Función Pública

Sentencia 009 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA T-009/08

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para reintegro laboral/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia excepcional para reintegro laboral cuando se verifica la existencia de un perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

DERECHOS ADQUIRIDOS-Concepto

DERECHOS ADQUIRIDOS Y MERAS EXPECTATIVAS-Diferencias

ACCION DE TUTELA Y PROTECCION A PREPENSIONADOS

LEY 790 DE 2002-Creó un límite de estabilidad laboral para madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados

LEY 790 DE 2002-Creó a favor de los prepensionados un régimen de transición para evitar su desvinculación debido a la proximidad de la adquisición del derecho

Puede afirmarse que las personas próximas a pensionarse adquirieron, en los términos de la Ley 790 de 2002, un derecho de estabilidad laboral que les permitió permanecer en el cargo hasta el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, si ese hecho –el de cumplir con los requisitos para pensionarse- ocurría dentro de los tres años siguientes a la fecha de promulgación de la ley. Esta Sala considera que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó, a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho. Así, mediante el artículo citado, el legislador garantizó la preservación de un derecho en vías de adquisición, no de una mera expectativa, pues las personas que en menos de tres años adquirirían el derecho a pensionarse configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

LEY 812 DE 2003-No fijó límite de estabilidad laboral para prepensionados
LEY 812 DE 2003-Vulneró el principio de igualdad al excluir de los beneficios del retén social a las madres cabeza de familia y a los discapacitados e incluir solo a los prepensionados/CORTE CONSTITUCIONAL-Inexequibilidad del límite temporal establecido en la ley 812 de 2003 por constituir un retroceso en lo estipulado por la ley 790 de 2002 y violar también el principio de igualdad

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-991 de 2004 declaró la inexequibilidad del límite temporal establecido en la Ley 812, por considerar, en primer lugar, que constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002; así como violatorio del principio de igualdad, pues para la protección a las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal. La Corte considera que el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003 configuró una omisión legislativa al quebrantar el principio de igualdad al disponer que los beneficios contemplados en el título II de la Ley 790 de 2002 cobijarían únicamente a los empleados que se encuentren próximos a recibir la pensión de vejez o jubilación, excluyendo sin fundamento constitucional alguno a las madres cabeza de familia y a los discapacitados que gozan igualmente de una protección constitucional reforzada debido al alto grado de vulnerabilidad en que se encuentran. De acuerdo con la anterior jurisprudencia, se tiene que el legislador al excluir de los beneficios del "retén social" a las madres cabeza de familia y a los discapacitados y, al mismo tiempo, favorecer a los empleados próximos a pensionarse actúo por fuera de los mandatos impuestos por la Constitución, por una clara violación, del principio de igualdad

ACCION DE TUTELA-Diferencias en la interpretación respecto a partir de cuándo debe contabilizarse el término de tres años conferido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002

LIQUIDACION DE ADPOSTAL-Se realizó en el marco de renovación de la administración pública y le son aplicables las reglas establecidas para el retén social

CORTE CONSTITUCIONAL-Contabilización de los tres años conferidos por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 deberán contarse a partir de la fecha de reestructuración de la entidad dentro del programa de renovación de la administración pública

La Corte encuentra que la liquidación de ADPOSTAL es una medida que se tomó en el contexto del programa de renovación de la administración pública, y por lo tanto las reglas establecidas para el retén social le son aplicables a la empresa en su proceso de liquidación". Esto incluye 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.

PRINCIPIO PRO HOMINE-Concepto/PRINCIPIO PRO HOMINE-Aplicación

En este caso, la interpretación acogida persigue la realización del principio pro homine que impone la adopción de la decisión que más se compadezca con la garantía de los derechos fundamentales. En este caso es claro que desvincular a la peticionaria faltándole algo más de un año para pensionarse, después que la misma trabajó más de 20 años al servicio de la entidad, resulta una medida que afecta prima facie el derecho al respeto de las expectativas próximas a consolidarse, y, de contera, de los derechos derivados de recibir una pensión. En el caso concreto, es claro que la peticionaria necesitaba algo más de un año para adquirir el derecho pensional establecido en la convención colectiva, por lo que, en su caso, le eran aplicables las normas del retén social y, por tanto, no podía ser desvinculada de la entidad, todavía más cuando la convención colectiva se encontraba vigente.

REINTEGRO A ADPOSTAL-Pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, adelantando los cruces de cuentas con la liquidación recibida

Referencia: expediente T-1.612.731

Peticionaria: Rosa Elvira Pachón Rojas

Procedencia: Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C. diecisiete (17) de enero de dos mil ocho (2008)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, ha proferido esta

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de tutela iniciado por Rosa Elvira Pachón Rojas en contra de la Administración Postal Nacional –ADPOSTAL- en liquidación.

I. ANTECEDENTES

Los hechos relevantes de la demanda se exponen del siguiente modo:

1. Hechos de la demanda

a. La demandante sostiene que mediante Decreto 2124 de 1992, Adpostal fue convertida en Empresa Industrial y Comercial del Estado.

b. Que a partir de la fecha, los empleados públicos de carrera administrativa quedaron vinculados a la nueva entidad en calidad de trabajadores oficiales, rigiéndose en consecuencia por lo pactado en las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre Sintrapostal y Adpostal.

c. Que la Ley 790 de 2002 creó el retén social, en virtud del cual las empresas en liquidación no podían desvincular a las personas que al momento de la expedición de la ley les faltaren 3 años para adquirir el derecho a la pensión.

d. Que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-991 de 2003, declaró inexequible la norma que limitaba en el tiempo la protección conferida por el retén social, lo cual produjo que las personas protegidas por el mismo no podrían ser desvinculadas sino hasta el final del proceso liquidatorio.

e. Que la cláusula 38 de la actual convención colectiva dispone que Adpostal continuará aplicando el régimen pensional de la Ley 28 de 1943 respetando el derecho a adquirir la pensión a los 50 años de edad, con 20 años de servicios, o a los 25 años de servicios con cualquier edad.-

f. Que el suyo es un derecho adquirido, protegido constitucionalmente.

g. La tutelante afirma que ingresó a trabajar a Adpostal el 4 de marzo de 1983 y que mediante Decreto 2853 de 2006 el Gobierno decretó supresión y liquidación de la empresa.

h. Que el artículo 2º del decreto en mención dispuso que el término de liquidación sería de dos años, prorrogables justificadamente por un término igual.

i. Que los artículos 9º y 10º del mismo decreto ordenaron la supresión de cargos y la terminación de los contratos de trabajo.

j. Que mediante comunicado del 6 de octubre de 2006, el gerente liquidador puso en conocimiento de las entidades, organismos y servidores el estudio técnico relativo a los cargos que podían suprimirse y de las personas que se beneficiarían de las normas protectoras del retén social, de

conformidad con lo dispuesto en la Ley 790 de 2002.

k. Que el informe no aceptó la protección de la Ley 790 respecto de los 61 prepensionados de Adpostal.

l. Que en su calidad de prepensionada de Adpostal, solicitó al gerente liquidador la inclusión en las normas del retén social, pero mediante escrito del 26 de octubre de 2006, el funcionario liquidador no dio respuesta de fondo a su solicitud de no ser desvinculada de la nómina de la entidad.

m. Nuevamente, en escrito del 27 de noviembre de 2006, la demandante reiteró su petición, solicitud que fue resuelta en oficio del 12 de diciembre de 2006 con decisión que reitera la posición anterior.

n. Asegura que mediante Decreto 4597 de 2006 el Gobierno ordenó suprimir algunos cargos de Adpostal y en oficio de 3 de enero de 2007 se le informa la terminación del contrato laboral, por la citada supresión del cargo.

2. Peticiones
La accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y que se ordene, como mecanismo transitorio, el reintegro inmediato al cargo que ostentaba, sin solución de continuidad, la inclusión en nómina, hasta que finalice el proceso de liquidación, y el pago de los salarios dejados de percibir.

3. Razones jurídicas de la pretensión
La demandante asegura que los únicos ingresos que recibía eran los provenientes de su trabajo en Adpostal. Agrega que la supresión del cargo y la terminación de su contrato laboral es violatoria de sus derechos fundamentales, de la Ley 790 de 2002, de la Ley 812 de 2003, de la Convención Colectiva de trabajo, con vigencia hasta el 30 de junio de 2008 y desconoce sentencias de la Corte Constitucional en la materia.

