Función Pública

Sentencia 623 de 2011 Corte Constitucional

Sentencia T-623/11

Sentencia T-623/11

Sentencia T-623 de 2011

Referencia: expediente T-2436096

Acción de tutela instaurada por José Rómulo Bastos Rugeles contra ICA.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011).

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, en la acción de tutela instaurada por José Rómulo Bastos Rugeles contra el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA-.

I. ANTECEDENTES

El pasado veintiuno (21) de julio de dos mil nueve (2009), el ciudadano José Rómulo Bastos Rugeles interpuso acción de tutela ante la oficia de reparto judicial de Bucaramanga, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, al trabajo y a la seguridad social, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por el Instituto Colombiano Agropecuario, en adelante ICA.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.-Indicó la parte actora que fue vinculado al ICA el 28 de diciembre de 2004 en el empleo de operario calificado 5300-11 en el grupo de Coordinación Administrativa y Financiera, hasta el día 23 de diciembre de 2008, sin que haya existido solución de continuidad –folio 1-.

2.- Con fecha 15 de agosto de 2008, el actor solicita efectuar revisión de su expediente administrativo con el objeto de establecer su calidad de prepensionado –folio 25-.

3.- Como respuesta a su oficio, el actor recibe memorando 2140 del 10 de noviembre de 2008, firmado por la Coordinadora de Talento Humano del ICA en donde se responde "usted se encuentra vinculado bajo la modalidad antes mencionada, pero teniendo en cuenta los documentos aportados como soporte a su solicitud, este despacho certificó con destino al Programa de Renovación de la Administración Pública, constancia de su calidad de funcionario provisional en vacante temporal, en condición de prepensionado" –trascripción hecha por el actor, que obra en folio 2-.

4.- El Gobierno Nacional, a través de los decretos 4765 y 4766 de 18 de diciembre de 2008, reestructuró y modificó la planta de personal del ICA, previendo el artículo 8Âº del último decreto citado que "los empleados públicos en condición de prepensionados, se mantendrán en la planta de cargos, mientras conserven la condición que les otorga el supuesto de hecho que generó el beneficio, y extinguida la condición del beneficiario por circunstancias sobrevivientes, los empleos que se señalan a continuación, se entenderán, automáticamente suprimidos" –trascripción del actor que figura a folio 3-.

5.- El día 23 de diciembre de 2008 el actor es desvinculado del ICA. La razón argüida fue que el actor ocupaba un cargo en provisionalidad; el titular del mismo, que tenía derechos de carrera, terminó un encargo y, por consiguiente, se reincorporaría a su puesto dentro del ICA Santander –folio 11-.

6.- El actor presentó derecho de petición al ICA el 2 de enero de 2009 en el cual, luego de manifestar que tiene la calidad de prepensionado y cuestionar la titularidad de quien ocuparía por derecho de carrera su antiguo cargo, solicita su reintegro al mismo cargo o uno de "mejor nominación" –folio 23-. NO se menciona si el ICA dio respuesta a dicho derecho de petición.

Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano José Romulo Bastos Rugeles reclama la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital móvil, al trabajo y a la seguridad social.

Solicita, además, se ordene al ICA ser reintegrado en un cargo igual o superior al que venía ocupando en dicha entidad y proceda a pagarles los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir mientras permaneció cesante –folio 6-.

Respuesta de la entidad demandada

El ICA, en escrito presentado por su apoderada, solicitó se declare improcedente la acción que ahora se resuelve.

De acuerdo con la accionada no se aprecia vulneración de derecho fundamental; el retiro del actor se debió a la reestructuración de la cual fue objeto el ICA; y existen otros medios de defensa judicial –folio 39 y 40-.

Explica la apoderada de la entidad accionada que el actor fue nombrado en el ICA por medio de resolución 3152 de 16 de diciembre de 2004, suscrita por el Dr. Juan Alcides Santaella Gutiérrez –actuando como Gerente del ICA. Afirma la entidad que en dicho acto administrativo se estableció que se trataba de un nombramiento provisional basado en el artículo 28 del Decreto 1950 de 1973.

Al momento de ser desvinculado, el actor estaba ocupando en provisionalidad un cargo que presentaba una vacancia temporal. Al momento de terminarse dicha vacancia temporal, el titular de carrera del cargo retornó al mismo, produciéndose el retiro del accionante –folio 42-. La razón por la que se termina el encargo del titular del cargo, señor Héctor Mora Rodríguez, es por la supresión del cargo que ejercía en encargo, también a raíz del proceso de reestructuración de la entidad.

