de naturaleza teleológica para la protección brindada a los servidores próximos a pensionarse, pues no tendría sentido determinar la existencia de trabajadores próximos a pensionarse, si la protección no brinda elementos que les garantice la pensión.

Contrario sensu , no tendría sentido utilizar como parámetro determinador la circunstancia de estar próximo a cumplir los requisitos para pensionarse, si la protección consiste únicamente en devengar el salario por unos meses más.

La conclusión a la que se arriba es que la protección prevista por el legislador para los prepensionados, y que concreta el derecho fundamental a la seguridad social en estos específicos casos, obliga a entender que dicha protección debe mantenerse hasta tanto se alcance el fin establecido expresamente en la ley –que es el que mejor honra el contenido iusfundamental involucrado-: el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación o de vejez.

Siendo esta la interpretación que se deduce de las disposiciones que regulan el tema, la orden que la Corte debería proferir para lograr la protección de los prepensionados sería:

El mantenimiento o el reintegro del servidor público al cargo que está o que venía ejerciendo en la entidad en liquidación y el pago de aportes correspondientes a la pensión de jubilación o vejez a nombre del servidor en aquellos casos en que, liquidada la entidad, no haya alcanzado a cumplir los requisitos para acceder a la dicha pensión, pago que se realizará hasta tanto se cumpla el requisito del tiempo mínimo de cotización, según las condiciones a que esté sometido cada caso en concreto.

Sin embargo, la orden no puede ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeña . En efecto, no puede desconocer la Sala que los procesos liquidatorios tienen la vocación de finiquitar las relaciones jurídicas creadas por la institución durante su término de existencia, ya se trate de obligaciones adquiridas o de acreencias a favor de la entidad. Por esta razón, las únicas actividades que puede desarrollar una institución en esta situación son, precisamente, las que sean necesarias y conducentes a su liquidación. Siendo esta la situación, es lógico que en desarrollo del proceso liquidatorio se supriman paulatinamente los puestos de trabajo existentes, haciéndose innecesario, por consiguiente, mantener el mismo número de empleados o funcionarios en la planta de personal de la institución en liquidación. Esta situación explica que no sea acorde con los fines de la liquidación el que se mantengan cargos que no estén desempeñando funciones dentro de dicha institución. Esto redundaría en un retraso que afectaría negativamente el principal fin del PRAP que, ante todo, es culminar de forma célere y eficiente los procesos liquidatorios de las entidades de la administración.

Así, en el presente caso se presenta ante la Corte una situación concreta en la que colisionan dos principios constitucionales: de un lado estaría la garantía de la seguridad social en pensiones, en una de sus formas de concreción, cual es la protección diseñada para las personas que, siendo empelados de una de las entidades afectadas por el PRAP, están próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez; y, del otro, los principios de eficacia, economía y celeridad de la administración –artículo 209 de la Constitución-, que se concretan en procesos

liquidatorios de las entidades de la administración incluidas en el PRAP desarrollados sin inconvenientes, ni dilaciones injustificadas.

La armonización en concreto de dichos principios no puede dar como resultado la absoluta preponderancia de uno sobre el otro, de manera que se anule por completo alguno de dichos contenidos, a favor de la aplicación irrestricta del otro. Un ejercicio de armonización obliga a determinar cuál es la interpretación que en términos constitucionales resulta ponderada en este específico caso.

Así, la interpretación armónica de los principios constitucionales involucrados conduce a concluir que la protección a las personas próximas a pensionarse debe ser aquella que les garantice el acceso a una pensión en las condiciones que tenían previstas antes de iniciarse el PRAP, sin que ello implique la pérdida de eficacia o la radical variación del concepto de economía procesal y celeridad en el funcionamiento de la administración, principios que buscan concretarse con los procesos liquidatorios llevados a cabo en desarrollo del PRAP.

De esta forma encuentra sustento la solución indicada al inicio de este acápite, en el entendido que la protección a los prepensionados consistirá en que, una vez que en desarrollo del PRAP se haya suprimido el cargo desempeñado, la entidad deberá hacer la previsión presupuestal que le permita continuar cancelando los aportes al correspondiente régimen pensional, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, así dicho término se cumpla luego de liquidada la entidad.

En este sentido, será viable suprimir los cargos que en desarrollo del proceso liquidatorio se vayan denotando como innecesarios para el cumplimiento del objetivo trazado, incluso si éstos están ocupados por personas próximas a pensionarse. Pero, precisamente, en este último caso deberá asegurarse que dicha supresión no sea un obstáculo para el acceso a la pensión de jubilación o de vejez en las condiciones en que el contexto jurídico existente antes de iniciarse el PRAP hubiese previsto, para lo cual deberá asegurarse el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones. Dichos aportes se harán tomando como base el salario del prepensionado al momento en que su suprimido el cargo por él ocupado.

5. Conclusión Con base en lo antes señalado, La Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que: i. Los prepensionados, o personas beneficiarias de la protección establecida por el sistema jurídico plurimencionado, serán aquellos trabajadores de entidades liquidadas, entre otras, en desarrollo del PRAP, a los cuales les falte menos de tres años al momento en que es suprimido el cargo que ocupan.

ii. La protección que para ellos se deriva de las normas del llamado “retén social” obliga a la entidad a que, una vez suprimido el cargo, continúe con el pago de los aportes correspondientes al sistema general se seguridad social en pensiones, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez.

Esta es la conclusión a que llega la Sala Plena de la Corte y, por consiguiente, son estos los criterios que empleará en la solución de los casos que en esta ocasión son sometidos a su consideración.

6.- Resolución de los casos concretos 6.1. Procedibilidad de la acción de tutela en los casos de protección especial reforzada o ‘retén social’ La Corte Constitucional en ocasiones anteriores se ha pronunciado respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para resolver asuntos laborales relativos a la protección especial reforzada conocida como retén social, concluyendo que debido a los especiales factores que se ven involucrados en estas situaciones la acción de tutela puede ser un mecanismo procedente para reclamar la protección derivada del mismo.

Por ser éste un asunto pacífico en la jurisprudencia constitucional, la Sala se limitará a reiterar lo manifestado con ocasión de la sentencia T-1238 de 2008, en donde se afirmó:

“Conocido el planteamiento general sobre la figura del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha llegado a la conclusión de que las personas que reclaman la aplicación de los beneficios derivados del retén social pueden acudir a la tutela para satisfacer sus pretensiones laborales.

“Ciertamente, de acuerdo con la sentencia de unificación SU-389 de 2005 [27] , la tutela es el mecanismo judicial procedente para aplicar las normas del retén social porque éstas tienen como objetivo el amparo de personas puestas en condiciones especiales de vulnerabilidad, en el marco de procesos de reestructuración de entidades públicas. Así lo entendió la Corte al señalar.

‘La vista de la doctrina anterior permite elaborar las siguientes subreglas jurisprudenciales en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la aplicación del retén social:

‘i) El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 7909 de 2002.

‘ii) El retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a la mujer cabeza de familia de no ser desvinculada con ocasión del proceso de renovación de la administración pública;

‘iii) Se ha demostrado que en estos eventos existe perjuicio irremediable, pues con la aplicación del Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, las madres cabeza de familias como beneficiarias del retén social pierden el empleo “del que derivan su único sustento”, con lo que queda desprotegido su núcleo familiar y en particular se ven afectados los derechos fundamentales de sus hijos menores.

‘(…) ‘Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo.” (Sentencia SU-389 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería) ‘Concretamente, respecto de personas protegidas por el retén social en calidad de sujetos próximos a pensionarse, la Corte sostuvo que la tutela es un mecanismo idóneo de protección judicial porque permite ventilar la pretensión del trabajador en un tiempo menor del que previsiblemente duran los procesos de liquidación de las empresas respecto de las cuales se reclama el derecho. Sobre el particular, la Sentencia T-009 de 2008 precisó:

‘Ciertamente, la panorámica general del caso le revela a la Sala que la afrenta irremediable se cierne contra el derecho a adquirir una pensión, de un individuo que estaba en vía inequívoca de adquirirla. Y aunque para los fines de su reconocimiento sería posible acudir a la jurisdicción ordinaria, es previsible que para cuando se produzca el fallo judicial la entidad suprimida haya sido plenamente liquidada y la peticionaria no encuentre a quién reclamar su derecho pensional vitalicio. También es previsible que en las circunstancias actuales de la demandante, la misma vea limitadas sus posibilidades reales de conseguir un empleo que le permita completar la edad para pensionarse, que de cualquier manera no sería la consagrada en la convención colectiva de trabajo.’ (Sentencia T-009 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)” Estas son las razones que llevan a que la Sala ratifique su posición sobre la procedencia de la tutela en estos casos.