En efecto, asegura que el tiempo que le faltaba para pensionarse era de catorce (14) meses y siete (7) días, por lo que se entendía incluida en el grupo de protección especial del retén social, previsto en la Ley 790 de 2002, dado que el aparte que limitaba en el tiempo la vigencia de dicho retén fue encontrado inexequible por la Corte en la Sentencia C-991 de 2004.

A su juicio, los tres años que deben tenerse en cuenta como lapso de protección de los prepensionados deben comenzar a contarse a partir de la fecha en que se decreta la liquidación de la empresa y no como lo interpreta el gerente liquidador. A juicio de la tutelante, la protección debe durar mientras culmina el proceso de liquidación de la respectiva empresa. Del mismo modo, sostiene que la Convención Colectiva regía para las partes y protegía su derecho a pensionarse prontamente.

-Ampliación de la demanda

En diligencia de recepción de testimonio, que tuvo lugar el 13 de febrero de 2007, la peticionaria agregó a las consideraciones de la demanda que tiene 44 años, vive sola, en casa propia, es técnica profesional en administración industrial, universitaria y sin hijos. Aseguró que no hizo reclamación alguna de pagos al salir de Adpostal y que sus gastos son los de manutención, porque la casa ya está libre. Aseguró que no tiene deudas con bancos ni entidades financieras y que su única deuda son los gastos con la cooperativa, que ascienden a $22.000 pesos y el servicio de salud de su hermana, que suma $58.150. También afirma que Adpostal le anunció que le enviaría una indemnización, pero no sabe de cuánto.
4. Contestación de la demanda

En memorial del 5 de febrero de 2007, la abogada Martha Lucy Cubillos Soto, en representación de Fiduprevisora S.A., sociedad encargada de la liquidación de Adpostal, dio respuesta a la demanda y aseguró que la tutelante no había sido incluida en el programa especial de protección de la ley 790 de 2002, denominado retén social, por cuanto el mismo tuvo vigencia hasta 27 de diciembre de 2005, según lo prescribe la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003.

Sostiene que las sentencias SU-388 y SU-389 de 2005 hacen referencia a la ampliación en el tiempo del retén social para las madres cabeza de familia y otros beneficiarios, pero no para los pensionados, razón por la cual el decreto de liquidación de Adpostal no los incluyó entre dichas previsiones.

De cualquier manera, señala que las normas de la convención colectiva de trabajo siguen vigentes para las personas prepensionadas hasta que se termine el proceso liquidatorio, lo que significa que el trabajador oficial que adquiera el status de pensionado se mantendrá en el cargo hasta que sea incluido en nómina de pensionados. Al respecto sostiene que la normativa legal, artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, definen al prepesionado como aquél al que le faltan 3 años para adquirir el derecho, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002. Ese lapso se cumplió el 27 de diciembre de 2005.

Indica que la norma que fue declarada inexequible por la Corte, que limitaba la vigencia del retén social hasta el 31 de enero de 2004, no incluía a los próximos a pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo cual significa que las exigencias relativas al estatus de pensionado serían verificables hasta el 27 de diciembre de 2005. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-389 de 2005, se limitó a señalar que el retén social protegía a los empleados próximos a pensionarse, pero en los términos del artículo 12 de la ley 790 de 2002. Por esa razón, el decreto de supresión y liquidación de Adpostal no incluyó a los prepensionados como sujetos de derecho al plan de protección especial, pues el término de gracia había fenecido el 27 de diciembre de 2005.

Adicionalmente, el demandado asegura que la tutela en el caso concreto es improcedente, como consecuencia de la existencia de otros

mecanismos de defensa judicial, y porque el asunto es de competencia de los jueces laborales y no del juez de tutela.

5. Sentencia de primera instancia
En providencia del 13 de febrero de 2007, el Juzgado Trece de Familia de Bogotá decidió conceder el amparo de tutela. A su juicio, la protección del régimen especial de la Ley 790 de 2002, conocida como retén social, no tiene límite de tiempo, por lo que la accionante puede ser incluida en el grupo de personas que al momento de ser liquidada la empresa requerían menos de 3 años para adquirir el derecho a pensionarse.

Según el despacho, la vigencia de las normas de protección para los pensionados operaba tres años después de entrada en vigencia de la Ley 790, pero ello debe entenderse para los procesos de liquidación de empresas que ya estaban en curso. Dado que el proceso de reestructuración de la administración pública no ha terminado, los 3 años a que hace alusión la disposición legal deben empezar a contarse a partir de la fecha en que se ordene la supresión y liquidación de la entidad pública. Ello implica que los tres años de gracia para los trabajadores prepensionados que no podían ser desvinculados en el proceso de reestructuración debían contarse a partir de la fecha en que se ordenó la supresión de Adpostal, razón suficiente para considerar que la tutelante tenía que recibir ese beneficio.

Respecto de la indemnización que pretende recibir la demandante, considera que la misma no debe restituirse a Adpostal, sino que deben ordenarse las compensaciones correspondientes.

El juez de primera instancia ordena reintegrar a la peticionaria y ordena pagarle los salarios dejados de percibir, hasta que termine el proceso de liquidación de Adpostal o hasta que se le reconozca la pensión.

6. Impugnación

Adpostal impugnó la sentencia mediante memorial del 20 de febrero de 2007. Para Adpostal, llama la atención que el fallo de instancia haya sido copia casi textual del pronunciamiento de otro juez de tutela que resolvió un caso similar contra la misma entidad. Extraña así mismo que el fallo haya ido en contra de una orden expresa y clara según la cual, los prepensionados son aquellos trabajadores que para cumplir los requisitos de pensión requirieren menos de 3 años contados a partir de la promulgación de la ley. En este sentido, el fallo se apoya en un plazo inexistente.

En cuanto a la improcedencia de la tutela, Adpostal considera que la competencia para resolver el conflicto suscitado reside en el juez laboral, al que debe acudir la demandante para ventilar sus pretensiones.

7. Sentencia de segunda instancia

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 27 de marzo de 2007, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, denegó el amparo requerido.

De acuerdo con la providencia, en el caso concreto no se está frente a un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio, pues no se requieren medidas urgentes para la protección de los derechos fundamentales. Ello porque, justamente con la terminación del proceso, la demandante recibirá las prestaciones sociales y la indemnización correspondiente, lo que hace presumir que su mínimo vital no se encuentra amenazado.

8. Pruebas recaudadas por la Sala de Revisión
Mediante auto del 24 de agosto de 2007, la Sala de Revisión decretó la práctica de algunas pruebas, tendientes a determinar las condiciones en que fue desvinculada la peticionaria.

En la providencia, la Corte solicitó a Adpostal la siguiente información:

1) Si ya pagó a la peticionaria Rosa Elvira Pachón Rojas el dinero correspondiente a la indemnización por supresión del cargo que aquella venía ejerciendo. Si no lo ha hecho, informe cuál es la razón.

2) Cuál es el monto de la indemnización que debe recibir Rosa Elvira Pachón Rojas.

3) Cuáles son los factores que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la correspondiente indemnización.

4) Cuál es el fundamento legal para el otorgamiento y cálculo de la indemnización, si la ley o la convención.

5) Si para el cálculo de la indemnización se tuvieron en cuenta los aportes que le faltaba hacer a la peticionaria para adquirir el derecho a la pensión.

6) Si ya pagó a la peticionaria la liquidación por concepto de la terminación del contrato de trabajo.

7) Exactamente, cuánto tiempo le faltaba a la peticionaria para cumplir con los requisitos de pensión establecidos en la convención colectiva suscrita con la entidad.

8) Cuál es el criterio escogido para determinar que un trabajador es prepensionado.

9) Cuáles fueron los criterios y el fundamento jurídico para que Adpostal haya establecido el retén social en su proceso de liquidación,

únicamente respecto de madres y padres cabeza de familia y personas discapacitadas, pero no de prepensionados.

En respuesta a la solicitud de la providencia, Adpostal respondió lo siguiente:

1) Que Adpostal no está autorizada para modificar o ampliar el término del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que establece la prohibición de retiro a los servidores públicos que cumplan con los requisitos de la pensión dentro de los tres años siguientes a la promulgación de la ley.

2) Que la entidad pública, respetuosa de dicho artículo y de la Sentencia C-991 de 2004, que declaró inexequible el último inciso del artículo 8º de la Ley 812 de 2003, que establecía la expiración del retén social el 21 de enero de 2004, determinó aplicar la protección a las madres cabeza de familia y a personas con limitaciones físicas.

3) Que estas premisas han orientado la decisión de la entidad de no extender los beneficios del retén social a los prepensionados.

