COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1059/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1059/10
Expediente	—
Fecha	2009-02-17
Sala	Sala a
Magistrado ponente	—
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Temeraria
- / Accion De Tutela Temeraria Y Reten Social
- Reintegro Laboral En Casos De Reten Social
- Reten Social A Prepensionados
- Reintegro De Trabajador Amparado Por Reten Social

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Al caso concreto las reglas sobre la configuración de una actuación temeraria en el ejercicio de la acción de tutela, a objeto de corroborar o descartar dicha figura. Al respecto, encuentra la Corte que las dos acciones de tutela

Texto completo

T-1059-10 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-1059/10 ACCION DE TUTELA TEMERARIA- Presentación de una nueva tutela cuando han surgido hechos nuevos no constituye ejercicio temerario / ACCION DE TUTELA TEMERARIA Y RETEN SOCIAL- Caso en que no existe por cuanto hay hechos nuevos Procederá la Sala a aplicar al caso concreto las reglas sobre la configuración de una actuación temeraria en el ejercicio de la acción de tutela, a objeto de corroborar o descartar dicha figura. Al respecto, encuentra la Corte que las dos acciones de tutela presentan identidad de partes, pues en ellas el accionante es el mismo y FIDUAGRARIA S.A y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento son las entidades accionadas. Además, existe identidad de objeto pues la solicitud del accionante es la misma, lo que significa que la protección solicitada no varía en la segunda acción de tutela, por cuanto se pretenden proteger los mismos derechos fundamentales. No obstante lo anterior, esta Sala encuentra que no se configura una actuación temeraria, toda vez que entre la primera y la segunda tutela no existe identidad de causa petendi, tal y como se procederá a explicar. En efecto, el accionante solicita el reconocimiento del “Retén Social” en calidad de prepensionado, el cual no fue concedido, argumentando que al momento en que se suponía que acabaría el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento es decir, el 24 de agosto de 2008, al actor le faltaban más de 3 años para cumplir los requisitos y obtener el reconocimiento a su pensión de jubilación, por tal razón no había lugar al reconocimientos de la protección especial. Por su parte, en la segunda tutela, el accionante solicita nuevamente el reconocimiento del “Retén Social”, sin embargo, entre la primera y la segunda acción de tutela se presentaron hechos nuevos que hicieron que la situación fáctica variara. En primer lugar, la jurisprudencia constitucional adopta un nuevo criterio, en virtud del cual, se señala

que es desde el momento de la supresión del cargo que se empieza a contabilizar los 3 años requeridos para otorgar la calidad de prepensionado y obtener así la protección especial;

y, en segundo lugar, a través de la expedición de los Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, Decreto 3057 del 20 de agosto de 2008, Decreto 532 del 24 de febrero de 2009, Decreto 1893 del 22 de mayo de 2009, Decreto 2748 del 24 de julio 2009, Decreto 3757 del 30 de septiembre del 2009 y Decreto 4241 del 30 de octubre de 2009, el Gobierno Nacional prorrogó el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, el cual culminó el 6 de noviembre de 2009.

Por lo anterior, para esta Corporación los hechos nuevos relacionados, tienen la entidad suficiente para modificar la situación fáctica que originó la primera acción de tutela. En consecuencia, se observa que si bien las pretensiones presentadas en cada una de las acciones de tutela siguen siendo las mismas y que existe identidad de parte activa y pasiva, no se configura una actuación temeraria por parte del accionante toda vez que, los hechos relacionados en cada una de ellas varían sustancialmente lo que podría dar lugar al reconocimiento de la protección solicitada por el actor, lo cual será objeto de análisis por parte de esta Sala en la presente providencia .

REINTEGRO LABORAL EN CASOS DE RETEN SOCIAL- Procedencia de la acción de tutela Específicamente en los casos de tutelas interpuestas por las personas próximas a pensionarse, quienes solicitan que se ordene su inclusión en el “Retén Social”, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y procedente para adquirir la protección judicial toda vez que, garantiza al trabajador la posibilidad de reclamar su derecho pensional antes de que la entidad haya sido liquidada y poder obtener así el reintegro al cargo que desempeñaban, pues la calidad de prepensionado les confiere la potestad de permanecer en él hasta la liquidación definitiva de la empresa. Así las cosas, y teniendo en cuenta las circunstancias de las empresas que se encuentran sometidas a liquidación, esta Corporación sostiene que si los accionantes acuden ante la jurisdicción ordinaria, es muy probable que el fallo se produzca con posterioridad a la liquidación definitiva de la empresa demandada generándose así la vulneración de sus derechos fundamentales; la anterior consideración ha llevado a la Corte ha admitir la procedencia de la acción de tutela para estos casos.

NORMAS PARA RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADO-Protección En consecuencia, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que a través de la Ley 812 de 2003 el trato dado a los prepensionados correspondía a una medida desproporcionada en comparación con las mujeres y hombres cabeza de familia así como de las personas discapacitadas a pesar de que todos han sido reconocidos como sujetos de especial protección en consideración a su debilidad manifiesta y por tal razón, debe ser garantizada la protección de sus derechos. Por lo anterior, esta Corporación concluyó que la vigencia de la protección del “Retén Social” se encuentra supeditada a la vigencia del Plan de Renovación de la Administración Pública otorgándole la protección especial a las madres y los padres cabezas de familias y a las personas discapacitadas hasta tanto se mantenga con vida jurídica y económica la empresa objeto de liquidación .

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Interpretación dada por la Corte Constitucional respecto a partir de cuando debe contabilizarse el término de tres años para pensionarse Se concluye que la actual posición de la Corte Constitucional, en la que se decidió contar los tres años a partir del momento en que se suprime el cargo, fue adoptada por tratarse de una interpretación más favorable encaminada a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los prepensionados.

PADRE CABEZA DE FAMILIA E INCLUSION EN RETEN SOCIAL En ese orden de ideas, se advierte que para el momento de supresión del cargo, el accionante tenía 52 años, 3 meses y 16 días de edad; y 18 años, 2 meses y 26 días, de tiempo de servicio. De conformidad con lo anterior, se deduce que, para el momento de su desvinculación efectiva, le faltaban menos de 3 años para cumplir, tanto el requisito de edad, como de tiempo de servicios para consolidar su pensión, según lo establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada por el Instituto de

Seguro Social y Sigraseguridad Social. Por esa razón, para ese momento, conforme con la jurisprudencia constitucional, el accionante tenía la calidad de prepensionado, y era beneficiario de la protección especial del "Retén Social". Ahora bien, de acuerdo con el Decreto No. 4141, del 30 de octubre de 2009, el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento culminó el 6 de noviembre de 2009. Al respecto, la Sala encuentra que desde el momento de su desvinculación efectiva hasta el momento en que se liquidó la entidad demandada transcurrió 1 año, 10 meses y 3 días, razón por la cual se concluye que, de haberse respetado la protección especial del "Retén Social" en el caso del accionante, él hubiera podido completar los 20 años de tiempo de servicios requeridos para consolidar el derecho a la pensión de jubilación. En esa medida, se concluye que el accionante, al momento de supresión de su cargo, tenia la calidad de prepensionado y, por tanto, la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al desvincularlo sin tener en cuenta que era beneficiario de dicha protección, y a su vez, al negarse a incluirlo con posterioridad.

REINTEGRO DE TRABAJADOR AMPARADO POR RETEN SOCIAL- Caso en que no procede porque la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento fue liquidada Por lo anterior, la Sala procederá a reconocer el derecho del accionante a la protección especial del "Retén Social". Sin embargo, esta Corporación no podrá conceder la totalidad de sus pretensiones, como quiera que, la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento fue liquidada, lo que impide ordenar el reintegro al cargo que estaba ejerciendo en la entidad al momento de su desvinculación. No obstante, la Sala ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que reconozca los salarios y las prestaciones sociales, dejadas de percibir desde que se suprimió el cargo, 3 de enero de 2008, hasta el momento de la liquidación de la entidad accionada, 6 de noviembre de 2009. Adicionalmente, ordenará a la misma entidad que efectúe las cotizaciones del accionante al Sistema General de Pensiones, correspondientes al periodo señalado, lo cual, le permitirá completar el tiempo de servicios para consolidar, al cumplimiento de la edad, su derecho a la pensión de jubilación.

RETEN SOCIAL -Por indemnización y prestaciones recibidas por servidor público, debe efectuarse, a modo de compensación, cruce de cuentas Por otra parte, de las pruebas recaudadas durante el trámite de la acción de tutela, la Sala pudo establecer que la entidad demandada reconoció a favor del accionante una suma de dinero por concepto de prestaciones e indemnización, la cual fue recibida por él mismo. Así las cosas, la Corte ordenará a la entidad que efectúe, a modo de compensación, el cruce de cuentas entre el pago de aportes a pensión y salarios dejados de percibir con la indemnización por despido que en su momento fue recibida por el accionante y, además, que ofrezca mecanismos de pago no lesivos de sus derechos, en el caso de ser necesario, pues si bien en esta oportunidad no procede ordenar el reintegro, por las razones ya indicadas, el reconocimiento del tiempo faltante para que el trabajador complete el tiempo de su pensión jurídicamente constituye una medida equivalente y es bien conocida la circunstancia de que el reintegro y la indemnización por despido, en principio, son incompatibles, perspectiva bajo la cual esta última no se causaría, además, si se acepta que la relación laboral producto de la presente decisión jurídicamente finaliza por razón de tener derecho el trabajador a recibir efectivamente su pensión, también sería controvertible el derecho a recibir indemnización por razón del proceso liquidatorio, aspecto que podrá dilucidar ante los jueces ordinarios.