En un fragmento de la respuesta de la entidad demandada se consignó: "[d]*e acuerdo con la explicación dada al analizar el caso particular del señor Bastos Rugeles, se debe reiterar que al quedar en firme la reestructuración de la entidad suceden dos situaciones: a) Técnico Administrativo 312415, ubicado en Bogotá en el despacho de la Subgerencia de Protección y Regulación Pecuaria, se suprime y termina el encargo del señor RODRÍGUEZ MORA. b) El cargo de Operario Calificado 416911, que ocupaba la accionante* (sic) *en provisionalidad, se reclasifica como AuxiliarAministrativo 4044-11 y se ubica en la ciudad de Bogotá para ser ocupado por su titular HECTOR RODRÍGUEZ MORA y se pierde para la Gerencia Seccional de Santander*" –folio 45-.

Así, el ICA concluye manifestando que el accionante se encontraba en un cargo vacante de manera temporal a través de la figura denominada "Nombramiento Provisional".

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, negó los derechos del accionante por considerar que no es la acción de tutela la vía judicial adecuada para resolver problemas laborales cuando de éstos no se desprende la ocurrencia de un perjuicio irremediable –folio 74-. De acuerdo con el fallo de primera instancia, en esta ocasión procedería la acción de reintegro.

Impugnación

El accionante controvirtió el fallo del a quo, por considerar que: i) su caso presenta un perjuicio irremediable; ii) que la figura del retén social no se aplica únicamente los empleados de carrera administrativa, sino a todos los trabajadores del Estado, incluso a los que ocupan cargos en provisionaldiad; iii) argumenta además que en Colombia es un "hecho notorio" el desempleo y la imposibilidad de que una persona de más de 54 años encuentre empleo –folio 82 y 83-.

Decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por las mismas razones del *a quo*, confirmó la sentencia de primera instancia –folios 5 a 16, cuaderno de segunda instancia-.

Pruebas relevantes en el expediente.

1. Cédula del actor –folio 9-

2. Carta del ICA donde informa de terminación del nombramiento provisional, por terminación del encargo en que se encontraba el titular de esa plaza –folio 11-.

3. Solicitud del actor para que sea incluido en el programa de protección social del ICA; así mismo, solicitud a efectos de establecer su calidad de prepensionado –folio 20-.

4. Derecho de petición dirigido al ICA, presentado el día 14 de enero de 2009 –folio 22 a 24-.

5. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por el ISS, en donde figura el número de semanas cotizadas y la fecha de cotización de las mismas entre los años 1977 y 2011 –folios 18 y 19, cuaderno de revisión de tutela-.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Problema jurídico

De acuerdo con la posición jurídica expuesta por el accionante, a él debe reconocérsele la protección especial prevista en el llamado *retén social,* en calidad de persona próxima a pensionarse.

En su respuesta el ICA sostuvo que el accionante ocupaba un cargo de carrera en situación de provisionalidad; que al terminarse el encargo que realizaba el titular, éste regresó a su puesto y que fue ésta la razón para que el actor de tutela –señor Bastos Rugeles- fuera separado del cargo que ocupaba en el Instituto; finalmente, sostuvo que, en todo caso, existen mecanismos ordinarios para resolver este tipo de controversias, de manera que la tutela no resulta procedente en estos casos.

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si en desarrollo del proceso de reestructuración del ICA se debió garantizar, y de ser así de qué forma, protección especial al señor Bastos Rugeles, en su calidad de prepensionado.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social; (ii) los programas de reestructuración de la administración pública y la aplicación del "*retén social*" en el caso de prepensionados; (iii) la aplicación del retén social a quienes ocupan cargos en situación de provisionalidad; y (iv) la solución al caso planteado.

i. La Procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social.

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

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

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

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

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

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

Vemos pues, como en el caso de personas beneficiarias de las disposiciones contenidas en la Ley 790 de 2002 es procedente la acción de tutela a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, ya sea ante la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa.

ii. Los programas de reestructuración de la administración pública y la aplicación del "*retén social*" en el caso de prepensionados.

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

Los anteriores procedimientos, desarrollados en virtud de la competencia constitucional señalada, acarrean la necesidad de tomar medidas tendientes a proteger los derechos, tanto de la comunidad, en calidad de destinataria final del cumplimiento de la función administrativa o del

servicio público, como de los trabajadores de las empresas que son objeto de restructuración, liquidación, supresión o demás procedimientos mencionados de manera precedente, a fin de cumplir con la función social del Estado colombiano.

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

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

"En posteriores oportunidades la Corte ha reafirmado la posibilidad de alterar las plantas de personal, pero dejó en claro que esas atribuciones de la administración están enmarcadas en el respeto de algunos criterios, en concreto, la observancia de los derechos fundamentales, teniendo presente que "*como regla general, los procesos de reestructuración deben procurar garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores*", y sólo cuando ello no es posible hay lugar al pago de la correspondiente indemnización."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

entre el año 2002 y 2005, cada vez el término para ser prepensionado, de acuerdo con esta interpretación, sería más breve.