4) Que por mandato legal, ni por jurisprudencia, se ha dispuesto que el término de 3 años contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002 deba empezar a contarse a partir de la iniciación del proceso de liquidación de la entidad y en todo caso se cumpliría para las pensiones legales y no convencionales.

5) En cuanto a la indemnización, sostiene que los recursos de la que está destinada a ser entregada a la peticionaria ya fueron asignados, a partir de julio de 2007, para que ésta los reclame.

6) Que la peticionaria recibiría, luego de descuentos, la suma de $54’044.664 por concepto de indemnización, pero en dicho cálculo no se tuvieron en cuenta los aportes que le faltaban a la demandante para adquirir el derecho a la pensión, pues se refiere a un tiempo que no ha sido laborado aún.

7) Que la liquidación del contrato de trabajo está incluida en los dineros que fueron girados a nombre de la peticionaria y que ésta puede reclamar en cualquier momento, a partir de julio de 2007.

8) Informó que al momento de ser desvinculada de la entidad, a la demandante le faltaba 1 año, dos meses y 6 días para adquirir el derecho a la pensión convencional. Al respecto, reafirma que la condición de prepensionado no fue tenida en cuenta para efectos de la protección conferida en el proceso de liquidación de la empresa, porque la protección legal regía hasta el 27 de diciembre de 2005, 3 años después de promulgada la Ley 790 de 2002, momento para el cual Adpostal no había sido liquidada.
II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o, de la Constitución Política, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá.

2. Problema jurídico

La demanda de la referencia se debate entre dos problemas jurídicos. El primero es el de la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. La sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá consideró que por no estar probado el perjuicio irremediable, la tutela presentada por la señora Pachón Rojas era improcedente. Así entonces, el primer asunto que debe resolver esta Sala es si la tutela presentada por la peticionaria es, en su caso, procedente.

El segundo problema jurídico tiene que ver con el fondo del asunto debatido: de llegar a considerarse que esta tutela es procedente, la Sala deberá adentrarse en el análisis de la vigencia del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, pues la norma citada dispone que el retén social es aplicable a las personas que adquieran el derecho a la pensión en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la ley, pero el demandante dice que dicho término debe tomarse a partir de la decisión de suprimir y liquidar la empresa cuyos trabajadores son removidos.

Pasa la Sala a definir dichos puntos.

3. Protección de la acción de tutela para reclamar el reintegro laboral

La demandante Pachón Rojas solicita, mediante la acción de tutela, la aplicación de las normas de protección social conocidas como retén social, dictadas mediante Ley 790 de 2002. Estas normas prescriben la imposibilidad de desvinculación laboral de trabajadores objeto de especial protección constitucional, en los trámites de liquidación de entidades públicas, en el marco del proceso de reestructuración de la administración pública.

Las normas del retén social establecen la imposibilidad de desvinculación de la entidad reestructurada o liquidada, por lo que, al dársele por terminado su contrato laboral -a su juicio, de manera inconstitucional- la peticionaria solicita el reintegro al cargo que venía ejerciendo en Adpostal.

En principio, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la acción de tutela no es procedente para obtener el reintegro laboral.

La jurisprudencia suficientemente reiterada de la Corte asegura que el reintegro laboral es un asunto típicamente laboral, para cuyo debate

están establecidas las vías jurisdiccionales ante los jueces especializados.

En providencia de 2005, la Sala Primera de Revisión sostuvo:

"Como regla general la acción de tutela no es el medio idóneo para reclamar las prestaciones sociales derivadas una relación laboral. Teniendo en cuenta las competencias de las diferentes jurisdicciones, es la jurisdicción laboral quien, en principio, está llamada a prestar su concurso para decidir controversias que se inscriben en el desarrollo de un contrato de trabajo.

"En este orden de ideas, las pretensiones que están dirigidas, por ejemplo, a obtener el pago de salarios, el reconocimiento de prestaciones sociales, el reconocimiento o reliquidación de pensiones, la sustitución patronal, el reintegro de trabajadores y, en fin, todas aquellas prestaciones que derivan su causa jurídica de la existencia de una relación laboral previa, en principio, no están llamadas a prosperar por vía de la acción de tutela, en consideración al criterio de subsidiaridad que reviste la protección constitucional". (Sentencia T-768 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería) (subrayas fuera del original)

La razón de dicha postura es que, a juicio de la Corte, la necesidad de que los asuntos jurídicos se tramiten por la vía ordinaria descansa en el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, carácter que busca conservar el orden corriente de asignación de competencias a las jurisdicciones e intenta evitar la intromisión de la acción constitucional en los terrenos propios de los jueces naturales. Sobre esa finalidad, la Corte ha sostenido:

"(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)[1] y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)." (Sentencia T- 514 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

No obstante, la jurisprudencia ha admitido que la tutela puede proceder para ordenar el reintegro, de manera excepcional, cuando se verifica la existencia de un perjuicio irremediable. En esos casos, el juez de tutela está habilitado para conceder la protección de manera definitiva, si por la gravedad de las circunstancias del caso resulta inoperante asistir al debate ante la jurisdicción laboral, o transitoria, cuando el asunto objeto de discusión puede ser discutido en última instancia ante la jurisdicción laboral.

Para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio de protección se requiere, de cualquier manera, que los medios ordinarios resulten inoficiosos, es decir que no sean idóneos para enfrentar la vulneración del derecho fundamental. Por supuesto, esta idoneidad del medio ordinario de defensa debe evaluarse en cada caso -para el asunto concreto que se estudia- pues la irremediabilidad del perjuicio que enfrenta el derecho fundamental depende siempre de las circunstancias particulares de la amenaza.

Con todo, pese a que el estudio del perjuicio irremediable es un asunto factual, derivado de los hechos del proceso en cuestión, la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertos criterios de definición que le dan al juez de tutela herramientas para identificar la existencia de la figura. A grandes rasgos, la jurisprudencia pertinente ha dicho que un perjuicio es irremediable cuando se cierne sobre un derecho fundamental de manera grave y urgente, y requiere de la adopción de medidas impostergables.

"Como lo ha indicado esta Corporación, por perjuicio irremediable debe entenderse "(…) aquel daño que puede sufrir un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico, siempre y cuando sea inminente, grave, requiera la adopción de medidas urgentes y, por lo tanto, impostergables y que se trate de la afectación directa o indirecta de un derecho constitucional fundamental y no de otros como los subjetivos, personales, reales o de crédito y los económicos y sociales, para los que existen vías judiciales ordinarias"[2]. Si no concurren los anteriores supuestos y no se ha demostrado la inminente configuración del perjuicio irremediable, la acción de tutela no será procedente cuando existen medios jurisdiccionales alternativos para la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, pues el juez de tutela no puede suplantar a los jueces naturales de los diferentes asuntos". (Sentencia T-1496 de 2000 M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez)
La Corte definió así los elementos del perjuicio irremediable, en providencia que constituye punto de referencia en la materia:

"El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el "efecto de perjudicar o perjudicarse", y perjudicar significa -según el mismo Diccionario- "ocasionar daño o menoscabo material o moral". Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.

"La diferencia específica la encontramos en la voz "irremediable". La primera noción que nos da el Diccionario es "que no se puede remediar", y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los

derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

“A). El perjuicio ha de ser *inminente*: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea *grave*, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”. (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Hecha la ilustración general del concepto, la Sala procede a estudiar el caso concreto de la tutelante.

- *Procedencia concreta de la acción de tutela*

En el caso concreto, la peticionaria solicita la protección de sus derechos fundamentales por considerar que los mismos enfrentan un perjuicio irremediable. En principio, para esta Sala, el caso de la referencia no ofrece un panorama claro de perjuicio irremediable para los derechos que tienen que ver con la subsistencia inmediata de la demandante, pues es claro que las condiciones personales de la misma le permitirían, en principio, solventar las consecuencias inmediatas de su desvinculación.

Ciertamente, la peticionaria cuenta en la actualidad 44 años, es soltera, no tiene personas a cargo y tiene una carrera tecnológica que le permite trabajar activamente. La tutelante manifiesta en su declaración que vive en una casa propia, por lo que no tiene que pagar arriendo, y que su único medio de subsistencia era su salario, pero que no ha recibido la indemnización que le fue anunciada por Adpostal, como tampoco ha reclamado la liquidación por concepto de prestaciones sociales, dado que admite que no ha elevado ninguna reclamación de pago. De igual modo, la tutelante no manifiesta estar impedida para trabajar, ni dicha circunstancia se deduce del material probatorio. No existe prueba en los cuadernos que indique que de ella depende alguien para su subsistencia, pues el único gasto que sobre la materia podría relacionarse con este tema es el que debe hacer mensualmente para cubrir el servicio de salud de su hermana, gasto que no supone ni prueba la dependencia económica de la última.