6.2. Aplicabilidad de la Convención Colectiva celebrada entre ISS y Sintraseguridad Social a los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado Para la resolución de los casos objeto de estudio en la presente decisión debe dilucidarse

un punto fundamental dentro del análisis jurídico a realizar por la Corte: la vigencia de la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL en el año 2001.

La importancia de este punto, como puede observarse, es trascendental, pues determinará cuáles eran los requisitos para que los otrora empleados de las empresas sociales del Estado accedieran a la pensión de jubilación o vejez; en este sentido, una vez determinados los requisitos exigibles para el reconocimiento de este tipo de pensión, podrá establecerse si los ahora accionantes, y todas aquellas personas que se encuentren en idéntica situación, tienen o no la condición de prepensionados y, en consecuencia, debe reconocérseles las garantías derivadas de su pertenencia al llamado retén social.

En términos concretos, si se entiende que la convención colectiva SÍ se encontraba vigente al momento de ser suprimidos los cargos que ocupaban en la correspondiente ESE, los requisitos exigibles para reconocer las pensiones de jubilación o vejez a los empleados de las empresas sociales del Estado serían los consagrados en el artículo 98 del mencionado cuerpo normativo, estos son: i) 20 años de servicio con el Instituto de Seguros Sociales; y ii) 50 años de edad para las mujeres y 55 años de edad para los hombres. De concluirse que al momento de suprimirse sus cargos la convención NO se encontraba vigente, los requisitos aplicables serían los del sistema general de pensiones al que perteneciera cada empleado, siendo, en general i) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo; y ii) 55 años de edad si de una mujer se trata o 60 años de edad en el caso de los hombres.

Por esta razón, se reitera, resulta fundamental establecer cuáles eran los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez que debían acreditar los empleados de las ESEs, a efectos de calcular si al momento de ser suprimido el cargo que ocupaban restaba un término menor a tres (3) años para que cumpliesen los requisitos que les darían el derecho a disfrutar de dicha pensión.

Planteado el problema y su relevancia en la solución de los casos que ahora ocupan a la Corte, se deben estudiar las tres posibilidades de respuesta existentes:

i) Entender que la convención colectiva estuvo vigente hasta el momento en que se liquidó la vicepresidencia de salud del ISS; ii) Entender que la convención colectiva estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que se cumplieron los tres (3) años por los que fue pactada la convención firmada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL;

iii) Entender que la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010, es decir, desde su celebración –el 1º de noviembre de 2001-, durante los tres años previstos para su vigencia, posteriormente con renovaciones semestrales consecutivas en virtud del artículo 478 del CST, hasta el 31 de julio de 2010 cuando, por prohibición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, se eliminó la posibilidad de fijar los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por medio de convenciones colectivas.

Cada una de estas posibilidades tiene argumentos a favor. Sin embargo, para la Corte la interpretación de la Constitución y la legislación que rige la materia sólo permite llegar a una conclusión jurídicamente sostenible: la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL estuvo vigente por el tiempo previsto en su artículo 2º, es decir, por el tiempo acordado entre las partes que la suscribieron, esto es, desde noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004.

Los argumentos que llevan a la Corte a esta conclusión son los que pasan a enumerarse: La imposibilidad de que los empleados públicos sean beneficiarios de convenciones o pactos colectivos El primer argumento que sustenta la conclusión de la Sala Plena en el caso que ahora se estudia es el artículo 416 del código sustantivo de trabajo, disposición que contiene una limitación al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, condición que tenían los trabajadores de las empresas sociales del Estado, consistente en la imposibilidad de que éstos celebren convenciones o pactos colectivos. En términos del artículo 416:

ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas , pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.

La adecuación constitucional de esta limitación al derecho de negociación colectiva ha sido estudiada en diferentes ocasiones por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad, habiéndose concluido en la adecuación con las normas que sirven como parámetro de constitucionalidad en este caso.

En efecto, la primera ocasión en que se sometió a examen la constitucionalidad de las limitaciones establecidas en el artículo 416 del CST fue en la sentencia C-110 de 1994, ocasión en la que, en respuesta a la limitación que se presentaba respecto del derecho de huelga a los empleados públicos, manifestó: " La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa ".

Con posterioridad se presentó duda sobre el respeto de las normas parámetro de constitucionalidad, específicamente de los convenios 151 y 154 de la OIT, cuerpos adoptados con posterioridad a la sentencia de 1994 e incorporados al ordenamiento colombiano por las leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, respectivamente. Por tal razón se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 416 del CST, cuyos argumentos fueron que, en virtud a que los mencionados convenios buscaron la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública –convenio 151- y el fomento de la negociación colectiva –convenio 154-, la prohibición de presentar pliegos de peticiones y de celebrar convenciones colectivas habría devenido contraria a los términos del bloque de constitucionalidad. Con ocasión del análisis realizado en dicha ocasión, la Corte recordó que al estudiar la constitucionalidad de la ley que incorporaba el convenio 151 de la OIT se manifestó " El contenido de los artículos 7 y 8 en mención, se refiere al derecho de negociación colectiva de los servidores del Estado. En la sentencia C-377 de 1998 se analizó si los empleados públicos tienen derecho de negociación plena, como ocurre con los trabajadores públicos, concluyendo que si bien esta clase de servidores goza del derecho de sindicalización y, por ende, de la búsqueda de soluciones negociadas y concertadas, este derecho no puede afectar la facultad que la Constitución les confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo y la fijación de salarios. Con el fin de armonizar estos dos conceptos: derechos de sindicalización y fijación unilateral de salarios y de condiciones de trabajo, se precisó que la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas –art. 2º-, que en materia de conflictos de trabajo, la Carta impone como deber del Estado promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de las controversias (art. 55). Por consiguiente, los empleados públicos tienen derecho a participar en la definición de sus condiciones de trabajo, porque se trata de asuntos que indudablemente los afectan, y por ende, en 'nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado .'// Sin embargo, también, advirtió la Corte en la misma providencia: 'a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo . Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano

nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades' (sentencia C-377 de 1998)." [28] –negrilla ausente en texto original-.

Esta posición fue ratificada en la sentencia C-161 de 2000, en la que se recordó, como se había hecho en la ya citada sentencia C-377 de 1998, que los empleados públicos , si bien tienen el derecho de participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, no gozan del derecho de negociación colectiva en forma plena, por cuanto están sometidos a la fijación unilateral por parte del Estado del salario y de las condiciones generales del empleo .

En este sentido, en la sentencia C-1234 de 2005, y luego de analizar in extenso el contenido del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, se resolvió declarar exequible la limitación al derecho de negociación de los empleados públicos contenida en el artículo 416 del CST, no obstante la entrada en vigor de los convenios 151 y 154 de la OIT. En la mencionada decisión se consagraron las siguientes conclusiones:

"(i) hacen parte de la legislación interna del país los Convenios 151 y 154 de la OIT, incorporados a través de las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999; (ii) se despejan las dudas que pudieren existir respecto de la garantía constitucional sobre el derecho de sindicalización de los empleados públicos, en el sentido de que indiscutiblemente tienen derecho a hacerlo; (iii) también se despejan las dudas respecto del derecho de los empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, pues gozan del ejercicio del derecho de presentar peticiones y consultas, y ser oídas y tenidas en cuenta; (iv) los empleados públicos si bien no gozan de los plenos derechos de asociación y convención colectiva, como ocurre con los trabajadores oficiales, la Constitución y los Convenios sí les permiten participar en la determinación de sus condiciones de empleo, siempre y cuando se entienda que en última instancia, la decisión final corresponde al Congreso de la República y al Presidente, en el plano nacional, y a las asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes, en el plano territorial ; (v) que los objetivos de la negociación colectiva se centran en la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo, en la necesidad del diálogo encaminado a afianzar el clima de tranquilidad social, en la participación de todos en las decisiones que los afectan, en la defensa de los intereses comunes, en la garantía de ser oídos y atendidos los representantes de las partes; (vi) que el concepto de empleados públicos excluidos del derecho de sindicalizarse es restringido. Esto quiere decir, que la regla general es la libertad de sindicalizarse, y la excepción al goce de tal derecho, sólo comprendería a servidores de "alto nivel que tengan poder decisorio o desempeñen cargos directivos, o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial." Además, se excluye a las fuerzas armadas por expresa prohibición constitucional (arts. 39 y 218 de la Carta)." Posición que mantuvo la sostenida en la sentencia C-201 de 2002, en donde se analizó la adecuación constitucional de los artículos 405 del Código Sustantivo del Trabajo y el 25 del Decreto 2351 de 1965, sobre el fuero sindical y la protección en conflictos colectivos en el caso de los empleados públicos.