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

Por esta razón la interpretación de la Corte Constitucional, tanto en sede de tutela, como en sede de control abstracto de constitucionalidad, ha sido la expresada en la sentencia C-795 de 2009, en donde se consagró:

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

Para luego afirmar:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, la Sala Plena, a partir de la lectura de los términos legales conforme a los principios constitucionales, determinó en qué consistiría la protección especial:

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

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

En relación con la situación específica de los prepensionados ha precisado en su más reciente jurisprudencia que la protección durará "*hasta*

cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se de el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero"."

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

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

Finalmente, cabe reiterar que las opiniones recogidas en esta sentencia de constitucionalidad, respecto de la protección debida a las personas próximas a pensionarse que se ven afectadas por procesos liquidatorios de las entidades donde laboran, ha sido reiterada en distintos casos de tutela resueltos en la Corte Constitucional, pues en su calidad de pronunciamiento de la Sala Plena de esta corporación se constituye en el lineamiento jurisprudencial a seguir por parte de las distintas Salas de Revisión al resolver casos análogos.

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

1. La protección se aplica a aquellos trabajadores a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirán acceder a la pensión de jubilación o de vejez.

2. Los tres años se deben contar a partir del inicio del proceso de liquidación.

3. La protección consiste en garantizar la estabilidad laboral del trabajador hasta tanto ocurra alguno de dos hechos:

i. Se cumplan los requisitos para acceder a la pensión.

ii. Se de fin al proceso liquidatorio de la entidad.

4. La protección especial debe aplicarse en acuerdo con el principio de igualdad –artículo 13 de la Constitución- y las disposiciones constitucionales que consagran y regulan el derecho a la seguridad social, pues son éstas las que determinan las normas a las que se encuentra sometido el legislador y la administración al decidir sobre la aplicación de esta protección.

iii. Aplicación del retén social a los servidores que ocupan cargos en provisionalidad –reiteración de jurisprudencia-

En este apartado la Sala reiterará que la distinción, para efectos de determinar los beneficiarios del retén social, entre quienes ocupan cargos de forma permanente y aquellos que están en provisionalidad, no tiene un fundamento constitucional que la avale y, por el contrario, vulnera los derechos a la igualdad, a la seguridad social en pensiones y, en ocasiones, al mínimo vital.

Al respecto, en la sentencia T-1239 de 2008, la Corte al estudiar el caso de una funcionaria del INCODER que no había sido incluida en la protección destinada a los prepensionados, entre otras cosas por el hecho de ocupar un cargo en situación de provisionalidad, concluyó:

"Por otra parte, dentro de los argumentos expuestos por el Incoder para justificar su actuación, se resalta el hecho de que la señora Elia María Negrete Genes ocupaba el cargo de profesional especializado en provisionalidad, situación que – a juicio de la entidad – no la hace merecedora de la estabilidad laboral reforzada debido a que dicho beneficio sólo se aplica a los funcionarios de carrera administrativa. Esta posición fue aceptada por el juez de primera instancia como fundamento para negar la protección de los derechos solicitados por la señora Negrete.

Esta interpretación restrictiva sobre los beneficiarios del retén social, en el sentido de diferenciar entre los que ocupen el cargo en propiedad o en provisionalidad y otorgar el beneficio a los primeros, es incompatible con la jurisprudencia constitucional la cual ha sido enfática al señalar que la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupen cargos de carrera administrativa en provisionalidad no se ve reducida por ese solo hecho."

En apoyo de su posición, en la providencia en mención se citó la sentencia T-800 de 1998, en la que se estableció:

"la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello"

De este modo se concluyó en la mencionada providencia:

"Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Sala que las normas del retén social que se aplicaron a favor de los trabajadores que demostraron la condición de madre o padre cabeza de familia y de discapacitados debieron aplicarse también a los funcionarios con la calidad de prepensionados, como es el caso de la peticionaria, *sin que fuera relevante la naturaleza del nombramiento en el cargo a suprimir*."

Con base en estos argumentos, la Sala reitera el principio de decisión aplicado en casos anteriores, en el sentido de considerar irrelevante para efectos de reconocer la protección del retén social, -y en razón del caso resuelto- específicamente en calidad de prepensionado, la situación de provisionalidad en que se ocupa un cargo en la administración pública. La consideración de este aspecto llevaría a resultados contrarios a los principios de igualdad y estado social, que podrían vulnerar derechos fundamentales de igualdad, seguridad social en pensiones y mínimo vital.

Las anteriores consideraciones generales conducirán a la Sala a dar respuesta al asunto en cuestión.