En esas condiciones, respecto de su subsistencia inmediata, es decir, de su mínimo vital, es claro para la Sala que el expediente no arroja prueba de perjuicio irremediable.

No obstante, de la descripción de los hechos es evidente que la decisión de desvincular a la peticionaria genera una consecuencia negativa en su derecho a obtener la pensión en los términos de la Convención Colectiva, y supone una duda respecto de la garantía del derecho a la igualdad, pues Adpostal sí aplicó las normas del retén social en el proceso de supresión de la entidad, proceso del que excluyó a los trabajadores

próximos a pensionarse.

Ciertamente, la panorámica general del caso le revela a la Sala que la afrenta irremediable se cierne contra el derecho a adquirir una pensión, de un individuo que estaba en vía inequívoca de adquirirla. Y aunque para los fines de su reconocimiento sería posible acudir a la jurisdicción ordinaria, es previsible que para cuando se produzca el fallo judicial la entidad suprimida haya sido plenamente liquidada y la peticionaria no encuentre a quién reclamar su derecho pensional vitalicio. También es previsible que en las circunstancias actuales de la demandante, la misma vea limitadas sus posibilidades reales de conseguir un empleo que le permita completar la edad para pensionarse, que de cualquier manera no sería la consagrada en la convención colectiva de trabajo.

Respecto del derecho a la igualdad, es claro que otros sujetos de especial protección fueron amparados por el retén social que Adpostal aplicó en su proceso de supresión, basada en las previsiones de la ley 790 de 2002. Esta aplicación, excluyente en el caso de la demandante, arroja por lo menos un velo de duda sobre la preservación del derecho a la igualdad de personas que por sus condiciones especiales de protección constitucional debían recibir un mismo trato. Así las cosas, independientemente de que el perjuicio irremediable no se verifique respecto del mínimo vital de la peticionaria, aquél sí puede predicarse de su derecho a recibir un trato igualitario.

En esas condiciones, la Sala considera que respecto del derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, que ha sido catalogado por la Corte como derecho fundamental, la demandante sí experimenta la presencia de un perjuicio irremediable que amerita estudiar la procedencia de la tutela.

4. Los derechos de los que están próximos a pensionarse tiene protección constitucional

La jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada coinciden al afirmar que los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de su titular. Expresado en otros términos, un derecho se *adquiere* cuando las hipótesis normativas que condicionan su nacimiento se cumplen cabalmente. Al margen de las variables conceptuales que pudieran presentarse, los derechos adquiridos surgen cuando se han *"verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere"[3].*
Contrapartida de esta noción, cuando las hipótesis normativas no se han cumplido en cabeza de quien aspira a adquirir un derecho, no puede hablarse de la existencia de un derecho adquirido, sino de una mera expectativa. La diferencia de estos dos conceptos ha sido explicada profusamente por la jurisprudencia, uno de cuyos fallos merece resaltarse:

...el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación. Con tal criterio, entra la Corte a analizar si la supresión del certificado de desarrollo turístico afectó o no derechos adquiridos. (Sentencia C-478 de 2998 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Del mismo modo, la jurisprudencia y la doctrina aceptan que mientras los derechos adquiridos gozan de la garantía de inmutabilidad, las meras expectativas pueden ser libremente modificadas por el legislador. En efecto, mientras al legislador le está prohibido, por mandato expreso de la Constitución (art. 58 C.P.), transformar los derechos que han ingresado al patrimonio de su titular -por haberse verificado el cumplimiento de las condiciones previstas en la norma-, las meras expectativas pueden ser modificadas por la Ley.

Con todo, pese a que los derechos adquiridos deben respetarse sin lugar a discusión y las meras expectativas pueden truncarse como consecuencia de cambios de legislación o decisiones administrativas, en materia de reconocimiento de derechos pensionales la Corte Constitucional ha elaborado una sólida jurisprudencia de protección de aquellas expectativas próximas a realizarse. La jurisprudencia constitucional ha establecido una diferencia inequívoca éntrelas meras expectativas y aquellas expectativas legítimas y previsibles de adquisición de un derecho, para concluir que mientras las primeras no son objeto de protección constitucional, las segundas gozan de un privilegio especial proveniente de la carta.

Los mecanismos de protección de las expectativas legítimas de adquisición de derechos sociales se fundan en el reconocimiento de la calidad de los aspirantes. En efecto, estos mecanismos protegen las esperanzas de personas que ingresaron a trabajar con anticipación considerable, que han cotizado al sistema por lo menos la mitad de su vida laboral y han cifrado parte de su futuro en un retiro próximo, con el anhelo de disfrutar del mismo hasta una edad probable promedio. No son, pues, las expectativas lejanas de quienes apenas se vinculan al mercado laboral, empiezan a cotizar al régimen de pensiones o guardan energías para diseñar su retiro en un futuro incierto.

Aunque en este punto es evidente que es al legislador al que le corresponde determinar quiénes están más cerca o más lejos de adquirir el derecho a la pensión, también lo es que, una vez se establece la diferencia, los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad imponen un tratamiento más benigno para quienes más cerca están de pensionarse. De allí que se justifique que sus expectativas de adquisición sean protegidas con mayor rigor que las comunes, y que se les permita pensionarse de conformidad con el régimen al cual inicialmente se acogieron. No obstante, ¿en qué consiste esta especial consideración que el legislador debe tener por quienes están próximos a pensionarse? Para determinar el alcance de la misma esta Sala considera útil adentrarse un poco en la jurisprudencia constitucional pertinente.

5. Jurisprudencia constitucional en materia de protección a personas que están próximas a pensionarse

La protección constitucional a las expectativas de quienes están próximos a pensionarse se evidencia a partir del año 1995 cuando la Corte Constitucional, en Sentencia C-168/95, analizó la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Luego de hacer un enfoque temático del asunto, la Corte señaló que la existencia de regímenes de transición implica la protección de las expectativas de los aspirantes a pensionarse, lo cual constituye un esfuerzo loable del legislador por desarrollar uno de los predicados impuestos por el artículo 25 de la Carta Política, que se refiere a la protección del derecho. En este sentido, la Sentencia que se cita aseguró:

"Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales.

"Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

"Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo". (Sentencia C-168/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz)

La cita jurisprudencial deja en claro que los derechos que están próximos a pensionarse constituye un avance en la protección de los derechos adquiridos, y que ello se erige en política plausible de carácter social del Estado, que antes que violar la Constitución, está de acuerdo con sus mandatos.

Adicionalmente, en una cita posterior, la Corte dejó entrever que las expectativas de quienes están próximos a pensionarse admiten un trato diverso respecto de los que están lejos de hacerlo, por lo cual los privilegios consistentes en pensionarse según regímenes anteriores se encuentran plenamente justificados por la Carta Política. Dijo en este punto la Corte:

"Y sobre la discriminación que, según el actor, se crea entre las personas que quedan comprendidas por el precepto demandado frente a las demás, cobijadas por el régimen anterior, cabe anotar que mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual". (Ibídem. Subrayas fuera del texto original)

En un sentido similar, mediante Sentencia C-147 de 1997[4], la Corte precisó que aunque la protección a los derechos adquiridos tiene rango constitucional -no así la de las meras expectativas- el legislador no puede ser ajeno a las esperanzas de quienes están próximos a adquirir una pensión, razón por la cual se justifica la creación de regímenes dirigidos a la protección a esas esperanzas. En dicha oportunidad se revisaba la constitucionalidad de una norma de la Ley 56 de 1985 que modificaba el régimen jurídico de los contratos de arrendamiento de vivienda, pero protegía los derechos de los contratos en curso.

La Corte aclaró que las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas, o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social.

Posteriormente, en la Sentencia T-235 de 2002, la Sala Sexta de revisión de tutelas de la Corte abordó el tema del régimen de transición, a propósito de una demanda de tutela interpuesta con el fin obtener el reconocimiento de un bono pensional. En el fallo correspondiente, la Sala advirtió que las personas ubicadas en el régimen de transición consolidan una situación jurídica que no puede ser menoscabada por la autoridad pública, consistente en el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento[5]. Las aserciones de la Sentencia T-235/02 denotan una clara inclinación hacia la preeminencia de los regímenes de transición, *pero por parte de las autoridades administrativas*, que no están legitimadas para desconocer los derechos de los cotizantes que hubieren entrado a disfrutar de los beneficios conferidos por dichas regulaciones.