Por tanto, en respuesta a la acción presentada contra el artículo 416 del CST en virtud de la entrada en vigor de los convenios 151 y 154 de la OIT, la Corte, a través de la mencionada sentencia C-1234 de 2005, sostuvo:

"Ahora bien, al analizar el artículo 55 de la Carta, la Sala encuentra que la norma constitucional garantiza el derecho de "negociación colectiva" para regular las relaciones laborales, incluidas las organizaciones sindicales de los empleados públicos, y el artículo acusado 416 restringe a estos sindicatos la presentación de pliegos de peticiones o la celebración de convenciones colectivas.

Retomando todo el análisis hecho, las restricciones del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo son la especie, y, por consiguiente, no obstante que no ha habido desarrollo legislativo sobre el tema por parte del Congreso, la limitación contenida en la disposición legal resulta exequible, porque aunque no la menciona, tampoco prohíbe expresamente el

derecho a “la negociación colectiva” de los sindicatos de empleados públicos. Lo que conduce a declarar la exequibilidad de la disposición en lo acusado, pero en forma condicionada hasta que el legislador regule la materia.” Este recuento jurisprudencial evidencia lo anteriormente afirmado, en el sentido que los empleados públicos, si bien gozan del derecho de negociación colectiva, en virtud del artículo 416 del CST no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones, ni de celebrar convenciones colectivas, limitación que se encuentra en plena armonía con las normas parámetro de control constitucional.

Finalmente, resulta pertinente anotar que, al estudiar la adecuación constitucional del artículo 16 del decreto 750 de 2003, norma según la cual quienes entrarán a formar parte de las ESEs tendrían la calidad de empleados públicos, la Corte, en sentencia C-314 de 2004, manifestó:

“Los argumentos de la Sentencia, aunados a los que en esta oportunidad se consignan, permiten concluir que el cambio de régimen jurídico de los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos no vulnera el derecho a la negociación colectiva porque ni el mismo es un derecho adquirido, en tanto depende de la naturaleza de la vinculación jurídica del servidor con el Estado, ni es un derecho absoluto que no pueda ser objeto de restricciones justificadas por parte del legislador.

En este sentido, ya que el cargo de la demanda carece de fundamento, el aparte acusado del artículo 16 debe ser declarado exequible, pues el mismo se limita a señalar que por virtud de la reestructuración del ISS y de la creación de las empresas sociales del Estado indicadas en el mismo decreto, los trabajadores oficiales verán modificado su régimen por el de empleados públicos, con las consecuencias jurídicas que dicho cambio comporta.” Son estas las razones que llevan a la Corte a sostener en el presente caso que a los empleados de las empresas sociales del Estado, en cuanto tienen la condición de empleados públicos, no podían celebrar convenciones colectivas.

Con base en esta limitación al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, la conclusión sería que los beneficios de la convención colectiva celebrada entre el ISS y sus trabajadores cesaron en el momento en que éstos, en virtud de la liquidación de la Vicepresidencia del ISS que prestaba el servicio público de salud, adquirieron la condición de empleados públicos al servicio de las distintas empresas sociales del Estado que asumieron dicha actividad. En este sentido, la convención colectiva únicamente debería considerarse vigente hasta el 2003.

Sin embargo, como ha sostenido la Corte Constitucional en anteriores ocasiones, este no es el único elemento que conforma el adecuado e integral análisis jurídico. En efecto, por la especial situación de los empleados públicos de las ESEs –anteriormente trabajadores oficiales del ISS y beneficiarios de la convención colectiva entre dichas partes celebrada-, deben tenerse en cuenta mandatos constitucionales como el respeto a los derechos adquiridos –artículo 58 de la Constitución- y el principio de legalidad –artículo 1 y 29 de la Constitución-.

En este sentido resulta pertinente traer a colación la sentencia C-314 de 2004, donde, con base en el análisis del artículo 16 del decreto 750 de 2003 que previó la condición de empleados públicos para los antiguos trabajadores oficiales del ISS que se vincularan con las ESEs, se reiteró que i) el régimen laboral con el que se está vinculado a la administración no constituye un derecho adquirido [29] ; y, al declarar inexequible la definición de derechos adquiridos, contenida en el artículo 18 del mismo decreto ley, manifestó que ii) una convención colectiva vigente es fuente de derechos adquiridos por el tiempo en que, valga la redundancia, dicha vigencia se mantenga [30] .

En estos términos, y en virtud del principio pro homine , la interpretación que mejor se ajusta a las garantías constitucionales antes mencionadas –respeto por los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución) y principio de legalidad (artículos 1º de la Constitución)-, es la que reconoce que, al ser asumida la prestación del servicio público de salud por las ESEs, se mantuvieron los beneficios derivados de la convención colectiva tantas veces mencionada.

Con base en los anteriores argumentos, se concluye que, si bien los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas, los trabajadores oficiales otrora pertenecientes a la Vicepresidencia de salud del ISS que eran beneficiarios de la convención colectiva vigente hasta el año 2004, no perdieron las ventajas que esta convención les reconocía por el simple hecho de que su vínculo con la administración cambió, ya que dichas ventajas y prebendas constituían derechos adquiridos que debían ser respetados por sus nuevos empleadores, por el tiempo en que fue pactada la convención.

Estas son las razones por las cuales la Sala Plena de la Corte constitucional concluye que la convención celebrada entre el ISS y sus trabajadores oficiales pertenecientes a la vicepresidencia de salud estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, no obstante haber desaparecido el ISS en el 2003 por virtud del tantas veces mencionado decreto ley 750 de 2003.

Esta posición modifica la sostenida en algunas ocasiones por salas de revisión de la Corte Constitucional, y que fue argumentada expresamente en dos sentencias proferidas por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. En las decisiones T-1238 y T-1239, ambas de 2008, se expusieron razones en apoyo de la tesis que sostiene renovación semestral de la convención celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, las que pueden resumirse en los siguientes aparte extraídos de la última de estas decisiones:

“La convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social entró a regir el 1º de noviembre de 2001 y tenía vigencia inicial hasta el 31 de octubre de 2004.

Con todo, el Código Sustantivo del Trabajo establece en su artículo 478 que si la convención colectiva no es denunciada antes de que se cumpla el término de vencimiento, la misma se entenderá legalmente prorrogada por términos de 6 meses. La disposición legal establece que la falta de denuncia de la convención extiende indefinidamente – por lapsos de 6 meses y hasta que se denuncie o se suscriba otra convención – los derechos, beneficios y garantías que en ella se consigna.

Ahora, si bien en el expediente se encuentra acreditada que la mencionada convención fue denunciada en dos ocasiones por los representantes del ISS [31] , ese acto por si solo, de acuerdo con la legislación laboral, no da por terminada la convención colectiva. En estos casos, radicada la denuncia se entra nuevamente en negociaciones hasta llegar a una nueva convención .

(…) El precedente jurisprudencial, deja en claro que la denuncia hecha solamente por el empleador no extingue la convención colectiva, en razón a que éste no tiene la facultad legal para presentar pliego de condiciones ni para iniciar un conflicto colectivo.

Lo anterior significa que las denuncias realizadas por el ISS sobre la convención celebrada el 31 de octubre de 2001, no alteran su existencia y por ende, la de los beneficios otorgados a sus trabajadores.

(…) En el presente caso, las nuevas empresas sociales del Estado se encargaron de continuar con la prestación del servicio de salud inicialmente a cargo del Seguro Social y, atendiendo lo estipulado en el Decreto 1750 de 2003, la incorporación de los trabajadores del ISS a las nuevas ESE fue “automática y sin solución de continuidad” , lo que supone la prolongación de su vínculo laboral, aunque el régimen jurídico de dichos servidores públicos se haya modificado, pasando de trabajadores oficiales a empleados públicos.

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

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encuentra vigente.” –negrilla y cursiva ausentes en texto original- Como puede observarse, la Sala Sexta de Revisión interpretó que, en cuanto la denuncia del antiguo empleador no terminaba los

efectos de la convención celebrada y no se había presentado un nuevo pliego de peticiones por parte de los trabajadores, los efectos de la convención cobijarían a los iniciales beneficiarios indefinidamente, en virtud de renovaciones automáticas de la convención.