Referencia.: expediente T-2.283.878 Demandante: Carlos Ignacio Rivera Sanabria Demandado: E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento y otros. Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010) La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente, SENTENCIA en el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, que a su turno revocó el dictado por el Juzgado Once

Administrativo del Circuito de Bogotá, a partir de la acción constitucional de tutela promovida por el señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria, la cual fue presentada a través de su apoderado judicial, contra la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación y contra la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA S.A., sociedad liquidadora de esa entidad.

El presente expediente fue escogido por la Sala de Selección Número Ocho, a través del Auto del 6 de agosto de 2009, y repartido para su revisión a la Sala Cuarta de esta Corporación.

1. La solicitud El 5 de marzo de 2009, Carlos Ignacio Rivera Sanabria, presentó acción de tutela contra la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación y contra la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA S.A., para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, los cuales, según afirma, han sido vulnerados por la entidad demandada, al no reconocerle la protección del "Retén Social" en calidad de prepensionado, según lo contemplado en la Ley 790 de 2002, al momento de la supresión del cargo.

2. Reseña Fáctica 2.1 El señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria nació el 18 de septiembre de 1955 [1] por lo que, a la fecha tiene 54 años, 10 meses y 23 días.

2.2 El accionante desempeñó el cargo de enfermero en diferentes entidades públicas en el periodo comprendido entre el 22 junio de 1981 al 3 de enero de 2008, tal y como se muestra a continuación:

Entidad Fecha de inicio Fecha de culminación Total de tiempo de servicio Servicio Seccional de Salud de Vaupés 22 de junio de 1981 Febrero de 1983 1 año y 8 meses Hospital San Juan de Dios 2 de septiembre de 1983 2 de octubre de 1983 3 de noviembre de 1983 5 de diciembre de 1984 4 de enero de 1984 4 de febrero de 1984 al 1 de octubre de 1983 al 31 de octubre de 1983 al 2 de diciembre de 1983 al 3 de enero de 1984 al 2 de febrero de 1984 al 4 de marzo de 1984 5 meses y 25 días Hospital San Rafael de Tunja 1 de octubre de 1984 31 de octubre de 1984 1 mes Caja de Previsión Social de Bogotá 30 de diciembre de 1986 4 de febrero 1987 19 de abril de 1988 26 de abril de 1988 29 de abril de 1988 11 días del mes de mayo de 1988 comprendidos así: 7,9,11,13,17,19,21,23,25,27 y 31 10 días del mes de junio de 1988 comprendidos así: 2,4,10,14,16,18,20,22,24 y 28.

10 días del mes de julio de 1988 comprendidos así: 2,4,6,8,12,16,18,26,28 y 30. 1 de agosto de 1988 3 días del mes de septiembre de 1988 comprendidos así: 2,22,y 24.

6 de octubre de 1988 El día 14 de octubre de 1988. 9 días del mes de diciembre de 1988 comprendidos así: 9,10,15,17,19,21,23,29 y 31. El día 24 de enero de 1989.

4 días del mes de enero de 1989 comprendidos así: 6,8,14 y 20. al 3 de febrerote 1987 al 10 de febrero de 1987 al 21 de abril de 1988 al 28 de abril de 1988 al 5 de mayo de 1988 al 31 de agosto de 1988 al 12 de octubre de 1988 4 meses 18 días Seguro Social – ESE Luis Carlos Galán Sarmiento 18 de mayo de 1992 3 de enero de 2008 15 años, 7 meses y 13 días Total 18 años, 2meses y 26 días 2.3 Tal y como quedó relacionado, el 18 de mayo de 1992 el accionante se vinculó laboralmente al Instituto de Seguro Social desempeñando el cargo de enfermero jefe, relación que se prolongó hasta el 26 de junio de 2003, fecha en la cual, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1750 ordenando la escisión del ISS y, al mismo tiempo la creación, en su lugar, de las Empresas Sociales del Estado, entre ellas la E.S.E. Luís Carlos Galán.

2.3 Como consecuencia de la escisión del ISS, el accionante fue incorporado automáticamente y sin solución de continuidad, en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento, para desempeñar, en calidad de empleado público, las mismas funciones como enfermero jefe - profesional universitario.

2.4 Mediante el Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

2.5 El 28 de septiembre de 2007, el actor presentó un derecho de petición solicitando que se le incluyera en la protección del “Retén Social”, en calidad de prepensionado, establecida en las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, en concordancia con la Sentencia C-991 del 12 de agosto de 2007. Afirma que al momento de la publicación del Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, que suprime y liquida la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento, le hacían falta menos de tres (3) años para cumplir los requisitos de “pensión jubilación / vejez”.

2.6 El 16 de octubre de 2007, la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento contestó el derecho de petición informándole que, “una vez verificados los documentos que reposan en la historia laboral, se observó que usted no reúne los requisitos para jubilación y por tanto, no se encuentra dentro del grupo de personas que la empresa mantendrá vinculada hasta el 25 de agosto de 2008 fecha en que culmina el proceso liquidatorio” [2] .

2.7 El 3 de enero de 2008, la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento le comunicó al accionante la supresión del cargo. Al respecto, señaló que “ mediante Decreto 4992 del 31 de diciembre de 2007, el Gobierno Nacional modificó la Planta de Cargos de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, suprimiendo el cargo Profesional Universitario que venía desempeñando, razón por la cual decidió cesar el cumplimiento de las funciones propias de dicho cargo y queda desvinculado de la empresa a partir de la fecha de comunicación” [3] .

2.8 El 22 de enero de 2009, presentó un nuevo derecho de petición, en el cual solicitó el reintegro al cargo que ocupaba en el momento de la desvinculación, argumentando (i) que prestó sus servicios como enfermero en diferentes entidades públicas durante dieciocho (18) años faltándole, al momento de la supresión del cargo, tan sólo un (1) año, ocho (8) meses y veintitrés (23) días aproximadamente, para cumplir los veinte (20) años de servicio;

(ii) que en dicho momento tenía 52 años cumplidos; y, además, (iii) que ostentaba la calidad de padre cabeza de familia, por lo que solicitó el reconocimiento de la protección especial referida.

2.9 El 12 de febrero de 2009, la entidad demandada contestó el derecho de petición, y señaló que el accionante no cumplía con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la protección especial de prepensionado. Además, indicó que la situación de padre cabeza de familia no puede tenerse en cuenta, debido a que nunca solicitó su inclusión dentro del listado de las personas protegidas por el “Retén Social”.

2.10 El 17 de abril de 2008, el accionante interpuso una primera acción de tutela por considerar que se le estaban vulnerando sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la estabilidad laboral, al mínimo vital, a la seguridad social en pensiones y al debido proceso, al suprimirse el cargo que estaba desempeñando en la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, sin tener en cuenta su condición de prepensionado por lo que, solicitó el reintegro sin solución de continuidad, desde la fecha en la cual fue desvinculado de la entidad hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa en liquidación, así como el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales a los que hubiese tenido derecho al momento en que se le incorporó a la nómina de la entidad.

2.11 La tutela fue conocida, en primera instancia, por el Juez Treinta y Nueve Penal del Circuito y, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quienes decidieron denegar las pretensiones y, por ende, no tutelaron los derechos fundamentales invocados como vulnerados. Ello, argumentando que al accionante no le hacía falta menos de 3 años para adquirir su derecho a la pensión, al momento de la liquidación efectiva de la empresa, y que, la entidad liquidó y pagó las respectivas prestaciones sociales así como la indemnización a la que tenía derecho, con ocasión de la terminación unilateral del contrato.

2.12 El 5 de marzo de 2009, presentó una nueva acción de tutela ante el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá, argumentando la ocurrencia de hechos nuevos, la cual es objeto de estudio en la presente sentencia, en la que solicita el amparo de sus derechos fundamentales, por considerar que han sido vulnerados por la entidad demandada.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones El demandante manifiesta, que la acción de tutela fue instaurada con la finalidad de proteger sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y al debido proceso, los cuales considera vulnerados por la Empresa Social del Estado E.S.E. Luís Carlos Galán - en liquidación. Sostuvo que la entidad demanda desconoció los citados derechos, al excluirlo de la protección especial a la que tenía derecho, la cual fue reconocida a otros empleados que se encontraban en condiciones similares.

Inicia por indicar que, conforme con el artículo 28 de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada el 31 de octubre de 2001 entre el ISS y Sigraseguridad Social, los trabajadores que cumplan 20 años de servicio continuos o discontinuos y 55 años de edad si es hombre o 50 años de edad si es mujer, tendrán derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación. Debido a la existencia de dicha medida, considera que la empresa accionada no le reconoció su calidad de prepensionado pues, al momento de suprimirse el cargo cumplió dieciocho (18) años, tres (3) meses y siete (7) días de servicio y, además contaba con cincuenta y dos (52) años, tres (3) meses y dieciséis (16) días. Sostuvo que, cuando fue desvinculado de la empresa, ostentaba la condición de padre cabeza de familia debido a que a su cargo tiene tres hijos que dependen económicamente de él.