6. El artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y la finalidad de protección de las expectativas legítimas de pensionarse

La Ley 790 de 2002 fue expedida por el legislador con el fin renovar y modernizar la estructura de la administración pública y –concretamente- de la rama ejecutiva. En ese contexto, la Ley 790 decidió reducir el tamaño del Estado mediante la supresión y fusión de entidades públicas del orden nacional[6]. De acuerdo con el artículo 1º de la citada ley, las medidas buscaban *"garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera dela Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediación en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998".*

No obstante, como la modernización de la administración estatal implica en buena medida la reducción de las plantas de personal, la Ley 790 dispuso medidas de protección a favor de personas que por sus condiciones particulares podrían resultar especialmente afectadas por la desvinculación.

La protección ofrecida por la Ley 790 pretendía la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana. La protección se concretó a favor de i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de 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[7]. El texto de la disposición pertinente es el siguiente:

"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".

Concretamente, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 constituyó una clara manifestación de la protección de los derechos de las personas próximas a pensionarse, pues en su aparte final dispuso que serían objeto de las medidas de protección aquellos servidores públicos que dentro de los tres años siguientes contados a partir de la promulgación de la ley cumplieran con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de jubilación o vejez.

En este sentido, puede afirmarse que las personas próximas a pensionarse adquirieron, en los términos de la Ley 790 de 2002, un derecho de estabilidad laboral que les permitió permanecer en el cargo hasta el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, si ese hecho –el de cumplir con los requisitos para pensionarse- ocurría dentro de los tres años siguientes a la fecha de promulgación de la ley.

De conformidad con los comentarios hechos precedentemente, esta Sala considera que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó, a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho. Así, mediante el artículo citado, el legislador garantizó la preservación de un derecho en vías de adquisición, no de una mera expectativa, pues las personas que en menos de tres años adquirirían el derecho a pensionarse configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

Ahora bien, la protección conferida por la Ley 790 fue modificada por la Ley 812 de 2003. En efecto, el artículo 8º, literal D, de la Ley 812 de 2003 dispuso expresamente que los beneficios otorgados por la Ley 790 de 2002 se aplicarían a los servidores del Estado retirados del servicio a partir del 1º de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004. No obstante, en relación con las personas próximas a pensionarse, la misma norma ordenó que la garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

"Art. 8º Literal D. Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez".

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-991 de 2004 declaró la inexequibilidad del límite temporal establecido en la Ley 812, por considerar, en primer lugar, que constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002[8] ; así como violatorio del principio de igualdad, pues para la protección a las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal. En dicho fallo la Corte recogió la posición fijada por la Sentencia T-792 de 2004[9], mediante loa cual se dio inaplicación a la norma legal por violación del principio de igualdad constitucional.

"La Corte considera que el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003 configuró una omisión legislativa al quebrantar el principio de igualdad al disponer que los beneficios contemplados en el título II de la Ley 790 de 2002 cobijarían únicamente a los empleados que se encuentren próximos a recibir la pensión de vejez o jubilación, excluyendo sin fundamento constitucional alguno a las madres cabeza de familia y a los discapacitados que gozan igualmente de una protección constitucional reforzada debido al alto grado de vulnerabilidad en que se encuentran.

"De acuerdo con la anterior jurisprudencia, se tiene que el legislador al excluir de los beneficios del "retén social" a las madres cabeza de familia y a los discapacitados y, al mismo tiempo, favorecer a los empleados próximos a pensionarse actúo por fuera de los mandatos impuestos por la Constitución, por una clara violación, como antes se argumentó del principio de igualdad consagrado constitucionalmente". (Sentencia T-792 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería)

Sobre esa base, la Corte retiró del ordenamiento jurídico la expresión "*aplicarán hasta el 31 de enero de 2004",* con lo cual eliminó el límite temporal que perjudicaba a las madres cabeza de familia y a los discapacitados.

A partir de la fecha, la Corte aseguró que el retén social no tenía límite 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.

Así, por ejemplo, en Sentencia T-182 de 2005, sostuvo que *"los beneficios comprendidos por el denominado retén social no tienen en la actualidad límite temporal alguno para su aplicación"*[10]. En la providencia T-1030 de 2005[11] igualmente dijo que *"el límite temporal previsto*

en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y luego en el artículo 8º de la Ley 812 del mismo año fue retirado del ordenamiento, así que la especial protección antes mencionada se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, como inicialmente fue aprobado por el Congreso en la Ley 790 de 2002", y en la Sentencia T-646 de 2006 prescribió que *"la especial protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 -interpretada a la luz de los mandatos constitucionales- se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, por lo que, en el caso específico de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom- en liquidación, esta consideración implica que dicha protección tiene vigencia hasta la terminación definitiva de su existencia jurídica"*[12].

7. Alcance de la protección legal en el caso de las personas próximas a pensionarse y caso de la peticionaria de esta tutela

En relación con las personas próximas a pensionarse, el artículo 8º de la Ley 812 de 2003 confirió una protección consistente en que la prohibición de desvinculación de la entidad debía extenderse hasta el momento en que se reconociera la pensión de jubilación o de vejez.

En otros términos, a quienes le faltaren menos de 3 años para adquirir el derecho a pensionarse les era aplicable la protección de no poder ser desvinculados de la entidad. No obstante, de una lectura literal de la norma se tenía que los tres años a que hace alusión la Ley 790 se contaban a partir de la promulgación de dicha ley.

La fecha de promulgación de la Ley 790 fue el 27 de diciembre de 2002, por lo que los 3 años a que se refiere la disposición vencieron el 27 de diciembre de 2005. De acuerdo con los cálculos previamente indicados, para que un servidor público vinculado a una empresa de la rama ejecutiva sometida a proceso de reestructuración hubiera podido beneficiarse de las normas de la Ley 790, se habría requerido que hubiera adquirido el derecho a pensionarse en esa época, entre el 27 de diciembre de 2002 y el 27 de diciembre de 2005.

En el caso sometido a revisión, la peticionaria y la empresa coinciden en afirmar que a la persona le faltaba tiempo de servicio para pensionarse cuando fue desvinculada.

En efecto, en el marco del proceso de liquidación de Adpostal, la demandante fue desvinculada el 27 de diciembre de 2006, por decisión del Decreto 4597 de 2006 que suprimió algunos cargos de la planta de personal. De acuerdo con la información suministrada por el Director de la Unidad de Personal de Adpostal –en liquidación-, a la peticionaria le faltaban, a 27 de diciembre de 2006, un año, dos meses y seis días para adquirir el derecho a la pensión, es decir, para cumplir los 25 años de servicio exigidos por la convención colectiva de trabajo.

En suma, a la fecha de desvinculación de la demandante -27 de diciembre de 2006-, los 3 años a que hace referencia la Ley 790 de 2002 se encontraban vencidos. Además, para esa misma fecha, la demandante no había adquirido todavía el derecho a pensionarse en los términos de la convención colectiva de trabajo.

Una interpretación literal de la ley daría razón a Adpostal, pues para la fecha en que la demandante fue desvinculada, ésta ya no estaba cubierta por el halo de protección del artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

8. Diferencias en la interpretación del término conferido por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002

Aunque el hecho de no cumplir con los requisitos para pensionarse al momento en que fue desvinculada de la entidad es un punto aceptado por ambas partes, la actora manifiesta que sus derechos fundamentales están siendo vulnerados porque el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 debe interpretarse de manera tal que los 3 años a que hace referencia deben empezar a contarse, no a partir de la vigencia de la Ley 790, sino a partir del momento en que la empresa es liquidada o el cargo es suprimido. Esta interpretación se apoya, dice la demandante, en el hecho de que la jurisprudencia de la Corte habría eliminado el límite temporal del retén social.

Si esa interpretación es válida, la demandante habría tenido derecho a la cobertura del retén social, pues para la fecha en que su cargo fue suprimido, el tiempo de servicio necesario para adquirir el derecho a la pensión era levemente superior a un año. En la lógica de interpretación de la demandante, según la cual, los 3 años a que se refiere el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se cuentan a partir de la fecha de desvinculación, aquella habría estado cobijada por la protección de no poder ser despedida.