La Sala Plena no comparte esta posición. El principal argumento es que, como se explicó anteriormente, los empleados públicos no pueden disfrutar de beneficios convencionales. No obstante, en este caso, en virtud de la protección que la Constitución dispensa respecto de los derechos adquiridos –artículo 58-, dichos beneficios se mantuvieron hasta que se cumplió el plazo inicialmente pactado en la convención, esto es hasta el 31 de octubre de 2004. Entender que a partir de este momento la convención se prorrogó indefinidamente no es de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de las siguientes razones:

1) Se crearía por parte de la jurisprudencia un tercer tipo de vínculo con la administración: los empleados públicos que disfrutan regularmente de beneficios convencionales, lo cual, además de no tener fundamento constitucional ni legal en el ordenamiento colombiano, iría en contra del principio de igualdad. Esta posición ha sido sostenida por la Sala Plena de esta corporación en sede de constitucionalidad, tal y como se consagró en la sentencia C-314 de 2004, al manifestarse en contra de que los empleados públicos de las ESEs tuvieran un derecho adquirido a disfrutar indefinidamente de los beneficios convencionales o celebrar convenciones colectivas: “El absurdo al que conduciría una conclusión contraria implicaría reconocer que cierto tipo de empleados públicos –los que antes han sido trabajadores oficiales- tendrían derecho a presentar convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de aquellos que nunca fueron trabajadores oficiales, con lo cual se generaría una tercera especie de servidores públicos, no prevista en la ley sino resultado de la transición de un régimen laboral a otro, afectándose por contera el derecho a la igualdad de los empleados públicos que no habiendo sido jamás trabajadores oficiales, no tendrían derecho a mejorar por vía de negociación colectiva la condiciones laborales de sus cargos.” –negrillas ausentes en texto original- 2) La desaparición de una de las partes de la relación laboral –el empleador- impide que la convención colectiva se prorrogue respecto de quienes en el pasado fueron trabajadores en aquella relación laboral. En efecto, el cambio de empleador elimina una de las partes que celebraron la convención colectiva y, como es lógico, cualquier renovación de beneficios convencionales debería tener como presupuesto la existencia de quien se compromete a proporcionarlos, esto es, el nuevo empleador. No resulta acorde con la filosofía del derecho de negociación colectiva que se extiendan indefinidamente –con base en una supuesta renovación automática- los beneficios convencionales de una relación laboral que dejó de existir.

3) El argumento anterior cobra aun más sentido si se tiene en cuenta que el nuevo empleador –es decir las ESEs- no podían denunciar la convención colectiva tantas veces referida en virtud a que no fue nunca una de las partes involucradas en su celebración. La denuncia y renegociación de los beneficios convencionales, como es lógico, corresponde a las partes que celebraron la convención colectiva. No es posible que un tercero que no participe en dicha negociación denunciar o renegociar convenciones pasadas de sus actuales trabajadores.

En resumen, no puede entenderse que, una vez cumplido el término por el que fue pactada, una convención colectiva se prorroga indefinidamente, con base en los términos del artículo 478 del CST, incluso cuando:

i) se ha cambiado de empleador; ii) el antiguo empleador ha dejado de existir; y iii) los antiguos beneficiarios ahora tienen un vínculo jurídico que no les permite disfrutar de beneficios convencionales.

Estos son los argumentos que llevan a la Sala Plena de la Corte Constitucional a modificar la jurisprudencia de la Sala Sexta de Revisión y adoptar la posición anteriormente expuesta, consistente en entender que la convención colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, estuvo vigente por el plazo inicialmente pactado, esto es, del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004.

Siendo esta la situación, la Corte entrará a estudiar cada uno de los casos acumulados en este proceso. 6.3. Casos de prepensionados en la ESE Luis Carlos Galán – En liquidación 6.3.1.

Aplicación de la protección social reforzada a los casos de la ESE Luis Carlos Galán La jurisprudencia de la Corte ha aceptado reiterada y uniformemente que en los casos de la ESE en cuestión la protección del retén social se extienda a las personas próximas a pensionarse, por lo cual simplemente se reiterará lo antes establecido [32] .

Para el caso que ocupa a la Corte, baste recordar que la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en principio no fue el resultado del PRAP, sino de los malos resultados que presentaba en materia de gestión comercial.

Sin embargo, por disposición expresa del Decreto 4992 de 2007, la ESE incorporó las disposiciones del retén social a su proceso de liquidación, con lo cual hizo preceptiva la protección a todas las personas puestas en condiciones de vulnerabilidad según las definiciones de la Ley 790. Así, el artículo 4º del decreto en mención establece.

“DECRETO 4992 DE 2007 “Por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, en Liquidación.

“Artículo 4°. Los servidores públicos en condición de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados, pensionables y embarazadas, se mantendrán temporalmente en la planta de cargos mientras conserven la condición que les otorga el reunir el supuesto de hecho que generó el beneficio. Extinguida la condición de beneficiario por circunstancias sobrevinientes, el cargo quedará automáticamente suprimido”.

Adicionalmente, resulta pertinente reiterar lo mencionado por la sentencia T-1238 de 2008, en la cual la Sala Sexta de Revisión consagró “Además, en respuesta expedida a esta misma Sala de Revisión por el Departamento Nacional de Planeación, en el proceso correspondiente al expediente T-1’968.373, dicha dependencia informó a la Corte que la supresión y liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento sí había sido liquidada en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, “de conformidad con los lineamientos definidos por el Presidente de la República en la directiva N° 10 del 20 de agosto de 2002” , lo cual despeja toda duda sobre la aplicación del retén social.

“En la medida de lo dicho, para la Sala es perfectamente legítimo que los prepensionados que se consideran con derecho a recibir los beneficios del retén social reclamen por vía de tutela la protección de sus derechos, pues al haber abierto las puertas de dicha herramienta jurídica, la empresa se obligó a proteger en condiciones de igualdad a las personas puestas en condiciones de vulnerabilidad de conformidad con la descripción hecha por la Ley 790 de 2002.” Con base en los argumentos expuestos se concluye que los prepensionados de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación están cubiertos por la protección especial prevista en las distintas normas legales arriba mencionadas y, por consiguiente, se amerita el estudio de los elementos fácticos específicos de cada caso para determinar si deben ser objeto de la protección prevista por el legislador.

6.3.2. De los casos concretos Respuesta al caso 1: expediente T-2151811 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto la señora María Constanza Ochoa Guzmán no puede ser considerada como prepensionada a efectos de la protección derivada del llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- la señora Ochoa Guzmán no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable la accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, la señora Ochoa Guzmán no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años

de edad –pues tenía 34 años y 7 meses-, ni tampoco obra en el expediente prueba de por lo menos 15 años de servicios cotizados –ya que el único tiempo mencionado es el laborado con la secretaría de salud de Cundinamarca en 1983 (7 meses) y con el ISS desde el 1º de septiembre de 1986 (folio 180 cuaderno principal)-;

así, al inicio de la vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 8 años y 2 meses de servicios. Para el momento en que fue suprimido el cargo de la accionante, 02 de enero de 2008, el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionada la accionante debería contar con 52 años a 02 de enero de 2008 y cotizaciones por 975 semanas o un tiempo de servicios equivalente a 19 años y seis meses, requisitos que no se cumplen por parte de la señora Ochoa Guzmán.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerada prepensionada de la ESE Luis Carlos Galán, por lo cual será negado el amparo solicitado.

Respuesta al caso 2: expediente T-2022905 En el presente caso la Sala concederá el amparo solicitado por la señora Ana Rosa León de Abdelnur con base en los siguientes elementos de juicio.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- la señora León de Abdelnur no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, de manera que el reconocimiento o no de la pensión de jubilación deberá hacerse a la luz del régimen legal que le sea aplicable.

En este sentido, debe anotarse que la señora León de Abdelnur es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo -1º de abril de 1994- la accionante tenía más de 35 años de edad –pues nació el 16 de enero de 1959 (folios 1 y 34)-. Por esta razón, en este caso los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación son los previstos en el decreto 1653 de 1977, normatividad que se aplicó a los funcionarios de la seguridad social –cobijados por el régimen de transición- hasta el 31 de julio de 2010 –en virtud del parágrafo transitorio 2º del Acto Legislativo 01 de 2005-.