Señaló, que la vulneración consiste en el trato discriminatorio que, por vía de aplicación literal de la ley 790 de 2002, se dio a su caso, pues aunque la entidad sí protegió los derechos de personas discapacitadas y madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica, dejó por fuera el amparo a una persona que merecía trato similar.

Argumentó que la entidad accionada inició su liquidación en virtud del Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007, sin embargo, posteriormente, se han promulgado varios actos administrativos mediante los cuales la liquidación de la entidad se ha venido prorrogando.

Es así como, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 3057 del 24 de agosto de 2007 por medio del cual ordenó prorrogar el plazo establecido para la liquidación de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento, hasta el 24 de febrero de 2009 y, posteriormente, expidió el Decreto 532 del 24 de febrero de 2009, mediante el cual decidió prorrogar el plazo anteriormente dispuesto hasta por tres meses más, es decir, hasta el 25 de mayo de 2009 sin embargo, mediante los Decretos 1893, 2748, 3757 y 4241 de 2009 se decidió prorrogar el plazo que se dispuso para la liquidación, fijando como fecha límite para el efecto el 6 de noviembre del 2009.

Por lo anterior, considera que una vez prorrogado el plazo para la liquidación de la mencionada E.S.E., quedan desvirtuados los argumentos de la entidad accionada conforme con los cuales en la medida en que el 24 de agosto de 2008 terminaría el proceso liquidatorio, no alcanzaría a cumplir los requisitos para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación.

El demandante indica que antes de la presentación de la acción de tutela, objeto de estudio por parte de esta Corporación, ya había presentado una tutela anterior, sin embargo, estima que no hay lugar a la configuración de una actuación temeraria de su parte como quiera que, la prórroga del proceso de liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, constituye un hecho nuevo que le permite interponer una nueva acción de tutela.

Por último, indicó que la entidad ignoró las normas legales del retén social y las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que declararon la inexequibilidad del límite de temporalidad a las personas incursas en causales de las normas de protección reforzada. Por lo anterior, considera que, de acuerdo con estos hechos nuevos, los argumentos esgrimidos por la ESE accionada se modifican de manera sustancial.

Con fundamento en lo anterior, el actor solicita que se le reconozca la protección del “Retén Social” y, como consecuencia, se ordene el reintegro y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

4. Oposición a la demanda de tutela El Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de Auto del 6 de marzo de 2009, admitió la acción de tutela, y ordenó notificar a las entidades demanda para que se pronunciaran sobre los hechos que la sustentaban.

La apoderada de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA, sociedad liquidadora de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, contestó la demandada indicando que una vez examinados sus archivos documentales, observó que el señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria había presentado, en el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, una acción de tutela invocando los mismos hechos y solicitando idénticas pretensiones, por lo tanto, manifiesta que el accionante incurrió en una actuación temeraria.

Señaló que la presente acción de tutela resulta improcedente, lo cual imposibilita su estudio. Manifestó que el actor con su actitud temeraria atenta contra la seguridad jurídica. Por lo anterior, solicitó al juez competente decidirla desfavorablemente y compulsar las copias respectivas ante las autoridades para investigar sus actuaciones.

La E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento no se pronunció. 5. Pruebas En el expediente obran las siguientes pruebas: - Poder amplio y suficiente otorgado a un abogada para que actúe en nombre y representación del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria (folio 1).

- Copia del documento por el cual la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento convoca a sus empleados a realizar las actualizaciones frente al Reten Social (folio 2).

- Copia del listado de las personas que son beneficiarias de la protección especial de Retén Social de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento – en liquidación (folios 3-10) - Copia del derecho de petición, del 28 de septiembre de 2007, presentado por el accionante, mediante el cual solicitó a la apoderada de la E.S.E. en liquidación, la protección especial establecida en las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, en concordancia con la Sentencia C-991 de octubre 12 de 2004, teniendo en cuenta que le faltaban menos de tres años para cumplir los requisitos de pensión de jubilación (folio10).

- Copia de respuesta al derecho de petición No.02580, en la cual se niega la protección requerida (folio 13 -14). - Copia del Oficio, del 3 de enero de 2008, por el cual se le comunicó al accionante que a través del Decreto 1992, de diciembre 31 de 2008, el Gobierno Nacional aprobó la modificación de la planta de personal de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento y suprimió el cargo de Profesional Universitario, que él venía ejerciendo (folio 15).

- Copia del Acta Individual de Reparto en la que consta que el accionante radicó, el 18 de abril de 2008, una primera acción de tutela, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá (folio16).

- Copia de la petición, del 22 de enero de 2009, en la cual el accionante solicita el reintegro al mismo cargo que ocupaba al momento de su desvinculación, así como las prestaciones sociales dejadas de percibir (folio 17-19).

- Copia de la respuesta a una petición, del 16 de octubre de 2007, donde la apoderada de la E.S.E. no accede a lo solicitado argumentando que el actor no se encuentra protegido por las normas del retén social como pre-pensionado (folio 20-21).

- Copia de la certificación emitida por el Sistema Nacional de Salud - Servicio Seccional del Vaupés, en la que consta que Carlos Ignacio Rivera Sanabria prestó sus servicios en cumplimiento de su año rural obligatorio en el Hospital San Antonio de Mitú entre el 22 de junio de 1981 y el 22 de junio de 1982 (folio 22).

- Copia de la certificación emitida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Vaupés en la que consta que Carlos Ignacio Rivera Sanabria se desempeñó en el cargo de Enfermero Jefe Coordinador del hospital San Antonio de Mitú, durante veinte (20) meses (folio 23).

- Copia de la Certificación No. 628 emitida por el Jefe de Personal de la Caja de Previsión Social de Bogotá, en la que consta el tiempo laborado por el accionante en la Clínica Fray Bartolomé de las Casas en calidad de Enfermero Jefe (folio 24-25).

- Copia de la certificación emitida por el Jefe del Departamento de Personal del Hospital San Juan de Dios en la que consta el tiempo laborado por el actor como Enfermero Jefe Nocturno en calidad de Servidor Público (folio26).

- Copia de la certificación emitida por el Jefe del Departamento de Enfermería del Hospital San Rafael de Tunja en la que consta el tiempo laborado por Carlos Rivera como Enfermero Licenciado (folio 27).

- Copia de la certificación emitida por el jefe del departamento de personal del Hospital San José en la que consta que el accionante laboró en dicha institución del 1° de marzo de 1985 al 3 de octubre de 1987, desempeñando el cargo de enfermero encargado (folio 28).

- Copia de la certificación emitida por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Seguro Social Seccional de Cundinamarca, en la que consta que desempeñó el cargo de enfermero (folio 29).

- Copia de la certificación emitida por la apoderada especial de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento – en liquidación, en la que consta que el accionante prestó sus servicio en dicha empresa desde el 26 de junio de 2003 hasta el 2 de enero de 2008, como empleado público y desempeñando las funciones de Profesional Universitario (folio30).

- Copia del Acta de Posesión No. 000174, en la que consta que Carlos Ignacio Rivera Sanabria, se posesionó el 18 de mayo de 1992 para desempeñar las funciones de enfermero, clase II, grado 20, en la Clínica San Pedro Claver (folio 31).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento del accionante, expedido por la Notaria Primera del Circuito de Bogotá (folio 32). - Copia de la Cédula de Ciudadanía del accionante (folio 33).

- Copia de la Declaración Extraproceso No. 701, de fecha 22 de enero de 2009, ante el Notario Sesenta del Círculo de Bogotá, en la que, bajo la gravedad de juramento, hizo constar que vive bajo el mismo techo y de forma permanente con su hijo Camilo Ernesto Rivera Palomino, estudiante universitario quien depende económicamente de él (folio 34).

- Copia de la Declaración Extrajuicio No.0297, de fecha 22 de enero de 2009, ante el Notario Sesenta del Círculo de Bogotá, en la que bajo la gravedad de juramento, hace constar que desde enero 26 de 2003, fecha en que la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento suprimió el cargo, se encuentra desempleado (35).

- Copias de recibos de matrículas por concepto de estudios tanto en colegios como en universidades (folios 36-37). - Copia del Registro Civil de Nacimiento expedido, el 20 de enero de 2009, por la Notaria 34 del Círculo de Bogotá, en la que consta que Adriana Carolina Rivera Palomino nació el 25 de octubre de 1993 y es hija del accionante (folio38).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento expedido, el 20 de enero de 2009, por la Notaria 34 del Círculo de Bogotá, en la que consta que Camilo Ernesto Rivera Palomino nació el 5 de enero de 1988 y es hijo del accionante (folio39).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento expedido, el 20 de enero de 2009, por la Notaria 34 del Círculo de Bogotá, en la que consta que Jaime Eliécer Rivera Palomino nació el 22 de junio de 1992 y es hijo del accionante (folio 40).

- Copia de la certificación emitida por Sección de Archivo y Registro Sindical de la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Protección Social en la que consta que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el I.S.S. y SINTRASEGURIDAD SOCIAL para la vigencia del 1 noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004, fue denunciada el 28 de octubre de 2004 y el 26 de abril de 2005, por los representantes legales del Instituto de Seguro Social (folio 42).

- Copia del Decreto 3202 de 2007 “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento y se ordena su liquidación” (folios 42-53).

- Copia del Decreto 4992 del 31 de diciembre 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” (folios 53-56) .