Con todo, Adpostal asegura que la interpretación correcta del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 es la que concluye que el término de 3 años a que hace referencia la norma debe comenzar a contarse a partir de la fecha de promulgación de la Ley 790, por lo que para la fecha en que la demandante fue desvinculada, el lapso de gracia había fenecido.

Del mismo parecer es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que en memorial dirigido a esta Sala el 18 de octubre de 2007, sostuvo:

"Consideramos que resulta contrario al ordenamiento legal, que el "término de gracia" que concede el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, para no retirar del servicio a los servidores que adquieren la condición de pensionados, dentro de los tres (3) años contados a partir del 27 de diciembre de 2002, sea revivido en forma apresurada por los funcionarios judiciales, creemos que estaríamos en presencia de un desbordamiento de las facultades conferidas por la Constitución, y la ley.

"(…)

"Para esta Cartera, una interpretación distinta genera un vacío como inseguridad jurídica en las situaciones jurídicas que ya se encontraban consolidadas bajo estas disposiciones, generando graves consecuencias no solo de orden jurídico sino también efectos de orden económico, pues implicaría incrementar el costo de la ejecución de las disposiciones sobre liquidación de entidades, como las propias sobre administración de personal en el sector público que ha sido objeto de desvinculación.

"Ello es así puesto que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 tiene una ventaja muy importante por cuanto permite estimar el costo económico de las relaciones jurídicas entre el personal que laboraba para las entidades sujetas a liquidación. En consecuencia, al cambiar la interpretación de la norma y darle un alcance completamente diferente al previsto por el legislador, se está alterando completamente la forma de regular las situaciones de hecho, como también los efectos económicos de los mismos.

"Para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la norma en comento es muy clara al señalar un término perentorio para el ejercicio del beneficio del personal próximo a cumplir requisitos para el reconocimiento del derecho pensional, esto es, que dentro de los tres años contados a partir de la expedición de la Ley 790 de 2002 se debe garantizar la continuidad del personal próximo a pensionarse, pero solo hasta el 27 de diciembre de 2005.

"El personal desvinculado con posterioridad al 27 de diciembre de 2005, no cuenta con el beneficio consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, pues los acoge al régimen general.

"Se han presentado interpretaciones en las cuales se señala que el beneficio contenido en la Ley 790 de 2002 debe aplicarse a otros casos previstos con posterioridad al límite temporal contenido en la ley en mención, teniendo como fundamento el hecho que se estaría ante una posible violación al derecho de igualdad de los trabajadores, ante situaciones similares.

"Sin embargo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no comparte la anterior tesis, puesto que la ley fue muy clara y en su momento el legislador no entendió perfectamente que la garantía del "retén social" correspondía a una temporalidad que no tenía vocación de permanencia. Adicionalmente, no se puede intentar avocar el tema desde el punto de vista de la igualdad, en la medida que esta se predica no solo para sujetos iguales, sino también para hechos con iguales características.

"En el caso de los procesos liquidatorios iniciados con posterioridad a los tres años de que trata la Ley 790 de 2002, es evidente que a los mismos no puede aplicarse el beneficio del artículo 12 de la ley 790 de 2002, por cuanto el marco en el cual se expidió la mencionada ley se refería al desarrollo de una política muy particular del gobierno de turno, al punto que se concedieron facultades extraordinarias al señor Presidente de la República, con carácter perentorio, para realizar los ajustes que correspondían en un periodo corto de tiempo, el cual significada una modificación sustancial del aparato estatal.

"Por ello, una vez terminado el proceso que señalaba la Ley 790 de 2002, las circunstancias posteriores indicaban que ya no era propósito del plan de gobierno renovar la administración pública, sino continuar con el desarrollo normal de la actividad administrativa, y esta situación se evidencia claramente en el caso de ADPOSTAL, por cuanto la circunstancia que dio origen a su liquidación fue completamente diferente a las celebradas dentro del programa de renovación de la administración pública, consistente en un tema de viabilidad financiera y de negocio para la existencia de ADPOSTAL, tal como lo confirma el CONPES No. 3440 de agosto 18 de 2006." (folios 113 y ss, cuaderno 1)

Así pues, planteadas las dos diferentes interpretaciones del artículo, pasa la Sala a definir cuál de ellas se ajusta más a los parámetros constitucionales.

En primer lugar, el texto del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 es suficientemente claro al señalar que las personas próximas a pensionarse son aquellas que hubieran adquirido el derecho a pensionarse dentro de los tres años siguientes a la *promulgación de la ley*. Ciertamente, la Ley dispone que serán beneficiarios de la protección *"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"*.

La certeza de que la protección contenida en el artículo 12 de la Ley 790 procedía respecto de personas que a la fecha de su promulgación y dentro de los tres años siguientes adquirieran el derecho a pensionarse había sido ratificada por el texto del artículo 1º del Decreto 190 del 30 de enero de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002, que en su numeral 5º dispuso:

"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 para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez".

Así, pues, una interpretación literal de la norma no parece llevar a conclusión distinta: los 3 años deben contarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002[13].

No obstante, una interpretación histórica de la disposición, sistemáticamente vinculada con los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, arroja una conclusión distinta.

Tal como lo determinó el artículo 13 de la citada Ley 790, el límite temporal de los beneficios del retén social se extendía, inicialmente, del primero de septiembre de 2002 hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas por dicha ley, es decir, hasta el 27 de junio de 2003, 6 meses después de su publicación.

Ley 790 de 2003
Artículo 13. Aplicación en el tiempo. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1° de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.

Lo anterior significa que las medidas de protección del retén social beneficiarían a los trabajadores pertenecientes a entidades que fueran

reestructuradas en ese lapso, es decir, de entidades reestructuradas en el lapso de 6 meses contados a partir de la promulgación de la Ley.

La entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 modificó –sin embargo- el panorama de protección previsto: la Ley 812 de 2003 extendió el programa de renovación de la administración pública nacional, en tanto que ordenó al Gobierno Nacional promover un plan general basado en tres principios básicos: a) Fortalecimiento de la participación ciudadana; b) adopción de una nueva cultura de gestión de lo público, y c) Avance en la descentralización y su articulación con el ordenamiento territorial.

Al proceder de esta forma, la Ley 812 prolongó los beneficios de protección social concedidos por el artículo 12 dela Ley 790, no ya hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 13 de la Ley 790–seis meses después, como se había previsto-, sino hasta el 31 de enero de 2004.

El artículo 8º de la ley lo señala del siguiente modo:

"Art. 8º Literal D. Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez".

Con la modificación hecha por la Ley 812, el retén social se desvinculó del plan de renovación previsto en la Ley 790 de 2002, para convertirse en régimen obligatorio en el proceso de renovación administrativa fijado por el Plan Nacional de Desarrollo, por lo menos hasta la fecha de vigencia de ese plan, que es 24 de julio de 2007, fecha en la cual entró a regir la nueva ley del Plan, la Ley 1151 de 2007. Así lo estableció la Sentencia T-993 de 2007[14].

Efectivamente, por virtud de la Ley 812 de 2003, el retén social dejó de regir por el término fijado en el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 -a partir del 1° de septiembre del año 2002 hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias-, para imponerse como constante en el programa de renovación general de la Ley 812 de 2003, Plan Nacional de Desarrollo.

Inicialmente, respecto de las madres cabeza de familia y de los discapacitados, la protección se concedió hasta el 31de enero de 2004. No obstante, la Corte Constitucional declaró inexequible el límite temporal por considerarlo regresivo[15] y violatorio del principio de igualdad[16] e hizo extensiva la protección a todo el programa de renovación.

Por su parte, respecto de las personas próximas a pensionarse, la Ley 812 no fijó límite de vigencia, y señaló que la protección de estabilidad laboral regía hasta el momento en que al pensionado le fuera reconocida la pensión de jubilación o vejez.

Ahora bien, en principio, dado que la Ley 812 de 2003 incorporó las normas de protección social establecidas en el artículo 12 de la Ley 790, la definición de *"persona próxima a pensionarse"* debía ser la misma utilizada por la Ley 790 de 2002: aquella persona que en los tres años siguientes a la promulgación de la ley adquiriera el derecho a pensionarse.

No obstante, como la Ley 812 de 2003 incorporó las normas del retén social de la Ley 790 a un plan general –de mayor amplitud- de renovación de la Administración Pública, la conclusión congruente es que la definición de *"persona próxima a pensionarse"* debiera desligarse de uno de sus elementos: la fecha de vencimiento establecida en la Ley 790.