Este cuerpo normativo establece en su artículo 19 que accederá a la pensión de jubilación “[e] l funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón o de cincuenta si es mujer ”. La pensión de jubilación equivaldrá al 100% del salario del último año de servicios con base en los factores que allí se mencionan. En consecuencia, los requisitos exigibles a la señora León de Abdelnur eran i) 20 años de servicios al ISS; y ii) 50 años de edad.

Observa la Sala que la accionante ingresó a trabajar al ISS el 24 de agosto de 1989, de manera que al momento de ser suprimido su cargo acumulaba un total de 18 años ocho meses y 15 días, faltándole menos de tres años para cumplir el tiempo mínimo de servicio requerido para obtener la pensión de jubilación –exactamente 1 año, tres meses y 15 días-. Así mismo, con respecto a la edad requerida, a 9 de mayo de 2008 contaba con 49 años, tres meses y 25 días, faltándole menos de tres años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión de jubilación –exactamente le faltaban tan sólo ocho meses y cinco días-.

Con base en los hechos anteriormente analizados, concluye la Corte Constitucional que la señora Ana Rosa León de Abdelnur tenía la condición de prepensionada en el proceso liquidatorio de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento – En Liquidación, por lo que le será reconocida la protección especial prevista por la Constitución y las leyes para estos casos, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Se anota que dichos requisitos, en el caso en estudio, se cumplirían antes del 31 de julio de 2010, fecha en que el régimen exceptuado para los trabajadores de la seguridad social dejaría de estar vigente -de acuerdo con las previsiones

del parágrafo transitorio 2º del Acto Legislativo 01 de 2005-, por lo que no se encuentran problemas para su aplicación al caso de la señora León de Abdelnur.

Por lo anteriormente expuesto, se concederá el amparo y, en consecuencia, se ordenará al administrador del Patrimonio de Autónomo de Remanentes de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento que realice los aportes necesarios para que la señora Ana Rosa León de Abdelnur obtenga su pensión de jubilación o vejez;

dichos aportes deberán realizarse de acuerdo con el salario devengado por la accionante al momento en que fue suprimido su cargo y de conformidad con las previsiones del artículo 19 del decreto 1653 de 1977 –normatividad aplicable en el presente asunto-, en cuantía equivalente al número de meses necesario para que la accionante cumpla con el requisito de tiempo mínimo cotizado para obtener la pensión de jubilación o de vejez y por el equivalente al 100% del monto del aporte (es decir, no estará a cargo de la accionante porcentaje alguno de dicho aporte) . Para todos los efectos, estos aportes se entenderán realizados sin solución de continuidad respecto de los efectuados mientras laboró en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Respuesta al caso 3: expediente T-2178492 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto la señora Martha Cecilia Zabala no puede ser considerada como prepensionada a efectos de la protección derivada del llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- la señora Zabala no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable la accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, la señora Martha Cecilia Zabala no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años de edad –pues tenía 34 años, ya que nació el 25 de marzo de 1960 (folio 40)-, ni 15 años o más de servicios cotizados –pues en el expediente sólo obra prueba del tiempo trabajado en el ISS desde el 17 de agosto de 1990-, así, para el momento en que inició la vigencia de la ley 100 de 1993 se demuestran únicamente 3 años y 8 meses de servicios.

Para el momento en que fue suprimido el cargo de la accionante, 08 de mayo de 2008, el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionada la accionante debería contar con 52 años a 08 de mayo de 2008 y cotizaciones por 975 semanas o tiempo de servicios equivalente 19 años y seis meses; en cambio, la señora Zabala contaba con 48 años y 1 mes –ya que nació el 25 de marzo de 1960 (folio 40)- y 17 años y nueve meses de servicios al ISS (folio 6), por lo que, a partir de lo que se demuestra en el expediente, no faltarían menos de tres (3) años para cumplir los requisitos necesarios para obtener pensión de jubilación o vejez.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerada prepensionada de la ESE Luis Carlos Galán, por lo cual será negado el amparo solicitado.

Respuesta al caso 4: expediente T-2016510 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto el señor Luis Antonio Gutiérrez Osorio no puede ser considerado como prepensionado a efectos de la protección derivada del llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- el señor Gutiérrez Osorio no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable al accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, es decir el 1º de abril de 1994, el señor Luis Antonio Gutiérrez Osorio no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 40 años de edad –pues tenía 39 años (nació el 7 de agosto de 1954, como obra en folio 4)- o por lo menos 15 años de servicios cotizados –pues en el expediente sólo obra prueba de que trabajó seis (6) años y dos meses en el Hospital Simón Bolivar ESE (folio 4) y de que entró a trabajar al ISS el 28 de agosto de 1989 (folio 3)-; de esta forma, para el momento en que inició la vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 9 años y 10 meses de servicios cotizados.

Para el momento en que fue suprimido el cargo del accionante, 08 de mayo de 2008, el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 60 años de edad en el caso de los hombres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionado el accionante debería haber contado con, por lo menos, con 57 años de edad a 08 de mayo de 2008; y haber demostrado las cotizaciones de 975 semanas o un tiempo de servicios de 19 años y seis meses, requisitos estos que no se cumplen por parte del señor Gutiérrez Osorio.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerado prepensionado de la ESE Luis Carlos Galán, por lo cual será negado el amparo solicitado.

Respuesta al caso 5: expediente T-2022905 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto la señora Offir Sánchez Reyes no puede ser considerada como prepensionada a efectos de la protección derivada del llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- la señora Sánchez Reyes no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable a la accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, la señora Offir Sánchez Reyes no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años de edad –pues tenía 33 años y once meses (nació el 1º de mayo de 1960)-, ni 15 años o más de servicios cotizados –pues en el expediente sólo obra prueba del tiempo trabajado en el ISS desde el 02 de octubre de 1989-, así, al inicio de la vigencia de la ley 100 de 1993 se demuestran únicamente 4 años y casi 6 meses de servicios.

Para la fecha en que fue suprimido el cargo de la accionante, 03 de enero de 2008 (folio 18), el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionada la accionante debería contar con 52 años a 03 de enero de 2008 y cotizaciones por 975 semanas o tiempo de servicios equivalente 19 años y seis meses; en cambio, la señora Sánchez Reyes contaba con 47 años y 8 meses –ya que nació el 01 de mayo de 1960 (folio 46)- y 18 años y tres meses de servicios al ISS (folio 30), por lo que, a partir de lo que se demuestra en el expediente, no faltarían menos de tres (3) años para cumplir los requisitos necesarios para obtener pensión de jubilación o vejez.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerada prepensionada de la ESE Luis Carlos Galán, por lo cual será negado el amparo solicitado.

Respuesta al caso 6: expediente T-2814987 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto el señor Diego José Narváez Cepeda no puede ser considerado como prepensionado a efectos de la protección derivada del

llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- el señor Narváez Cepeda no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable al accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, es decir el 1º de abril de 1994, el señor Diego José Narváez Cepeda no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 40 años de edad –pues tenía 36 años y 8 meses (nació el 13 de julio de 1957, como obra en folio 19)- o por lo menos 15 años de servicios cotizados –pues en el expediente sólo obra prueba de que inició su vinculación con el ISS el 21 de julio de 1992 (folio 20)-; de esta forma, para el momento en que entró en vigencia la ley 100 de 1993 contaba con 1 año y 4 meses de servicios cotizados.

Para el momento en que fue suprimido el cargo del accionante, 05 de noviembre de 2009, el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 60 años de edad en el caso de los hombres y 1150 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionado el accionante debería haber contado con, por lo menos, con 57 años de edad a 06 de noviembre de 2009 -fecha para la que tenía 52 años y 3 meses-; y haber demostrado las cotizaciones de 1000 semanas o un tiempo de servicios de 20 años –contando para esta fecha con apenas 17 años y tres (3) meses-, requisitos estos que, como se observa, no se cumplen por parte del señor Narváez Cepeda.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerado prepensionado de la ESE Luis Carlos Galán, por lo cual será negado el amparo solicitado.

6.4. Casos de los prepensionados de la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación 6.4.1. Aspectos preliminares Debe la Sala aclarar que respecto de la ESE Policarpa Salavarrieta – En Liquidación deben resolverse los mismos puntos previos que respecto de la ESE Luis Carlos Galán en Liquidación. Sin embargo a la ESE Policarpa Salavarrieta le son aplicables las reflexiones anteriormente hechas sobre respecto de la aplicabilidad de la convención colectiva suscrita por el ISS y Sintraseguridad Social, por lo que a ellas se remite –apartado 6.2.-.