- Copia del Decreto 1522 del 9 de mayo de 2009 “Por el cual se aprueba la modificación de la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación” (folios 57-61) .

- Copia del Decreto 3057 del 20 de agosto de 2008 “Por el cual se prorroga el plazo de liquidación de la Empresa Social del Estado – E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación por seis meses más” (folios 62 – 63) .

- Copia del Decreto 532 del 24 de febrero de 2009, “Por el cual se prorroga el plazo de liquidación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación hasta el 25 de mayo de 2009” (folios 64 – 66) .

6. Pruebas recaudadas en el trámite de la revisión de la presente acción de tutela Mediante Auto del 30 de noviembre de 2009, el magistrado sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas en aras de verificar los hechos relevantes del proceso con el fin de un mejor proveer. En consecuencia, resolvió oficiar al Ministerio de la Protección Social, a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario FIDUAGRARIA S.A. y al señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria, para lo siguiente:

Al Ministerio de la Protección Social para que remita “copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001, entre el Instituto de Seguro Social ISS y Sintraseguridad Social”.

A la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario FIDUAGRARIA S.A., y al señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria para que remitan, con destino al proceso de la referencia, “copia de la Resolución mediante la cual se le reconoce al señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria, la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales y la indemnización compensatoria, expedida con ocasión de la supresión del cargo que ocupaba en la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación”.

Mediante oficio del 7 de diciembre de 2009, la doctora Magdalena Sabogal de Urrego apoderada especial de agente liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento informó que, de conformidad con lo ordenado en el Decreto 4241 del 30 de octubre de 2009, el proceso liquidatorio de la entidad demandada culminó el 6 de noviembre de 2009 por lo que, la extinta E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento no puede realizar ningún tipo de actividad. Además, indicó que los procesos de remanentes quedaron a cargo del patrimonio autónomo constituido con la Sociedad Fiduciaria Fiduprevisora S.A. Anexó dentro de sus documentos:

- Copia del Decreto Número 4241 del 30 de octubre de 2009, expedido por el Ministerio de la Protección Social, en el cual se decreta la prórroga, hasta el 6 de noviembre de 2009, del plazo dispuesto para la liquidación de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento (folios 46 al 48).

- Copia del acta final del proceso liquidatorio de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento (folios 49 al 51). Mediante oficio del 9 de diciembre de 2009, el señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria allegó al expediente de la referencia los siguientes documentos:

- Copia de la citación para notificarlo de la liquidación de su indemnización y prestaciones sociales definitivas (folio 54).
- Copia de la notificación, realizada el 27 de febrero de 2008, de la Resolución 242 del 11 de febrero del mismo año (folio 55).

- Copia de la Resolución No. 242 del 11 de febrero de 2008 “Por medio de la cual se establece el monto de liquidación de prestaciones sociales definitivas e indemnización de un servidor público de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento” .

En la mencionada resolución se le reconoció al señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria la suma de $2’316.871 por concepto de liquidación de prestaciones sociales definitivas y la suma de $83’954.967 por concepto de indemnización

(folios 56-58).

- Copia de la Resolución No. 6151 del 1 de octubre de 2009 “Mediante la cual se procede a efectuar un cruce de cuentas ordenado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y Reliquidación de Indemnización y Prestaciones Social Definitiva”, en la cual se estableció como liquidación de prestaciones sociales definitivas e indemnización la suma de $80’293.627; como cruce de cuentas y reliquidación de prestaciones sociales definitivas e indemnización la suma de $48’947.399 (folios 60-63).

- Convención Colectiva de Trabajo, la cual en su artículo 98 dispone “El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i)Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii)Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii)Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio (…)” (folios 85-159).

- Declaración extra proceso del 7 de diciembre de 2009, en la cual el accionante manifestó que “La Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento le suprimió el cargo de enfermero profesional, se encuentra desempleado” (folio 160).

- Certificación laboral del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria expedida por la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, el 20 de noviembre de 2008 (folio 180).

- Certificación laboral del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria expedida por ISS, el 9 de diciembre de 2008 (folio 181).
- Acumulados de nómina correspondiente a los años 2000 a 2008 (182-209).

Mediante oficio del 18 de diciembre de 2009, el Director Jurídico de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo, Fiduagraria, allegó a esta Corporación la copia de las Resoluciones 6151 de 1 de octubre de 2009 y 6307 de 30 de octubre de 2009, mediante las cuales se le reconoce al señor Carlos Ignacio Ribera Sanabria la liquidación definitiva de prestaciones sociales y la indemnización compensatoria.

- Copia de la Resolución No. 6151 “Mediante la cual se procede a efectuar un cruce de cuentas ordenado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y Reliquidación de Indemnización y Prestaciones Sociales Definitivas” y copia de la Resolución No. 6307 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Carlos Ignacio Rivera Sanabria con cédula de ciudadanía No.

7.213.018, contra la Resolución No. 6151 de 1 de octubre de 2009, por medio de la cual se procede a efectuar un cruce de cuentas ordenado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y Reliquidación de Indemnización y Prestaciones Sociales Definitivas”.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA 1. Decisión de Primera Instancia Mediante sentencia del 24 de marzo de 2009, el Juzgado Once Administrativo de Bogotá, concedió el amparo solicitado por el señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria.

Consideró que, en el presente caso, devinieron circunstancias nuevas surgidas después de la tutela inicial y que, en efecto, la jurisprudencia constitucional que sirvió de base para el pronunciamiento del Juez Once Penal del Circuito de

Bogotá ha cambiando sustancialmente. Al respecto, señaló que el criterio jurisprudencial inicialmente tomó como punto de partida para el conteo del régimen de transición para los prepensionados, el 24 de agosto de 2007, fecha en la cual, se inició el proceso de liquidación de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento. Sin embargo, ese criterio jurisprudencial ha variado, pues por principio de favorabilidad la Corte Constitucional ha tenido en cuenta el momento de la supresión del cargo para contabilizar los tres (3) años requeridos.

Por lo anterior, el juez de instancia consideró que de rechazarse la presente acción de tutela se estaría violando el derecho a la igualdad del accionante, por cuanto ha quedado claro que a través de la Sentencia T-089 de 2009, del 17 de febrero de 2009, la Corte decidió aplicar el factor de favorabilidad y proteger el derecho a la igualdad al concluir que los 3 años se empezaban a contar a partir del día de la supresión del cargo.

Así las cosas, y acatando el precedente judicial, decidió que el actor se encuentra incurso dentro de la protección especial del "Retén Social", toda vez que, a la fecha de la supresión del cargo, esto es, el 31 de diciembre de 2007, había laborado 18 años, 2 meses y 24 día y, además, contaba con 52 años de edad cumplidos, lo que quiere decir que le faltaban menos de tres años para cumplir los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación, señalados en el artículo 98 de la Convención Colectiva celebrada por el Instituto de Seguro Social y Sigraseguridad Social.

Por lo anterior, concedió el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenó a Fiduagraria S.A. el reintegro del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria al mismo cargo ocupado al momento de su desvinculación así como la cancelación de los salarios y de las prestaciones dejadas de percibir haciendo el respectivo cruce de cuentas con la indemnización recibida.

2. Impugnación. 2.1. E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento La Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA S.A., sociedad liquidadora de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, a través de apoderada, impugnó el fallo proferido por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante el cual decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Manifestó que dicho fallo desconoce lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 38, respecto de la "actuación temeraria", pues la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento informó que el señor Carlos Ignacio Rivera presentó ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, una solicitud de tutela con ocasión de los mismos hechos.

Así las cosas, sostuvo que resulta improcedente estudiar de fondo la presente acción de tutela, al considerar que dicha actitud temeraria atenta contra la seguridad jurídica.

Además, reiteró que la E.S.E. en liquidación no ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y seguridad social del accionante, en razón a que las decisiones adoptadas dentro el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, se ciñeron a lo ordenado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Ley 254 de 2000 y el Decreto 3202 de 2007, acogiendo las medidas necesarias para evitar cualquier situación que pudiera violar los derechos fundamentales de sus empleador.

Por otra parte, señaló que en los procesos de supresión de cargos en la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento en liquidación, se respetó la protección del "Retén Social" y se adoptaron las medidas necesarias tendientes a pagar integralmente las prestaciones sociales e indemnizaciones de los servidores públicos, cuyos cargos se suprimieron.

Sostuvo que la actuación adelantada por esta entidad ha sido ajustada a la Constitución y a las leyes que la desarrollan. Por lo anterior, solicita al juez de instancia que decida desfavorablemente la presente acción de tutela, y compulsar las copias respectivas ante las autoridades competentes para investigar la actuación del accionante.

3. Decisión de Segunda Instancia. La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, en sentencia del 29 de abril de 2009, revocó el fallo proferido por el a-quo .

Para ello, manifestó que en el presente caso, se encontró demostrada la coincidencia entre las partes, la causa petendi y el objeto de las acciones presentadas por el actor en las dos acciones de tutelas resultando así inviable el estudio de fondo de la presente solicitud de amparo, lo anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

Sostuvo que no es posible en esta instancia evaluar la justificación presentada por el actor para la presentación de la nueva acción de tutela, toda vez que la sentencia proferida por el Juez Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, se encuentra actualmente pendiente del trámite eventual de revisión ante la Corte Constitucional. Así las cosas, la Sala considera que en caso de que la primera acción de tutela no sea seleccionada para su revisión por la Corte, podrá el accionante presentar otra solicitando la aplicación de la nueva jurisprudencia donde la Corte haya tutelado los derechos en aquellos casos similares.