En otras palabras, el hecho de que el retén social propulsado por la Ley 812 se hubiera desarticulado del programa provisional de la Ley 790, hace que también se desligue de la fecha de vencimiento fijada por la Ley 790. Este desprendimiento de las restricciones del régimen transitorio de la Ley 790 obliga a reconocer que la definición de *"persona próxima a pensionarse"* debe ajustarse esta nueva realidad jurídica, a esta incorporación jurídica de la figura en un régimen de mayor duración, y que, por tanto, el momento en que deben empezar a contarse los 3 años de protección para las personas próximas a pensionarse no pueda ser el de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 –por ser éste el régimen anterior, que tenía vigencia transitoria- sino el de reestructuración efectiva de la entidad de la administración pública objeto de renovación, en virtud de la Ley 812 de 2003.

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

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

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

Una conclusión contraria sería incongruente con el fin mismo de la Ley 812, pues implicaría admitir que esta ley extendió los beneficios del retén

social para las personas próximas a pensionarse durante el plan de renovación de la administración pública, pero simultáneamente limitó dicha protección a quienes adquirieran el derecho dentro de los 3 años contados a partir de la promulgación de una ley expedida con 6 meses de anterioridad, que tenía contenido transitorio, con lo cual la supuesta protección podría extenderse, como máximo, dos años y medio después de la promulgación de la Ley 812.

Adicionalmente, admitir que las madres y padres cabeza de familia y las personas discapacitadas sí pueden ser beneficiarios del retén social, pero los próximos a pensionarse no pueden serlo, implica contradecir la jurisprudencia de la Corte que reconoce que estas tres categorías se encuentran en similares condiciones de desprotección y merecen un trato igualitario por parte de las entidades en proceso de reestructuraron.

Ciertamente, no tendría ningún sentido que, sobre la base de la Sentencia C-991 de 2004 de la Corte Constitucional y de todas aquellas providencias que han reiterado la misma posición, las garantías del retén social se entregaran a las madres cabeza de familia y a las personas discapacitadas, pero no a las personas próximas a pensionarse, no obstante que es una conclusión irrebatible de la Corte que todos ellos, en su condición de sujetos de especial protección, están en circunstancias jurídicas asimilables.

Así las cosas, para la Sala es claro que la protección que las autoridades deben dar a las personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación de la entidad que ha sido objeto de liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, tal como ha ocurrido con las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas discapacitadas.

-La liquidación de Adpostal ocurre en el marco de renovación de la administración Pública

Con el fin de consolidar el panorama jurídico aquí previsto, la Sala encuentra indispensable hacer la siguiente precisión: de conformidad con el Decreto 2853 de 2006, Adpostal fue liquidada en ejercicio de las facultades constitucionales derivadas del numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política[17], del artículo 52 de la Ley 489 de 1998[18] y el Decreto Ley 254 de 2000, *"Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional"*, todas ellas relativas a la potestad que el jefe del Ejecutivo posee regularmente y que le permiten suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales.

Aunque, en principio, esto indicaría que la entidad no fue liquidada en desarrollo de las previsiones de la Ley 790 de 2002, la misma sí lo fue en el marco del programa de renovación de la administración pública, tal como pasa a explicarse.

En reciente pronunciamiento de la Sala Segunda de Revisión la Corte –Sentencia T-993/07-, la sala pudo establecer, luego de practicadas las pruebas correspondientes, que Adpostal había sido liquidada en el marco de renovación de la administración pública, circunstancia que ameritaba la aplicación de las normas del retén social, tanto a favor de madres cabeza de familia y discapacitados, como a favor de personas próximas a pensionarse.

En respuesta suministrada a la Sala Segunda de Revisión, el Departamento Nacional de Planeación expuso:

"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 1 establece: "objeto. La presente ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado con celeridad e inmediación en atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998. (…)" (subraya fuera del texto)

"La rama ejecutiva del orden nacional se encuentra integrada por los organismos y entidades enumerados en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, entre los cuales se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado, (numeral 2 literal b), como es el caso de la Administración Postal Nacional-Adpostal, actualmente en liquidación.

"En consecuencia, la supresión y consecuente liquidación de la Administración Postal Nacional –Adpostal, fue ordenada por el Gobierno Nacional en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP, a través del decreto 2853 del 25 de agosto de 2006.

"Finalmente, en respuesta a su pregunta (…) Me permito informarle que las acciones de rediseño que se adelantan en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, deben seguir la metodología establecida en la Circular Instructiva 530 de 2002 y en el Memorando 578 de 2004, mediante los cuales se describen cada uno de los pasos necesarios para el estudio y aprobación de una propuesta de este tipo.

"Para el caso que nos ocupa, la Administración Postal Nacional –Adpostal y el Ministerio de Comunicaciones como cabeza del sector administrativo correspondiente, llevaron a cabo sendos estudios técnicos que evidenciaban la insostenibilidad económica y financiera de la entidad, y los presentaron a las entidades encargadas para su análisis (Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda, Departamento Administrativo de la Función Pública y Presidencia de la República). Adicionalmente, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes, a través del documento 3440 del 18 de agosto de 2006, recomendó al Gobierno Nacional "adelantar los trámites necesarios para liquidar Adpostal" como uno de los lineamientos de política para reestructurar el sector postal colombiano.

"Con base en los documentos mencionados, el Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República en ejercicio de las facultades contempladas en numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y desarrolladas en el artículo 52 de la ley 489 de 1998, ordenó la supresión y la consecuente liquidación de la Administración Postal Nacional –Adpostal, a través del decreto 2852 del 25 de agosto de 2006, el cual firman además los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comunicaciones, y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública."[19]

En cumplimiento de la directriz general indicada por el Departamento Nacional de Planeación, el liquidador de Adpostal resolvió, en comunicado del 6 de septiembre de 2006, hacer las siguientes precisiones acerca de la extensión de la protección derivada del retén social:

"De conformidad con el Plan de Renovación de la Administración Pública que el Gobierno implementó en el año 2002, en el evento en que usted considere que se encuentra amparado(a) por el Plan de Protección Social regulado por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, sus Decretos reglamentarios y las sentencias de unificación de la Corte Constitucional SU-388 y SU-389 de 2005, se procederá a estudiar su caso y determinar si cumple con los requisitos de para acceder a ese beneficio. Para ello, debe acreditar tal condición, diligenciando el formulario adjunto y presentarlo junto con la documentación exigida, para cada caso.

"Los grupos amparados actualmente por el Plan de Protección Social del Programa de Renovación de la Administración Pública son:

• Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Dirigido a quienes dentro de su grupo familiar, no se percibe ningún otro ingreso, diferente al que usted percibe., deberá allegar declaración extra proceso, donde acredite que tiene a su cargo hijos menores de edad (18 años), biológicos o adoptivos; en el evento que uno de sus hijos sea mayor de edad y presente alguna limitación física, le corresponde probar este hecho con un dictamen emitido por la respectiva Junta de Calificación de Invalidez.

• Padre cabeza de familia sin alternativa económica: Dirigido a: 1) Quienes sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea la persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos; 2) que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre y 3) acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición.

• Persona con limitación visual o auditiva, física, mental: Aquellas que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural, debe presentar los documentos idóneos para acreditar su condición, conforme a las especificaciones descritas en el Art. 1 del Decreto 190 de 2003.

"De otra parte si Ud. Se encuentra inmersa dentro de la Protección a la Maternidad, por favor diligenciar el formato adjunto y adjunte el certificado médico correspondiente.

"Una vez diligenciados los formularios y entregados por parte de los interesados, todos documentos necesarios a la Unidad de Protección Social ubicada en la Carrera 7 y 8 Entre Calle 12 A y 13 Piso 1 – Edificio Murillo Toro - antes del 20 de Septiembre de 2006 inclusive, se procederá a realizar el estudio de los mismos, de conformidad con lo señalado por la Ley."

La Sala Segunda de Revisión, en atención a la información suministrada, concluyó que *"De acuerdo a lo anterior, la Corte encuentra que la liquidación de ADPOSTAL es una medida que se tomó en el contexto del programa de renovación de la administración pública, y por lo tanto las reglas establecidas para el retén social le son aplicables a la empresa en su proceso de liquidación".*

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. Así lo estableció la Sentencia T-993 de 2007 al señalar:

"Así, la contabilización de los tres años a partir de los cuales una persona adquiere dicha calidad no parten 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"

Hechas las anteriores precisiones, la Sala pasa a estudiar el caso concreto.