Así mismo, que mediante auto de 23 de septiembre de 2009, se solicitó a la responsable del PRAP que manifestara si la liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación tenía alguna relación con el desarrollo del PRAP. Mediante comunicación recibida el 02 de octubre de 2009 en la Secretaría General de esta Corporación, la Dra. Diana Margarita Vivas Munar -Directora del PRAP- manifestó que “la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta, declarada mediante Decreto 2866 del 27 de julio de 2007, fue ordenada por el Gobierno Nacional en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP”.

De esta forma se cumple el requisito establecido por las normas legales, y avalado por la jurisprudencia constitucional, en el sentido que la entidad sea liquidada como consecuencia del desarrollo del PRAP.

6.4.2. De los casos concretos Respuesta al caso 7: expediente T-218006 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto la señora Bertha Mabel Pérez Mejía no puede ser considerada como prepensionada a efectos de la protección derivada del llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- la señora Pérez Mejía no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable a la accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, la señora Mabel Pérez Mejía no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años de edad –pues tenía 33 años y cinco meses (nació el 17 de octubre de 1960, como obra a folios 15 y 25)-, ni 15 años o más de servicios cotizados –pues en el expediente sólo obra prueba de su vinculación desde el 7 de junio de 1990 al servicio del ISS, según obra a folio 8-, así, para el momento en que inició la vigencia de la ley 100 de 1993 se demuestran algo menos de cuatro años de servicios.

Para el momento en que fue suprimido el cargo de la accionante, 19 de junio de 2008 (folio 70, cuaderno 2), el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionada la accionante debería contar con 52 años a 19 de junio de 2008 y cotizaciones por 975 semanas o tiempo de servicios equivalente 19 años y seis meses; en cambio, la señora Pérez Mejía contaba con 47 años y 9 meses –ya que nació el 17 de octubre de 1960 (folios 15 y 25)- y 18 años de servicios al ISS, por lo que, a partir de lo que se demuestra en el expediente, no faltarían menos de tres (3) años para cumplir la edad necesaria para obtener su pensión de jubilación o vejez.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerada prepensionada de la ESE Policarpa Salavarrieta, por lo cual será negado el amparo solicitado.

Respuesta al caso 8: expediente T-2198113 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto la señora María Lucy Aranguren Talero no puede ser considerada como prepensionada a efectos de la protección derivada del llamado “retén social”.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- la señora Aranguren Talero no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable a la accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, la señora María Lucy Aranguren Talero no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años de edad –pues tenía 34 años y diez meses (nació el 8 de mayo de 1959, como obra a folio 10)-, ni 15 años o más de servicios cotizados, pues en el expediente sólo obra prueba de su vinculación a partir del 16 de octubre de 1984 al servicio del ISS, según obra a folio 20; así, para el momento en que inició la vigencia de la ley 100 de 1993 se demuestran algo menos de diez años de servicios.

Para el momento en que fue suprimido el cargo de la accionante, 19 de junio de 2008 (folio 17), el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionada la accionante debería contar con 52 años a 19 de junio de 2008 y cotizaciones por 975 semanas o tiempo de servicios equivalente 19 años y seis meses; en cambio, la señora Aranguren Talero, aunque tenía más de 23 años de servicio al ISS y, por tanto, cumplía con el tiempo requerido para el reconocimiento de su pensión de jubilación, a la fecha de su retiro contaba con 49 años y 1 mes –ya que nació el 08 de mayo de 1959 (folio10)- por lo que, a partir de lo que se demuestra en el expediente, le habrían faltado más de tres (3) años para cumplir la edad necesaria para obtener su pensión de jubilación o vejez.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se cuenta con las exigencias legales para ser considerada prepensionada de la ESE Policarpa Salavarrieta, por lo cual será negado el amparo solicitado.

6.5. Casos de los empleados de la ESE Rafael Uribe Uribe – En Liquidación 6.5.1. Aclaración preliminar Debe la Sala aclarar que respecto de la ESE Rafael Uribe Uribe – En Liquidación deben resolverse los mismos puntos previos que respecto de la ESE Luis Carlos Galán y la ESE Policarpa Salavarrieta. Sin embargo a la ESE Rafael Uribe Uribe le son aplicables las reflexiones anteriormente hechas sobre de la vigencia de la convención colectiva suscrita por el ISS y Sintraseguridad Social, por lo que a ellas se remite –apartado 6.2.-.

Sobre la relación del proceso liquidatorio de la ESE Rafael Uribe Uribe con el PRAP la Sala reiterará lo establecido en sentencias anteriores "De acuerdo con lo reseñado, la reestructuración y posterior liquidación de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe se produjo en desarrollo del plan de renovación de la administración pública del orden nacional y es por ello que el beneficio de retén social, estabilidad laboral reforzada, se hace aplicable a los trabajadores que cumplan con lo requisitos exigidos para tal efecto." [33] Adicionalmente, en el acta final de liquidación de la ESE Rafael Uribe Uribe se encuentra una referencia clara a la relación entre dicho proceso liquidatorio y el PRAP, en el sentido de que ciertas decisiones se tomaban mediando concepto favorable de "Que el liquidador de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en liquidación acogió pronunciamiento del Programa de Renovación de la Administración Pública, PRAP n. 2007802024201 26 de junio de 2007 con el cual emitió concepto favorable a la suscripción del contrato de fiducia al cierre de la liquidación para garantizar la representación judicial y la adecuada defensa de los procesos judiciales y la custodia, administración, depuración y consultas del archivo de la ESE." [34] De esta forma se confirma la ocurrencia de los presupuestos necesarios para que los prepensionados de la ESE Rafael Uribe Uribe sean beneficiarios de la protección reforzada derivada del retén social.

A continuación se estudiará el caso concreto para determinar si el accionante cumple los requisitos para pertenecer a dicha categoría. 6.5.2.

Del caso concreto Respuesta al caso 9: expediente T-2069461 En el presente caso se negará el amparo solicitado, pues, con base en las pruebas que obran en el expediente, al momento de la supresión del cargo -18 de julio de 2008- al señor Gonzalo de Jesús Jaramillo Correa le hacía falta un lapso mayor a tres años para cumplir los requisitos que le permitirían acceder al reconocimiento de su pensión.

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva -31 de octubre de 2004- el señor Jaramillo Correa no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, de manera que el reconocimiento o no de la pensión de jubilación deberá hacerse a la luz del régimen legal que le sea aplicable.

En este sentido, debe anotarse que el accionante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo -1º de abril de 1993- el señor Jaramillo Correa tenía más de 40 años de edad –ya que nació el 13 de junio de 1952 (folio 4)-. Por esta razón, en este caso los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación serían los previstos en el decreto 1653 de 1977, normatividad que se aplicó a los funcionarios de la seguridad social –cobijados por el régimen de transición- hasta el 31 de julio de 2010 –en virtud del parágrafo transitorio 2º del Acto Legislativo 01 de 2005-.

Este cuerpo normativo establece en su artículo 19 que accederá a la pensión de jubilación "[e] l funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón o de cincuenta si es mujer ". La pensión de jubilación equivaldrá al 100% del salario del último año de servicios con base en los factores que allí se mencionan. En consecuencia, los requisitos exigibles al señor Jaramillo Correa eran i) 20 años de servicios al ISS; y ii) 55 años de edad.

Observa la Sala que el accionante cumplió con el requisito de la edad, es decir 55 años, el 13 de junio de 2007. Así restaría comprobar el cumplimiento del tiempo laborado con el ISS; en este sentido, de lo aportado al expediente, se tiene que el señor Jaramillo Correa ingresó a trabajar al ISS el 30 de noviembre de 1990, de manera que al momento de ser suprimido su cargo acumulaba un total de 17 años siete meses y 19 días, faltándole menos de tres años para cumplir el tiempo mínimo de servicio requerido para obtener la pensión de jubilación –exactamente 2 años, dos meses y 11 días. Esto daría para que fuera reconocido como prepensionado a efectos de la protección especial derivada del llamado "retén social".

Sin embargo, los 20 años de servicios se cumplirían con posterioridad al 31 de julio de 2010, fecha límite establecida por el parágrafo transitorio n. 2 del Acto Legislativo 01 de 2005 para la vigencia de los regímenes pensionales especiales –como es el establecido por el decreto 1653 de 1977-; así mismo, el señor Jaramillo Correa no tendría 750 semanas cotizadas en el ISS o su equivalente en tiempo de servicios a 25 de julio de 2005 –fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005-, de modo que no es posible extender la aplicación del régimen de transición hasta el año 2014 –parágrafo transitorio 4º-. El anterior razonamiento conduce a concluir que el mencionado decreto 1653 de 1977 no es aplicable al caso del señor Jaramillo Correa.