En consecuencia, no encontró razón que justifique la procedencia de la nueva acción presentada por el actor, por lo que revocó la decisión proferida y, en su lugar, denegó la protección de los derechos invocados.

III. CONSIDERACIONES 1. Competencia A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela 2.1. Legitimación activa El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona, por sí misma o por quién actúe en su nombre, a objeto de reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, el señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria actúa a través de apoderada, en defensa de sus derechos e intereses que estima conculcados, razón por la que se encuentra legitimado para promover la acción de tutela de la referencia.

2.2. Legitimación pasiva Como quiera que la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento y la Sociedad Fiduciaria del Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA S.A., son de naturaleza pública, de acuerdo con el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, en su condición de autoridades públicas, sindicadas de ser las responsables de las violaciones aducidas están legitimadas como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

3. Problema Jurídico Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento - en liquidación ha vulnerado los derechos fundamentales del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada, al no incluirlo en el “Retén Social”, en calidad de prepensionado, dentro del proceso de liquidación de la entidad demandada, con el argumento de que no cumplía con los requisitos para el efecto al momento de entrada en liquidación de la entidad.

Para el efecto, la Sala estudiará el problema jurídico planteado, no sin antes proceder a establecer si se configuró una actuación temeraria en la presente acción de tutela. Una vez superado este punto, estudiará la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral y, por último, abordará la materia relacionada con la protección constitucional que tienen las personas próximas a pensionarse, para luego resolver el caso concreto.

4. Existencia de una actuación temeraria en el ejercicio de esta acción de tutela Teniendo en cuenta que la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA S.A., sociedad liquidadora de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, afirma que en el presente caso existe una actuación temeraria en el ejercicio de la acción de tutela, por parte del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria, la Sala de Revisión deberá determinar si en realidad ella se configuró, por lo cual empezará por estudiar el punto.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 define la actuación temeraria y al respecto dispone que dicha actuación se tipifica cuando sin un motivo expresamente justificado, se presenta una misma acción de tutela por la misma persona o representante ante diferentes jueces.

En relación con la decisión que debe adoptarse respecto de aquellas acciones de tutelas que configuren una actuación temeraria, la norma establece que la consecuencia de su presentación es el rechazo, o su decisión desfavorable. En efecto el citado Decreto señala:

“Actuación temeraria. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas la solicitudes” La Corte ha tratado el tema de las actuaciones temerarias tanto en sede de control abstracto como de control concreto de constitucionalidad [4] .

En efecto, ha señalado que para que se configure una actuación temeraria en el ejercicio de una acción de tutela, es necesario que concurran los siguientes elementos:

- Identidad de partes, esto es, que las acciones sean presentadas por la misma parte accionada y contra el mismo sujeto; - Identidad de causa petendi, es decir, que la solicitud se fundamente en los mismo hechos;

- Identidad de objeto; lo que significa que la protección solicitada en las demandas sea la misma, o que con ellas se pretenda proteger el mismo derecho fundamental.

No obstante lo anterior, cuando el juez de tutela encuentre que en un caso concurren los anteriores elementos deberá, a su vez, verificar que no existe una causa razonable para hacer un nuevo uso de la acción. Al respecto, esta Corporación ha expresado:

“Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes, hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción en el caso de que efectivamente se presente la identidad. Ante un caso en el que se evidencia un posible desconocimiento del significado de las normas y en consecuencia un posible detrimento de los intereses de quien solicita el amparo, es deber del juez constatar no solo lo dicho por el accionante sino su significado. Lo contrario podría conducir a una injusta negación del acceso a la administración de justicia” [5] .

De tal manera que, cuando el juez de tutela encuentre una razón válida que dé lugar a la presentación de una nueva acción de tutela, a pesar de que concurran los elementos constitutivos de la actuación temeraria, no podrá declarar los efectos propios de dicha actuación.

A su vez, la Corte ha indicado que si el juez constitucional identifica en la nueva acción de tutela la presencia de nuevos elementos fácticos o jurídicos, o que al resolver la primera acción no se pronunció con respecto a la verdadera pretensión del accionante, ocasionando así la vulneración de sus derechos fundamentales, deberá, en estos casos, decidir de fondo. En este sentido se ha manifestado lo siguiente:

“Si bien el principal papel del juez de tutela es hacer efectivo el cumplimiento de los fallos de tutela, la Corte ha considerado que en los casos en que se presente una violación por un mismo concepto, cuando la violación se mantenga por otra u otras violaciones, el afectado podrá optar por insistir en el cumplimiento ante el juez competente o acudir nuevamente a la acción de tutela.

Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes, hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad.” [6] A su vez, en Sentencia T-1325 de 2005 se indicó que:

“La justificación para la interposición de una nueva demanda, se deriva de la ocurrencia de nuevas circunstancias fácticas o jurídicas, o del hecho que la jurisdicción constitucional al conocer de la primera acción no se pronunció sobre

la real pretensión del accionante.” [7] Con base en estas consideraciones, la Sala entrará a analizar si en el presente caso se configura o no una actuación temeraria en el ejercicio de la acción de tutela.

La Sala encuentra que la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA S.A., solicita que se decida desfavorablemente la presente solicitud de tutela con ocasión de la existencia de una actuación temeraria por parte del demandante, quien ya había promovido idéntica acción el 17 de abril de 2008 contra la misma entidad, decidida por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en segunda instancia. En esta primera acción el demandante solicitaba el reconocimiento de la protección del “Retén Social” en calidad de prepensionado, y como consecuencia de lo anterior, el reintegro al cargo que venía desempeñando, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento del retiro, hasta que se verifique el reintegro a la empresa sometida a liquidación.

En efecto, la citada acción de tutela fue remitida a esta Corporación por el juez de segunda instancia. El expediente fue identificado bajo el número de radicación T-2.013.332, proceso que, mediante Auto del 25 de septiembre de 2008, no fue seleccionado para revisión por la Sala Número 9 de 2008, por lo cual las decisiones que en él se tomaron hicieron tránsito a cosa juzgada.

Por su parte, la acción de tutela objeto de estudio se presentó el 5 de marzo de 2009 contra la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario -FIDUAGRARIA S.A., sociedad liquidadora de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, la cual fue decidida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá en primera instancia, y por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, en segunda instancia. En esta acción, el demandante solicita el reconocimiento de la protección del “Retén Social” en calidad de prepensionado, y como consecuencia de lo anterior, el reintegro en el cargo que venía desempeñando así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento del retiro hasta que se efectúe el reintegro a la empresa sometida a liquidación.

Por lo anterior, procederá la Sala a aplicar al caso concreto las reglas sobre la configuración de una actuación temeraria en el ejercicio de la acción de tutela, a objeto de corroborar o descartar dicha figura.

Al respecto, encuentra la Corte que las dos acciones de tutela presentan identidad de partes, pues en ellas el accionante es el mismo y FIDUAGRARIA S.A y la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento son las entidades accionadas. Además, existe identidad de objeto pues la solicitud del accionante es la misma, lo que significa que la protección solicitada no varía en la segunda acción de tutela, por cuanto se pretenden proteger los mismos derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, esta Sala encuentra que no se configura una actuación temeraria, toda vez que entre la primera y la segunda tutela no existe identidad de causa petendi, tal y como se procederá a explicar.

En efecto, el accionante solicita el reconocimiento del “Retén Social” en calidad de prepensionado, el cual no fue concedido, argumentando que al momento en que se suponía que acabaría el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento es decir, el 24 de agosto de 2008 [8] , al actor le faltaban más de 3 años para cumplir los requisitos y obtener el reconocimiento a su pensión de jubilación, por tal razón no había lugar al reconocimientos de la protección especial.

Por su parte, en la segunda tutela, el accionante solicita nuevamente el reconocimiento del “Retén Social”, sin embargo, entre la primera y la segunda acción de tutela se presentaron hechos nuevos que hicieron que la situación fáctica variara. En primer lugar, la jurisprudencia constitucional adopta un nuevo criterio, en virtud del cual, se señala que es desde el momento de la supresión del cargo que se empieza a contabilizar los 3 años requeridos para otorgar la calidad de prepensionado y obtener así la protección especial; y, en segundo lugar, a través de la expedición de los Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, Decreto 3057 del 20 de agosto de 2008, Decreto 532 del 24 de febrero de 2009, Decreto 1893 del 22 de mayo de 2009, Decreto 2748 del 24 de julio 2009, Decreto 3757 del 30 de septiembre del 2009 y Decreto 4241 del

30 de octubre de 2009, el Gobierno Nacional prorrogó el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, el cual culminó el 6 de noviembre de 2009.

Por lo anterior, para esta Corporación los hechos nuevos relacionados, tienen la entidad suficiente para modificar la situación fáctica que originó la primera acción de tutela.

En consecuencia, se observa que si bien las pretensiones presentadas en cada una de las acciones de tutela siguen siendo las mismas y que existe identidad de parte activa y pasiva, no se configura una actuación temeraria por parte del accionante toda vez que, los hechos relacionados en cada una de ellas varían sustancialmente lo que podría dar lugar al reconocimiento de la protección solicitada por el actor, lo cual será objeto de análisis por parte de esta Sala en la presente providencia.