Solución

En esta ocasión resuelve la Sala el caso del señor José Rómulo Bastos Rugeles, quien fue despedido del ICA en diciembre 23 de 2008. De acuerdo con el señor Bastos Rugeles dicho despido fue contrario a sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, por cuanto para ese momento el cumplía los requisitos para ser considerado como prepensionado y, por consiguiente, para que le fueran reconocidos los beneficios de estabilidad laboral reforzada derivados del retén social.

El problema jurídico que resuelve la Sala consiste en determinar si el accionante disfrutaba de estabilidad laboral reforzada al momento de su despido y, por consiguiente, si el mismo carece de efectos por haberse desconocido dicha protección.

El primer elemento de juicio a considerar es si la protección del retén social en categoría de prepensionado es predicable de los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad.

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

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

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

Aclara la Sala que esto no implica que la estabilidad de un cargo que se ocupa en provisionalidad sea idéntica o asimilable a la de un cargo de carrera que se ocupa con base en un concurso de méritos. Eventos como la provisión del cargo por concurso o el retorno del titular del cargo son motivos legítimos para que al servidor que ocupa un cargo en provisionalidad sea separado del mismo. De manera que, el argumento que ahora se resalta consiste, específicamente, en que para efectos de inclusión en el retén social, el motivo por el que se ocupa un cargo de carrera no resulta un factor diferencial legítimo en nuestro ordenamiento constitucional.

Por esta razón, en el presente caso debe entrar a estudiarse si por las condiciones personales del accionante le era aplicable la protección solicitada, pues la situación en que se encontraba ocupando el cargo no obsta para que le sea aplicable el retén social.

Como se explicó anteriormente, para considerarse incluido en la categoría de prepensionado el servidor público debe cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez dentro del lapso de tres años, contado éste desde el momento en que se expide el decreto de reestucturación o liquidación de la entidad. De manera que, con miras a resolver el siguiente caso, debe establecerse cuales eran los requisitos que debía cumplir el señor Bastos Rugeles para acceder a dicha prestación.

En primer lugar, debe concluirse que el accionante es beneficiario del régimen de transición establecido por la ley 100 de 1993. En efecto, figura en el expediente copia del "reporte de semanas cotizadas en pensiones", expedida por el Instituto de Seguros Sociales el 09 de agosto de 2011 –folios 18 y 19, cuaderno de revisión de tutela-, en el que consta que a 30 de junio de 1992 el actor había cotizado 803.72 semanas. Siendo 15 años –equivalentes a 750 semanas de cotización en el ISS- la exigencia del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para hacer parte del régimen de transición, se concluye que el actor se encuentra dentro de los beneficiarios de dicho régimen y, por consiguiente, en materia de requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez le es aplicable el régimen jurídico que lo cobijaba antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

En cuanto las cotizaciones por este tiempo fueron hechas al ISS, como correspondía a su calidad de empleado del Banco de Bogotá -institución de carácter privado-, la regulación jurídica aplicable para efectos de establecer los requisitos para acceder a la pensión de jubilación es el Decreto 758 de 1998, que incorporó el acuerdo 049 de febrero 1 de 1990 emanado por el Consejo nacional de Seguros Sociales Obligatorios, y que en su artículo 1Âº consagra:

"ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE.

Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;

b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,

c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él."

Al actor no estar en ninguna de las categorías de sujetos excluidos de este régimen, previstas en el artículo 2Âº del mencionado acuerdo, le son aplicables las reglas en éste contenidas.

Los requisitos para acceder a pensión de vejez en este régimen fueron previstos en el artículo 12, que estableció:

"CAPITULO III.

PRESTACIONES DEL RIESGO DE VEJEZ.

ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo." –negrilla ausente en texto original-

De esta forma es claro que el señor Bastos Rugeles debe tener 60 años o más y quinientas o mil semanas cotizadas, según sea su situación.

Al momento de ser separado de su cargo, 23 de diciembre de 2008, el actor contaba con 53 años, seis meses y un día de edad, lo que lleva a concluir que le faltaban algo más de seis (6) años para cumplir la edad exigida por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, incorporado en el decreto 758 del mismo año, normatividad a él aplicable. Por consiguiente, el actor no cumplía los requisitos para ser considerado *prepensionado*, pues no hubiese tenido la edad requerida para acceder a la pensión de vejez dentro de los tres años siguientes al inicio de la reestructuración del ICA.

Al concluirse con base en fundamentos totalmente objetivos que el actor no cumplía los requisitos para ser considerado como prepensionado, se torna irrelevante el estudio sobre un posible desconocimiento del retén social con ocasión de su despido por parte del ICA.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia del 15 de septiembre de 2009, por cuanto el señor José Rómulo Bastos Rugeles no cumple con los requisitos para ser beneficiario del retén social en condición de prepensionado.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General