Por otra parte, de lo aportado al expediente no es posible determinar si le es aplicable algún otro régimen de transición en virtud a que i) se hubiesen realizado cotizaciones antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; ii) estuviera afiliado al mismo al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; y iii) hubiera alcanzado a cotizar más de 750 semanas antes de 31 de julio de 2005, para que, en virtud del parágrafo transitorio n. 4 del A.L. 01 de 2005, la aplicación de este régimen pensional de transición pudiera extenderse hasta el año 2014.

Con base en lo que obra dentro del expediente, debería aplicarse el régimen general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993, que en el artículo 33 prevé como requisitos para acceder a la pensión, en el caso de los hombres, 60 años de edad y 1225 semanas de cotización al 13 de junio de 2012 –fecha en que el señor Jaramillo Correa cumplió 60 años de edad-.

De esta forma, puede observarse que de ser aplicable el régimen previsto en la ley 100 de 1993, el señor Jaramillo Correa no podría haberse considerado como prepensionado para el 18 de julio de 2008, fecha en la que fue suprimido su cargo, pues le restarían más de tres años para cumplir los requisitos que le permitieran acceder a una pensión de jubilación.

Son estas las razones que llevan a la Corte Constitucional a negar el amparo solicitado en el caso objeto de estudio. Respuesta al caso 10 (ADPOSTAL): expediente T-2026223 En el presente caso la Sala negará el amparo solicitado, por cuanto la señora Blanca Lucy Solano Álvarez no puede ser considerada como prepensionada a efectos de la protección derivada del llamado "retén social".

Lo primero que debe decirse es que para el momento en que perdió vigencia la convención colectiva firmada entre SINTRAPOSTAL y ADPOSTAL –sea que se tome la fecha de terminación prevista en la cláusula octava (30 de junio de 2008) o, en virtud de una presunta renovación, la fecha en que ADPOSTAL cesó definitivamente actividades (30 de diciembre de 2008)- la señora Aranguren Talero no había cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

En consecuencia, dichos requisitos en el caso objeto de estudio serán los previstos en el régimen legal aplicable a la accionante, esto es la ley 100 de 1993.

A esta conclusión llega la Corte por cuando al momento de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, la señora Solano Álvarez no contaba con los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años de edad –pues tenía 31 años y seis meses (nació el 8 de septiembre de 1962, como obra a folio 8)-, ni 15 años o más de servicios cotizados, pues en el expediente sólo obra prueba de su vinculación a partir del 23 de agosto de 1985 –folio 25 cuaderno

principal-; así, para el momento en que inició la vigencia de la ley 100 de 1993 se demuestran algo menos de nueve años de servicios.

Para el momento en que fue suprimido el cargo de la accionante, 30 de diciembre de 2008, el artículo 33 de la ley 100 –modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En consecuencia, para tener la calidad de prepensionada la accionante debería contar con 52 años a 30 de diciembre de 2008 y cotizaciones por 975 semanas o tiempo de servicios equivalente 19 años y seis meses. Si bien la señora Blanca Lucy Solano Álvarez acumulaba 23 años, 4 meses y 7 días de servicios en ADPOSTAL y, por tanto, cumplía con el tiempo requerido para el reconocimiento de su pensión de jubilación, a la fecha de su retiro tenía 46 años y 3 meses –ya que nació el 08 de septiembre de 1962 (folio 22)- por lo que, a partir de lo que se demuestra en el expediente, le habrían faltado más de tres (3) años, exactamente 8 años y 9 meses, para cumplir la edad necesaria para obtener su pensión de jubilación o vejez.

Por esta razón, la Sala concluye que en este caso no se contaba con las exigencias legales para ser considerada prepensionada de la Administración Postal Nacional – En Liquidación, por lo cual será negado el amparo solicitado.

III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos decretada en este proceso. Segundo.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en primera instancia por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por la señora María Constanza Ochoa Guzmán.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el 6 de agosto de 2008 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y, en consecuencia, CONCEDER el amparo a los derechos a al mínimo vital y a la seguridad social a la señora Ana Rosa León de Abdelnur.

Cuarto.- ORDENAR a Fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes –PAR- de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, que realice los aportes al sistema de seguridad social en pensiones de acuerdo con el salario devengado por la accionante al momento en que fue suprimido su cargo, en cuantía equivalente al número de meses necesario para que la accionante cumpla con el requisito de tiempo mínimo cotizado para obtener la pensión de jubilación o de vejez, en acuerdo con los lineamientos previstos por el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977. Para todos los efectos, estos aportes se entenderán realizados sin solución de continuidad respecto de los efectuados mientras laboró en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Quinto.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el tres de diciembre de 2008 la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por la seguridad social a la señora Martha Cecilia Zabala.

Sexto.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el 25 de julio de 2008, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogota y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por el señor Luis Antonio Gutiérrez Osorio.

Séptimo.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el 29 de enero de 2009, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por la señora Offir Sánchez Reyes.

Octavo.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el 25 de agosto de 2010 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y,

en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por el señor Diego José Narváez Cepeda.

Noveno.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia dos de octubre de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por la señora Bertha Mabel Pérez Mejía.

Décimo.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en primera instancia el 28 de agosto de 2008 por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por la señora María Lucy Aranguren Talero.

Décimo Primero.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el nueve de septiembre de 2008 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, NEGAR el amparo a los derechos al mínimo vital y a la seguridad social al señor Gonzalo de Jesús Jaramillo Correa.

Décimo Segundo.- CONFIRMAR por las razones en esta providencia expuestas la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en segunda instancia el 11 de agosto de 2008 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y, en consecuencia, NEGAR el amparo solicitado por la señora Blanca Lucy Solano Álvarez.

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.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Con aclaración de voto MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ Magistrado ALEXEI JULIO ESTRADA Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado NILSON PINILLA PINILLA Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA SU897/12 Referencia: expediente T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987 Acciones de tutela instauradas separadamente por Constanza Marcela Ochoa Guzmán, Ana Rosa León de Abdelnur, Martha Cecilia Zabala, Luis Antonio Gutiérrez Osorio; Offir Sánchez Reyes; Diego José Narváez Cepeda, Bertha Mabel Pérez Mejía, María Lucy Aranguren Talero, Gonzalo de Jesús Jaramillo Correa y Blanca Lucy Solano Álvarez.

Magistrado ponente: ALEXEI JULIO ESTRADA Aclaro mi voto en esta ocasión, pues a mi juicio la Corte debió precisar mejor el alcance de uno de los principios enunciados. Dice la Sala, en una de sus consideraciones dentro del presente fallo, que en contextos de liquidación de entidades “ la orden no puede ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeña [ba] ” . Esa frase fue dicha para resolver un grupo de casos específicos, en los cuales la desvinculación del trabajador vino siempre precedida o acompañada por la supresión de su cargo, o de los cargos de la misma naturaleza al que ocupaba. En ese contexto es entendible, y me parece válido, que la orden de reintegro se juzgue improcedente en tanto sería inviable fáctica y jurídicamente. No obstante, al no hacerse esa precisión contextual de forma explícita dentro de la providencia, podría eventualmente llegar a quedar la idea errada de que tampoco procede impartir una orden de ese tipo siquiera en casos donde subsista el cargo ocupado por el trabajador después de que este ha sido desvinculado. Debido a que esa aparente implicación de la frase transcrita no fue siquiera objeto de discusión o unificación en la presente sentencia, y es tan sólo un obiter dictum sin fuerza vinculante, me permito aclarar lo siguiente acerca de su aplicación a casos distintos, en los cuales la desvinculación se produce sin la previa o concomitante supresión del cargo.

Hasta el momento, la Corte ha entendido que las personas pre-pensionadas tienen derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Este implica en general el “derecho a permanecer en el cargo hasta el último acto de liquidación de la

entidad, salvo que se configure una justa causa de despido y ésta sea verificada por la autoridad laboral correspondiente” .

[35] Por lo mismo, al go opuesto a lo que se dijo en esta providencia, acerca de la improcedencia de una orden de reintegro en contextos de liquidación, debe ocurrir por supuesto cuando la desvinculación del pre-pensionado se produce sin la previa o concomitante eliminación de su cargo, o de los empleos del mismo nivel y naturaleza, y sin que concurra alguna otra justa causa de despido. En esos casos, a diferencias de aquellos en que se sustrae la materia que hace posible una orden de reintegro (supresión del empleo), el modo de hacer frente a la violación del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada debe ser necesariamente juzgar ineficaz el despido o desvinculación, y además impartir como regla una orden de reintegro a un empleo igual al que antes ocupaba el trabajador, hasta que esto sea posible dentro del proceso de liquidación de la entidad, o se presente alguna otra justa causa de terminación del vínculo.