De manera que la Corte descarta en este caso la configuración de una actuación temeraria 4. Procedencia de la acción de tutela frente a la solicitud de reintegro laboral. Reiteración de Jurisprudencia De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, diseñado para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos se amenacen o vulneren, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o excepcionalmente de los particulares. Esta acción, se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual quiere decir que, frente a un caso concreto, será procedente para la protección de derechos fundamentales, siempre que no exista un mecanismo de defensa judicial establecido para el efecto, o cuando existiendo, este no sea eficaz para obtener su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En reiterada jurisprudencia [9] la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, debido a que el conocimiento de dicho asunto le compete a los jueces especializados.

Al respecto, esta Corporación ha indicado que la acción de tutela no puede sustituir los recursos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico, debido a que se trata de un mecanismo constitucional creado para la protección de los derechos fundamentales [10] , sin embargo, se ha admitido, excepcionalmente, la procedencia de esta acción para solicitar los reintegros laborales. Así las cosas, si el juez constitucional observa que, de cara al caso concreto, el otro mecanismo de defensa ordinario no resulta eficaz para la protección efectiva de los derechos invocados, podrá en estos casos, admitir la procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, específicamente en los casos de tutelas interpuestas por las personas próximas a pensionarse, quienes solicitan que se ordene su inclusión en el “Retén Social”, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y procedente para adquirir la protección judicial toda vez que, garantiza al trabajador la posibilidad de reclamar su derecho pensional antes de que la entidad haya sido liquidada y poder obtener así el reintegro al cargo que desempeñaban, pues la calidad de prepensionado les confiere la potestad de permanecer en él hasta la liquidación definitiva de la empresa.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-009 de 2008 [11] , a través de la cual se decidió amparar los derechos de la accionante y ordenar su reintegro a la empresa ADPOSTAL en liquidación, señaló respecto a la procedencia de la acción de tutela en los casos de los prepensionados, que “(…) 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”.

En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Corporación en la SU – 388 de 2005, en el caso de Telecom en liquidación procedió a ordenar el reintegro de varias madres cabezas de familia en virtud de la protección del "Retén Social" que les fue reconocido, señaló en cuanto a la procedencia de la acción en estos casos, lo siguiente:

"En primer lugar la Corte considera que por tratarse de un proceso de liquidación cuya fecha límite es relativamente próxima (a más tardar el 12 de junio de 2007), la acción de tutela se proyecta como el mecanismo apropiado para asegurar un verdadero respeto de los derechos fundamentales. Al respecto, conviene recordar que en algunos casos el factor temporal cobra especial relevancia para determinar la procedencia de la tutela, como ocurre precisamente en los procesos liquidatorios de cercana culminación.

(…) En segundo lugar, la Corte considera que en tratándose de sujetos de especial protección, como las madres cabeza de familia, el derecho a la estabilidad laboral reforzada es susceptible de protección mediante tutela en procesos de reestructuración del Estado, precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales." Así las cosas, y teniendo en cuenta las circunstancias de las empresas que se encuentran sometidas a liquidación, esta Corporación sostiene que si los accionantes acuden ante la jurisdicción ordinaria, es muy probable que el fallo se produzca con posterioridad a la liquidación definitiva de la empresa demandada generándose así la vulneración de sus derechos fundamentales; la anterior consideración ha llevado a la Corte ha admitir la procedencia de la acción de tutela para estos casos.

5. Normas sobre "Retén Social" en materia de protección a personas próximas a pensionarse. Reiteración jurisprudencial La Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República", en su artículo 12 [12] , define a los sujetos prepensionados como aquellas personas a quienes para acceder a la pensión, le faltan 3 años o menos de edad y tiempo de servicios, contados a partir de la promulgación de la mencionada ley. La Ley 790 de 2002 fue promulgada el 27 de diciembre de 2002 es decir, que la vigencia del amparo a los prepensionados tenía esa fecha como límite.

A su vez, el Decreto 190 de 2003, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002", dispuso, en relación con el acceso al beneficio del retén social para los "prepensionados", en su artículo 1, numeral 1.5, lo siguiente:

"1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización o para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez." Con posterioridad, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario", la cual dispuso, en su artículo 8, literal D, que la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se aplicaría a los servidores públicos retirados del servicio con ocasión del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación. La anterior disposición, dejó sin efecto el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que establecía la vigencia del beneficio del Retén Social hasta el 27 de diciembre de 2005.

Al respecto, esta Corporación en Sentencia C-991 de 2004 [13] , decidió " DECLARAR INEXEQUIBLE el artículo 8, literal D. último inciso en el aparte que señala 'aplicarán hasta el 31 de enero de 2004'", al considerar que la limitación establecida por la Ley 790 de 2002 para la aplicación de la protección especial del "Retén Social" en los casos de las madres y padres cabeza de familia y para las personas discapacitadas, desconocía su calidad de sujetos de especial protección y generaba un retroceso en la garantía de sus derechos. Sobre el particular, sostuvo lo siguiente:

" (…) La modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad

o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de 'proteg[er](sic) especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.' (art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional." Consideró esta Corporación, que la limitación en el tiempo del beneficio constituía, a la luz de la Carta Política, un trato injustificado para quienes ostentaban dicha calidad debido a que el límite se estableció para las madres y padres cabezas de familia así como para las personas con alguna discapacidad y no para aquellos que estén próximos a pensionarse pues, para estos últimos, se debía garantizar la protección hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Sobre el particular estimó [14] : "7.2. No sucede lo mismo con el establecimiento de límites que implican un trato diferenciado a personas bajo supuestos de hecho con semejanzas relevantes. En este orden de cosas, la Sala observa que, además de generarse un retroceso en materia de protección laboral a personas en estado de debilidad manifiesta a través del artículo 8, literal D, último inciso, de la Ley 812, se creo un trato diferencial.

El trato diferencial consiste en la creación de una situación privilegiada para las personas próximas a pensionarse frente a las madres y padres cabeza de familia y las personas discapacitadas afectadas por la Reestructuración de la Administración. Lo anterior, puesto que a las primeras no se les limitó la protección brindada por la Ley 790, artículo 12, mientras que la segunda se les fijo un límite en el tiempo no establecido en la mencionada norma. Corresponde a la Sala analizar si tal trato diferencial constituye una discriminación prohibida a la luz del mandato de trato paritario derivado del artículo 13.

(…) La Sala observa que si bien materialmente se trata de sujetos con características diversas -en virtud de que una madre cabeza de familia no tiene las mismas calidades que un discapacitado o un sujeto próximo a pensionarse- jurídico-constitucionalmente están en igual posición, a saber, son sujetos con especial protección constitucional en virtud de su estado de debilidad manifiesta (art. 13 constitucional)." Así las cosas, la Corte indicó que en lo relacionado con la vigencia de la protección especial del "Retén Social" otorgada a las madres y padres cabeza de familia y a los discapacitados, no era aplicable el límite establecido por la Ley 812 de 2004 y que, en su lugar, aquélla se debía extender hasta tanto se mantuviera con vida jurídica y económica la empresa objeto de liquidación.

A su vez, en la Sentencia T-971 de 2006 [15] , a través de la cual se decidió otorgar la protección especial "Retén Social" a un padre cabeza de familia, la Corte Consideró que "(…) La protección otorgada a las madres y padres cabeza de familia en el caso de Telecom tuvo fundamento en que, no obstante que el proceso conllevara a la supresión de cargos, estas personas, en atención a su situación de debilidad manifiesta, no podían ser desvinculadas hasta que el proceso liquidatorio de la empresa terminara definitivamente. Con sujeción a lo anterior, por vía de tutela esta Corporación ordenó muchos reintegros de personas que a pesar de cumplir los requisitos habían sido despedidas." Siguiendo tal línea, indicó, en la misma providencia que , "si bien el amparo otorgado en el retén social no puede tener límites temporales arbitrarios, como el impuesto por la Ley 812 de 2003 y que por ende fue declarado inexequible, la protección solo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, lo cual presupone la existencia misma de la empresa. Es decir que las personas beneficiarias del retén social gozaban de una estabilidad reforzada mientras estuviese vigente el proceso liquidatorio de Telecom, pero una vez culminado éste y extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir".

En consecuencia, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que a través de la Ley 812 de 2003 el trato dado a los prepensionados correspondía a una medida desproporcionada en comparación con las mujeres y hombres cabeza de

familia así como de las personas discapacitadas a pesar de que todos han sido reconocidos como sujetos de especial protección en consideración a su debilidad manifiesta y por tal razón, debe ser garantizada la protección de sus derechos. Por lo anterior, esta Corporación concluyó que la vigencia de la protección del "Retén Social" se encuentra supeditada a la vigencia del Plan de Renovación de la Administración Pública otorgándole la protección especial a las madres y los padres cabezas de familias y a las personas discapacitadas hasta tanto se mantenga con vida jurídica y económica la empresa objeto de liquidación.

Así lo dispuso en la Sentencia T-646 de 2006 [16] en la que señaló que: "(…) Siguiendo entonces lo expuesto por esta Corporación, es claro que el término de vigencia de la estabilidad reforzada que surge del denominado retén social se amplió hasta el momento en que Telecom pierda definitivamente su personería jurídica luego de agotar todas las etapas procesales propias del trámite de liquidación (…)" Ahora bien, con respecto al momento a partir del cual se deben contabilizar los 3 años requeridos para que una persona pueda acceder a su derecho a la pensión y ser protegido por el "Retén Social" en calidad de prepensionado, la Corte ha sostenido, diferentes posiciones.

En efecto, en algunos pronunciamientos esbozó un primer criterio según el cual los tres años que le hagan falta un trabajador para consolidar su derecho a la pensión, se deben empezar a contar a partir de la fecha de liquidación o de reestructuración de la empresa. Sobre el particular esta Corporación sostuvo:

"Si bien, la Ley 812 en mención no derogó expresamente el término de vigencia del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en relación con los "prepensionados", sí dejó la duda consistente en cómo debía de entenderse dicha vigencia. Y, la Corte Constitucional ha encontrado que la interpretación que solventa la duda descrita, no puede ser aquella más gravosa para los derechos de seguridad social de los trabajadores de las entidades estatales en proceso de liquidación. Por ello, estableció que la contabilización de los tres (3) años a partir de los cuales una persona adquiere la calidad de "prepensionado" no parte de la vigencia de la Ley 790 de 2002, sino que se contabilizan a partir de la reestructuración efectiva de la correspondiente entidad de la administración pública, en virtud de la Ley 812 de 2003 (…) De conformidad con lo anterior y como quiera que está demostrado que la situación fáctica de los demandantes se subsume en el supuesto según el cual, les hace falta menos de tres (3) años en edad y tiempo de servicio, para pensionarse, contados a partir del inicio del proceso de liquidación de Adpostal [17] ." En el mismo sentido, en Sentencia T-009 de 2008 [18] , la Corte Constitucional señaló que la protección debe empezar a contarse a partir del momento en que se reestructura la entidad pública y debe permanecer mientras exista la entidad que ha sido objeto de liquidación. Al respecto indicó que:

"(…) Esto incluye, como ha quedado claro, la protección a las personas próximas a pensionarse. De conformidad con lo dicho, la Sala entiende que, para efectos de la aplicación de las normas correspondientes, se entiende que una persona próxima a pensionarse es aquella a la que le faltaren menos de 3 años para adquirir el derecho a pensionarse. Los 3 años deben empezar a contarse a partir de la fecha de reestructuración de la entidad, siempre y cuando la misma se haya reestructurado dentro del programa de renovación de la administración pública." Sobre el mismo tema esta Corporación, en reciente pronunciamiento, ha sostenido un segundo criterio, según el cual los tres años que le hagan falta a un trabajador para consolidar su derecho a la pensión, se deben empezar a contabilizar a partir de la fecha del acto que suprime el cargo o la terminación del contrato laboral.

En efecto, en la Sentencia T-1238 de 2008 se ordenó el reintegro de la accionante a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en consideración a que, al momento de la supresión del cargo, le hacían falta menos de tres años para consolidar su derecho a la pensión de jubilación, encontrándose así, dentro del plazo exigido por las normas del retén social para ser beneficiaria de la protección laboral en calidad de prepensionada. Así las cosas, se decidió que su desvinculación desconocía la protección laboral consagrada en la Ley 790 de 2002.

Esta segunda posición ha sido acogida por la Corte Constitucional en consideración a que se trata de una interpretación más favorable para la garantía de los derechos fundamentales de los prepensionados; así se señaló en la Sentencia T-089 de 2009 [19] , la cual indicó “La fecha exacta a partir de la cual se calcula si a una persona le faltan menos de 3 años para pensionarse, es aquella que realiza el mencionado cálculo desde la desvinculación efectiva del trabajador(a). Esto en razón a que dicha fecha en la mayoría de los casos es posterior a la de la expedición de la norma de que ordena el inicio del proceso liquidatorio”.

Por lo anterior, se concluye que la actual posición de la Corte Constitucional, en la que se decidió contar los tres años a partir del momento en que se suprime el cargo, fue adoptada por tratarse de una interpretación más favorable encaminada a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los prepensionados.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, esta Sala de Revisión entrará a resolver el caso sometido a su consideración. 8. Caso Concreto 8.1 Conforme con las pruebas que obran en el expediente, para la Sala de Revisión se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- El señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria estuvo vinculado, ejerciendo el cargo de enfermero, en diferentes entidades públicas dentro de las cuales se encuentra la Secretaría de Salud del Vaupés, el Hospital San Juan de Dios de Bogotá, el Hospital Universitario San Rafael de Tunja, la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, el Instituto de Seguro Social I.S.S. - E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento.

- El 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1750 “ Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado” .

- El accionante fue incorporado automáticamente y sin solución de continuidad en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento.

- Mediante Decreto No. 3202 de 2007 se decide suprimir la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento y se ordena su respectiva liquidación. - El tres (3) de enero de 2008 la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento le comunica al accionante que mediante Decreto No 4992, del 31 de diciembre de 2007, el Gobierno Nacional decidió modificar la planta de cargos de la empresa en liquidación y como consecuencia de lo anterior, se ordenó la cesación de las funciones propias de su cargo a partir de la fecha de comunicación.

- Al momento de su desvinculación efectiva el accionante tenía 18 años, 2 meses y 24 días de servicio, relacionados de la siguiente manera: Entidad Fecha de inicio Fecha de culminación Total de tiempo de servicio Servicio Seccional de Salud de Vaupés 22 de junio de 1981 Febrero de 1983 1 año y 8 meses Hospital San Juan de Dios 2 de septiembre de 1983 2 de octubre de 1983 3 de noviembre de 1983 5 de diciembre de 1984 4 de enero de 1984 4 de febrero de 1984 al 1 de octubre de 1983 al 31 de octubre de 1983 al 2 de diciembre de 1983 al 3 de enero de 1984 al 2 de febrero de 1984 al 4 de marzo de 1984 5 meses y 25 días Hospital San Rafael de Tunja 1 de octubre de 1984 31 de octubre de 1984 1 mes Caja de Previsión Social de Bogotá 30 de diciembre de 1986 4 de febrero 1987 19 de abril de 1988 26 de abril de 1988 29 de abril de 1988 11 días del mes de mayo de 1988 comprendidos así: 7,9,11,13,17,19,21,23,25,27 y 31 10 días del mes de junio de 1988 comprendidos así: 2,4,10,14,16,18,20,22,24 y 28.

10 días del mes de julio de 1988 comprendidos así: 2,4,6,8,12,16,18,26,28 y 30. 1 de agosto de 1988 3 días del mes de septiembre de 1988 comprendidos así: 2,22,y 24.

6 de octubre de 1988 El día 14 de octubre de 1988. 9 días del mes de diciembre de 1988 comprendidos así: 9,10,15,17,19,21,23,29 y 31. El día 24 de enero de 1989.

4 días del mes de enero de 1989 comprendidos así: 6,8,14 y 20. al 3 de febrerote 1987 al 10 de febrero de 1987 al 21 de abril de 1988 al 28 de abril de 1988 al 5 de mayo de 1988 al 31 de agosto de 1988 al 12 de octubre de 1988 4 meses 18

días Seguro Social – ESE Luís Carlos Galán Sarmiento 18 de mayo de 1992 3 de enero de 2008 15 años, 7 meses y 13 días Total 18 años, 2 meses y 26 días - Al momento de la supresión del cargo el accionante tenía 52 años, 3 meses y 16 días.

- Desde el momento en que suprimieron su cargo en la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento se encuentra desempleado. - Es padre de tres hijos y convive bajo el mismo el techo y de forma permanente con su hijo Camilo Ernesto Rivera Palomino.

8.2 Visto el caso concreto, esta Sala debe pronunciarse con relación a la procedibilidad de la presente acción de tutela. Tal y como quedó indicado en las consideraciones generales, la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral pues, para ello, existen mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que, excepcionalmente, procede esta acción para solicitar los reintegros laborales si se observa que, el mecanismo ordinario de defensa no resulta eficaz para obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales invocados como vulnerados.

Específicamente, en los casos de tutelas interpuestas por las personas próximas a pensionarse, quienes solicitan que se ordene su inclusión en el "Retén Social", esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela es procedente por tratarse de un mecanismo idóneo para adquirir la protección especial, toda vez que, garantiza al trabajador la posibilidad de reclamar su derecho pensional antes de que la entidad haya sido liquidada.

En el presente caso, la Sala reconoce que existen mecanismos ordinarios en la jurisdicción laboral, a través de los cuales, el accionante puede solicitar el reintegro al cargo que estaba desempeñando en la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir. Sin embargo, se advierte que la entidad accionada fue liquidada, el 6 de noviembre de 2009 y, en consecuencia, dejó de existir por lo que, no resultaría posible acceder a la pretensión de reintegro laboral.

Ahora bien, en la medida en que para la fecha de presentación de la acción de tutela, esto es el 5 de marzo de 2009, la entidad no había sido liquidada, y atendiendo a que, la garantía del "Retén Social" para los prepensionados está encaminada a que aquellos puedan consolidar su derecho a la pensión de jubilación, la Sala encuentra que, como en el presente caso lo que se está solicitando es el pago de unas cotizaciones al Sistema de Pensiones que debieron haberse efectuado durante la existencia del vínculo laboral, se advierte que, no obstante que, la entidad accionada dejo de existir jurídicamente, las razones que hacen que la acción de tutela sea procedente subsisten y, además, observa que los mecanismos ordinarios de defensa previstos para el efecto, no le prestan una protección eficaz de sus derechos fundamentales.