Ese debe ser, por lo tanto, el adecuado entendimiento de lo que dice la Corte en el presente fallo, y resultaría en consecuencia indebido extenderlo hacia otras hipótesis distintas a las estrictamente señaladas y estudiadas en esta ocasión.

Fecha ut supra, MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada [1] Sentencia T- 512 de 2001 y T- 587 de 2008. [2] Sentencia T-587 de 2008. [3] Aunque la Sala Plena de la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones respecto de los alcances, duración y amplitud del retén social –sentencias C-044 de 2004 (que declara la exequibilidad de la expresión madres cabeza de familia siempre que se entienda incluidos a los padres cabeza de familia); C-991 de 2004 (que declara inexequible el vencimiento del plazo del retén social para madres/padres cabeza de familia y discapacitados);

y SU-388 de 2005 (que precisó que en los casos de madres cabeza de familia el beneficio del retén social debe extenderse hasta que finalice el proceso liquidatorio –caso TELECOM--, en la presente ocasión sólo se hará referencia a aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que tienen relación directa con el tema de las personas próximas a pensionarse - prepensionados- .

[4] Ibídem [5] Piénsese en el caso de una entidad que iniciara su proceso de liquidación el 27 de enero de 2005. en este caso los servidores incluidos en la categoría de prepensionados serían sólo los que reunieran requisitos para pensionarse en los siguientes 11 meses, pues el término de tres años se contaría desde el 27 de diciembre de 2002, finalizando el 27 de diciembre de 2005, es decir 11 meses después de iniciado el proceso de liquidación.

[6] Sentencias T-1045 y T-1076 de 2007; y T-001 de 2010. [7] Sentencias T-009, T-106, T-254 de 2008. [8] Sentencia T-254 de 2008 ; C-795 de 2009; T-194 y T-261 de 2010.

[9] Sentencias T-993 de 2007, T-089 y T-112 de 2009; y T-034 de 2010. [10] Sentencias T-009, T-106, T-254 de 2008 [11] Sentencia T-254 de 2008, C-795 de 2009 o T-194 de 2010.

[12] Como la protección en salud y la protección en pensiones por algún tipo de discapacidad física o psíquica. [13] La mencionada disposición establece “ Artículo 16º.

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.” [14] “ Restricciones a los derechos y cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos (artículos 4º y 5º).

“14- El artículo 4º consagran una regla hermenéuticas que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación

interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos [14] , muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

“15- En ese mismo orden de ideas, la Corte coincide con algunos de los intervinientes que señalan que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5º no puede ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos inernacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones. Por ello, esta Corporación considera que este artículo está consagrando garantías suplementarias en relación con la eventual limitación de los derechos previstos en el Protocolo, puesto que señala que ésta sólo podrá efectuarse por normas legales, que tengan una finalidad particular, como es preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, y siempre y cuando se respete el contenido esencial de esos derechos. En tal entendido, la Corte considera que estas normas son exequibles.” [15] Diario Oficial No 44907, del 21 de agosto de 2002, p.

2 [16] Ibídem [17] En este sentido, sentencia T- 993, T-1045 y T-1076 de 2007; T- 009, T-106, T-338, T-1238 y T-1239 de 2008; T-089, T-112 y T-128 de 2009; T-034 de 2010.

[18] En efecto, en el caso en estudio este no fue el problema jurídico a resolver por parte de la Corte Constitucional. En esta ocasión se discutía si las garantías previstas para los sujetos de especial protección en los procesos de liquidación de entidades del orden nacional, debía entenderse existente hasta la supresión del cargo que ocupaba la persona protegida o hasta el final del proceso liquidatorio. En este sentido el problema jurídico a resolver en la sentencia C-795 de 2009 fue planteado en los siguientes términos: “ 12. Delimitado el ámbito sobre el cual recaerá este pronunciamiento, precisa la Sala que el problema jurídico que debe resolver radica en establecer si la decisión legislativa de condicionar la supresión de cargos y la terminación de las relaciones laborales en el curso de un proceso de liquidación de una entidad pública de la rama ejecutiva del orden nacional, al vencimiento del término previsto para la liquidación y no a la terminación definitiva de la existencia jurídica de la entidad, representa un menoscabo del derecho al trabajo de los empleados o funcionarios que acompañan ese proceso liquidatorio ” [19] Setencias C-184 de 2003; C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008.

[20] Corte Constitucional, sentencia T-768 de 2005. [21] Aunque referido anteriormente, se trascribe nuevamente la mencionada disposición “Artículo 6°.

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 en el término de tres (3) años, contados a partir de la promulgación de la presente ley.” [22] Gaceta del Congreso n. 430 de 16 de octubre de 2002 en donde se publicó el proyecto de ley 100 de 2002 del Senado.

[23] La disposición mencionada establece: Artículo 16 . Aplicación en el tiempo. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1° de

septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004.

[24] Debe anotarse que al momento de ser presentado como proyecto ante el Congreso no previó la garantía de protección reforzada a los prepensionados en las condiciones en que quedó plasmada en el texto final de la ley, luego de que fue introducida en la plenaria de Senado y aprobada por ambas cámaras al ser propuesta en el informe de la Comisión de Conciliación –Gaceta del Congreso N. 261 de 9 de junio de 2003-, que acogió, precisamente, la versión presentada por el Senado consistente en extender la protección a los servidores próximos a pensionarse hasta que éstos adquirieran el derecho a obtener la pensión de jubilación o de vejez.

[25] Sentencias T-009, T-254, T-338, T-1239 de 2008; y T-189, T-112, T-128 y T-178 de 2009; T-034 y T-194 de 2010. [26] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: " Artículo 22. 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 "; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: " Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social "; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: " Artículo XVI. 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 ";

(iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: " Artículo 9. 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 "; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal "e" de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 11 || 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;

[27] M.P. Jaime Araujo Rentería [28] Sentencia C-1234 de 2005. [29] En este sentido manifestó la Corte: "En segundo lugar, retomando lo dicho por la jurisprudencia, el derecho a pertenecer a uno u otro régimen laboral no constituye un derecho adquirido, pues el legislador, habilitado por una potestad general de regulación, puede determinar la estructura de la administración pública de acuerdo con su valoración de las necesidades públicas.

En consecuencia, si la pertenencia de un servidor público a un determinado régimen laboral, llámese trabajador oficial o empleado público, no es un derecho adquirido, entonces la facultad de presentar convenciones colectivas, que es apenas una potestad derivada del tipo específico de régimen laboral, tampoco lo es. Jurídicamente, la Corte encuentra válido considerar que en este caso lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que al no existir un derecho a ser empleado público o trabajador oficial, tampoco existe un derecho a presentar convenciones colectivas si el régimen laboral ha sido modificado.

El absurdo al que conduciría una conclusión contraria implicaría reconocer que cierto tipo de empleados públicos –los que antes han sido trabajadores oficiales- tendrían derecho a presentar convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de aquellos que nunca fueron trabajadores oficiales, con lo cual se generaría una tercera especie de servidores públicos, no

prevista en la ley sino resultado de la transición de un régimen laboral a otro, afectándose por contera el derecho a la igualdad de los empleados públicos que no habiendo sido jamás trabajadores oficiales, no tendrían derecho a mejorar por vía de negociación colectiva la condiciones laborales de sus cargos." [30] La sentencia C-314 de 2004 consignó:

"Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico." [31] Ver a folio 84 del expediente, respuesta de derecho de petición radicado bajo el No. 55723 mediante el cual se informa que la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001 fue objeto de 2 denuncias: " 1- El día 28 de octubre de 2.004 fue denunciada por la Dra. ELENA MESA ZULETA, como Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales. // 2- El día 26 de abril de 2.005 fue denunciada por el Dr. GILBERTO QUINCE TORO, como Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales " [32] En este sentido sentencias T-1166 de 2008, T-1238 de 2008, T-089 de 2009 [33] Sentencia T-338 de 2008, ratificado en sentencia T-128 de 2009.

[34] "Acta Final Proceso Liquidatorio de la Empresa Rafael Uribe Uribe" -firmada el día 18 de julio de 2008-, Diario Oficial, n. 47088, 21 de julio de 2008.

[35] Sentencia T-849 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), antes referida.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.