8.3 Dilucidado este punto, entra la Corte a resolver el problema jurídico planteado previamente. Al efecto, le corresponde a esta Sala establecer si la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario –FIDUAGRARIA S.A- vulneraron los derechos fundamentales del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada, al no incluirlo en el "Retén Social", en calidad de prepensionado, dentro del proceso de liquidación, con el argumento de que no cumplía con los requisitos para el efecto al momento de entrada en liquidación de la entidad.

Como quedó indicado en las consideraciones generales, las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 contemplan la protección especial del "Retén Social", entre otros, para las personas que ostenten la calidad de prepensionados es decir, para aquellos a quienes, desde la fecha de supresión de sus cargos, les falten 3 años o menos, de edad o tiempo de servicios para consolidar su derecho a una pensión. Tal protección, conforme con las normas en cita, es aplicable a los servidores públicos retirados de las entidades que se liquiden en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública de orden nacional.

Específicamente, en relación con el momento respecto del cual se deben contar los 3 años en los que una persona cumpliría con los requisitos para pensionarse, y ser beneficiaria de la protección especial del “Retén Social”, en calidad prepensionado, la jurisprudencia constitucional, inicialmente, indicó que éste debía coincidir con la fecha de entrada en liquidación de la entidad correspondiente.

Posteriormente, en aplicación de una interpretación favorable a los derechos fundamentales de los trabajadores, la Corte indicó que los 3 años en los que una persona debe cumplir con los requisitos de pensión, a efecto de considerársele prepensionado, y ser beneficiaria del “Retén Social”, deben contarse desde el momento de la desvinculación efectiva del trabajador. Regla, que será aplicada por la Sala a efecto de solucionar el problema planteado en la presente acción de tutela.

Ahora bien, la Convención Colectiva del Trabajo celebrada por el Instituto de Seguro Social ISS y Sigraseguridad Social, en su artículo 98, establece los requisitos que una persona debe cumplir para consolidar una pensión de jubilación. En efecto, dispone que tendrán derecho al reconocimiento de la prestación los trabajadores oficiales que cumplan 20 años de servicio continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 55 años, para el caso de los hombres, y 50 años si se trata de mujeres.

En el presente caso, observa la Sala que, el 24 de agosto de 2007 el Decreto 3202 ordenó la liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento. A su vez, el cargo del accionante fue suprimido el 3 de enero de 2008, conforme con la comunicación a él enviada, de la misma fecha.

En ese orden de ideas, se advierte que para el momento de supresión del cargo, el accionante tenía 52 años, 3 meses y 16 días de edad; y 18 años, 2 meses y 26 días, de tiempo de servicio. De conformidad con lo anterior, se deduce que, para el momento de su desvinculación efectiva, le faltaban menos de 3 años para cumplir, tanto el requisito de edad, como de tiempo de servicios para consolidar su pensión, según lo establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada por el Instituto de Seguro Social y Sigraseguridad Social. Por esa razón, para ese momento, conforme con la jurisprudencia constitucional, el accionante tenía la calidad de prepensionado, y era beneficiario de la protección especial del “Retén Social”.

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto No. 4141, del 30 de octubre de 2009, el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento culminó el 6 de noviembre de 2009. Al respecto, la Sala encuentra que desde el momento de su desvinculación efectiva hasta el momento en que se liquidó la entidad demandada transcurrió 1 año, 10 meses y 3 días, razón por la cual se concluye que, de haberse respetado la protección especial del “Retén Social” en el caso del accionante, él hubiera podido completar los 20 años de tiempo de servicios requeridos para consolidar el derecho a la pensión de jubilación.

En esa medida, se concluye que el accionante, al momento de supresión de su cargo, tenia la calidad de prepensionado y, por tanto, la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al desvincularlo sin tener en cuenta que era beneficiario de dicha protección, y a su vez, al negarse a incluirlo con posterioridad.

Por lo anterior, la Sala procederá a reconocer el derecho del accionante a la protección especial del “Retén Social”. Sin embargo, esta Corporación no podrá conceder la totalidad de sus pretensiones, como quiera que, la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento fue liquidada, lo que impide ordenar el reintegro al cargo que estaba ejerciendo en la entidad al momento de su desvinculación. No obstante, la Sala ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que reconozca los salarios y las prestaciones sociales, dejadas de percibir desde que se suprimió el cargo, 3 de enero de 2008, hasta el momento de la liquidación de la entidad accionada, 6 de noviembre de 2009. Adicionalmente, ordenará a la misma entidad que efectúe las cotizaciones del accionante al Sistema General de Pensiones, correspondientes al periodo

señalado, lo cual, le permitirá completar el tiempo de servicios para consolidar, al cumplimiento de la edad, su derecho a la pensión de jubilación.

Con relación a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARÍA S.A., la Sala considera que ella no vulneró los derechos fundamentales del señor Carlos Ignacio Rivas Sarmiento, como quiera que a ésta solo le correspondía la liquidación de la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, y no el reconocimiento de la protección especial del "Reten Social" de los trabajadores de dicha entidad.

Ahora bien, en la medida en que culminó el proceso liquidatorio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, la entidad encargada de cumplir las órdenes dictadas en esta providencia será el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como quiera que, por virtud del Decreto No.4171, del 29 de octubre de 2009, "Por el cual se asumen unas obligaciones y se dictan otras disposiciones" , le corresponde a esa entidad asumir el valor de las obligaciones laborales reconocidas insolutas a cargo de la Empresa Social del Estado Luís Carlos Galán Sarmiento, únicamente por concepto del valor de la normalización pensional aprobado por la entidad, las obligaciones laborales oportunas extemporáneas, las obligaciones laborales clasificadas en el pasivo cierto no reclamado y las clasificadas como gastos administrativos laborales por lo que, las ordenes que se profieran a través de esta providencia deberán ser acatadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por otra parte, de las pruebas recaudadas durante el trámite de la acción de tutela, la Sala pudo establecer que la entidad demandada reconoció a favor del accionante una suma de dinero por concepto de prestaciones e indemnización, la cual fue recibida por él mismo.

Así las cosas, la Corte ordenará a la entidad que efectúe, a modo de compensación, el cruce de cuentas entre el pago de aportes a pensión y salarios dejados de percibir con la indemnización por despido que en su momento fue recibida por el accionante y, además, que ofrezca mecanismos de pago no lesivos de sus derechos, en el caso de ser necesario, pues si bien en esta oportunidad no procede ordenar el reintegro, por las razones ya indicadas, el reconocimiento del tiempo faltante para que el trabajador complete el tiempo de su pensión jurídicamente constituye una medida equivalente y es bien conocida la circunstancia de que el reintegro y la indemnización por despido, en principio, son incompatibles, perspectiva bajo la cual esta última no se causaría, además, si se acepta que la relación laboral producto de la presente decisión jurídicamente finaliza por razón de tener derecho el trabajador a recibir efectivamente su pensión, también sería controvertible el derecho a recibir indemnización por razón del proceso liquidatorio, aspecto que podrá dilucidar ante los jueces ordinarios.

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo de tutela de segunda instancia que denegó el amparo solicitado. IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión 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: REVOCAR la sentencia proferida, el 29 de abril de 2009, por la Subsección B Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

TERCERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien asumió el pasivo pensional de la extinta E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, efectúe el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones del señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria, correspondientes al periodo comprendido entre el 3 de enero de 2008 y el 6 de noviembre de 2009.

QUINTO: ORDENAR al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien asumió el pasivo pensional de la extinta E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, reconozca los salarios y prestaciones dejadas de percibir por el señor Carlos Ignacio Rivera Sanabria, correspondientes al periodo comprendido entre el 3 de enero de 2008 y el 6 de noviembre de 2009. Para el efecto, la entidad, a modo de compensación, realizará el cruce de cuentas entre el pago de aportes a pensión y salarios dejados de percibir con la indemnización por despido que en su momento fue recibida por el accionante y, además, de ser necesario, ofrecerá mecanismos de pago no lesivo de los derechos del accionante.

QUINTO: líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado NILSON PINILLA PINILLA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Ver folio 33.

[2] Ver folios 13-14. [3] Ver folio 15. [4] Ver entre otras, Sentencias C-054 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-010 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-184 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

[5] Ver Sentencia T-919 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [6] Sentencia T-919 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra [7] Sentencia T-1325 de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto [8] Ver Decreto No.3202 del 27 de agosto de 2007.

[9] Ver entre otras, Sentencias T-768 del 25 de julio de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería y T-1239 del 11 de diciembre de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[10] Artículo 86 Constitución Política "(…) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)".

[11] Ver Sentencia T-009 del 17 de enero de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La accionante solicitaba el reintegro al cargo que estaba ejerciendo en ADPOSTAL en liquidación [12] Artículo 12 de la Ley 760 de 2002 : "Protección especial: De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en Desarrollo del Programa de Renovación de Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitaciones físicas, metal, 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." [13] Ver Sentencia C-991 de 12 de octubre de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[14] Sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [15] Ver Sentencia T-791 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil. [16] Sentencia T-646 del 8 de agosto de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[17] Ver Sentencia T-254 del 10 de marzo del 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [18] Sentencia T-009 del 17 de enero de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

[19] Sentencia T-089 del 17 de febrero de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 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.