9. Caso concreto

De las conclusiones anteriores, en virtud de lo expuesto previamente y por respeto al principio de igualdad, que impone que dicho grupo reciba el mismo tratamiento que los demás grupos de especial protección a quienes iba dirigido el programa de protección social, esta Sala concluye que la peticionaria, en tanto persona próxima a pensionarse, debió ser protegida por las normas del retén social, en tanto que la entidad de la que fue desvinculada se liquidó dentro del programa de renovación de la administración pública.

La Sala entiende que, en este caso, la interpretación acogida persigue la realización del principio *pro homine* que impone la adopción de la decisión que más se compadezca con la garantía de los derechos fundamentales[20]. En este caso es claro que desvincular a la peticionaria faltándole algo más de un año para pensionarse, después que la misma trabajó más de 20 años al servicio de la entidad, resulta una medida que afecta *prima facie* el derecho al respeto de las expectativas próximas a consolidarse, y, de contera, de los derechos derivados de recibir una pensión.

En el caso concreto, es claro que la peticionaria necesitaba algo más de un año para adquirir el derecho pensional establecido en la convención colectiva, por lo que, en su caso, le eran aplicables las normas del retén social y, por tanto, no podía ser desvinculada de la entidad, todavía más cuando la convención colectiva se encontraba vigente.

Las normas del retén social le eran aplicables porque Adpostal dio aplicación a las normas de protección de la Ley 790 de 2002, en relación con las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas con limitación visual o auditiva, física o mental. Ese hecho se impone porque la entidad fue liquidada en el marco del programa de renovación de la Administración Pública y porque también se desprende del oficio que la entidad hizo llegar a sus trabajadores (folio 116, cuaderno 2), cuando se preparaba para adelantar la supresión de cargos.

En este sentido, resultó contradictorio –y por tanto violatorio del principio de igualdad constitucional- que la peticionaria hubiera sido excluida del plan de protección ofrecido para personas que estaban en similares condiciones de protección. La Sala entiende que la vulneración aquí detectada consiste en el trato discriminatorio que por vía de aplicación literal de la Ley 790 de 2002 se dio al caso de la peticionaria, pues a pesar de que la entidad sí protegió los derechos de personas discapacitadas y madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica, dejó por fuera del amparo a una persona que merecía trato similar.

10. Decisión

En consecuencia de lo anterior, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, que revocó la decisión de amparar el derecho de la tutelante y concederá la tutela ordenando el reintegro de la peticionaria y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir. La Sala autorizará, no obstante, que se hagan los cruces de cuentas con el monto recibido por la peticionaria en calidad de indemnización. En este punto, la Sala reiterará la fórmula utilizada por la Sentencia SU-388 de 2005, para permitir el cruce de cuentas entre los derechos laborales que debieron percibirse hasta la fecha y el pago de las indemnizaciones correspondientes. La fórmula se describe del siguiente modo:

“En el evento en que le haya sido cancelada una indemnización al accionante, como la indemnización tiene como fundamento la desvinculación del peticionario, al quedar sin efecto el acto de desvinculación sucederá lo mismo con la indemnización habiendo lugar-entonces-a restituciones y compensaciones mutuas. En la medida en que la restitución inmediata de dicha indemnización podría no resultar posible por haberse dispuesto de la misma por parte del accionante, una vez se lleve a cabo el cruce de cuentas, en caso de resultar saldos a favor de la entidad accionada, ésta deberá ofrecer facilidades de pago que garanticen la subsistencia digna del accionante, en los términos esbozados en la Sentencia SU-388 de 2005.

“De esta forma, es preciso tener en cuenta tres eventos diferentes en los cuales pueden operar las compensaciones o restituciones que fueren necesarias:

“· En un primer momento, a la fecha del reintegro efectivo del accionante, la empresa procederá a la compensación de los valores adeudados por concepto de salarios y prestaciones con el monto de la indemnización efectuada, a fin de determinar si quedan saldos a favor de la entidad o por el contrario le corresponde hacer un pago suplementario.

“· En un segundo momento, en el evento en que existieren créditos pendientes a favor de la empresa, el peticionario podrá hacer abonos parciales desde el momento del reintegro y durante su permanencia en la entidad, para lo cual Telecom debe ofrecerle facilidades de pago de manera que no afecte su mínimo vital y su subsistencia en condiciones dignas.

“· Por último, si todavía quedaren saldos pendientes con la entidad llegado el día de la terminación de la empresa y la desvinculación definitiva del actor, en ese momento habrá lugar a las restituciones y compensaciones mutuas que hasta entonces estuvieren pendientes.[21]”

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 27 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la tutela de la referencia, que revocó la sentencia del 13 de febrero de 2007, proferida por el Juzgado Trece de Familia de Bogotá.
SEGUNDO.- En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de la peticionaria y, en consecuencia, ordenar a la Administración Postal Nacional –ADOPOSTAL- que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reintegre a la señora Rosa Elvira Pachón Rojas y proceda a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, adelantando los cruces de cuentas con la liquidación recibida por la peticionaria.

TERCERO-. DISPONER que la autorización al liquidador para que haga el cruce de cuentas entre lo que deba pagársele a la peticionaria por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir y lo recibido en calidad de indemnización, se ajuste a lo previsto en el numeral 10 de la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO.- LEVANTAR la suspensión de los términos decretada mediante auto del 24 de agosto de 2007.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado
AUSENTE EN COMISIÓN

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

[1] Cfr. Sentencia T-249 de 2002

[2] ST-056/94 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

[3] Sentencia C-478 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

[4] M.P. Antonio Barrera Carbonell

[5] "Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.

Como además los derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables, (artículos 48 y 53 C.P.), con mayor razón se requiere un régimen de transición.

En el caso de Colombia, como era apenas lógico, el artículo 36 de la ley100 de 1993 estableció una excepción a la aplicación universal del sistema. Esa excepción es para quienes al 1º de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado, a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión. Los únicos que quedarían por fuera de este régimen de transición serían quienes voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambien al de prima media con prestación definida. (Sentencia T-235 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

[6] "1.1.2. Austeridad. Teniendo en cuenta la difícil situación del fisco y de la economía nacional, la administración pública deberá convertirse en ejemplo de austeridad. Para ello se reducirá el costo del aparato del Estado, de la burocracia y de los privilegios". Diario Oficial No 44907, del 21 de agosto de 2002, p. 2

[7] "…la política del 'retén social' deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como consecuencia del proceso de reforma de la administración pública." Diario Oficial No 44907, del 21 de agosto de 2002, p. 2

[8] Cfr. Sentencia C-038 de 2004: "…el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad".

[9] M.P. Jaime Araújo Rentería

[10] M.P. Álvaro Tafur Galvis

[11] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[12] "Sobre el tema pueden verse, entre otras, las sentencias T-602 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández y T-726 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa". M.P. Rodrigo Escobar Gil

[13] Adpostal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y también el Ministerio de Comunicaciones en memorial remitido a esta Sala el 22 de octubre de 2007, se acogen a esa manera de entendimiento de la norma

[14] "Por lo tanto, el Plan de Renovación de la Administración Pública y su protección del retén social se convirtió en régimen obligatorio del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2005 hasta el vencimiento de su vigencia, 24 de julio de 2007, cuando entró a regir la Ley 1151 de 2007 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

"(…)

"De acuerdo a lo anterior se tiene que: i) en los procesos de renovación de la administración pública existen límites a la remoción de servidores pertenecientes a la planta de personal, los cuales buscan garantizar la estabilidad laboral de las cabezas de familia, los discapacitados y los prepensionados; y ii) la aplicación del retén social es determinada por la rama ejecutiva cuando decide en el contexto del Plan de Renovación de la Administración Pública suprimir o renovar una entidad del orden nacional; iii) el Plan de Renovación de la Administración Pública y la aplicación del retén social es una medida que tuvo vigencia hasta el 24 de julio de 2007 cuando expiró la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006." (Sentencia T-993 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

[15] "La Sala observa que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se 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 "prote[er] 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". (Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

[16] "Para analizar si tal trato diferencial constituye una vulneración se debe establecer, primero, si los sujetos entre los cuales se presenta el trato diferencial están bajo iguales supuestos que impliquen un trato igual. 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)." (Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

[17] "Art. 189 #15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley."

[18] "Artículo 52. *De la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales*. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.

2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.

3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.

4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

6. Siempre que como consecuencia de la descentralización o desconcentración de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

Parágrafo 1°. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

Parágrafo 2°. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza".

[19] Expediente 1600707. Folios 133-134, C.1.

[20] Algunos casos en los cuales se ha aplicado el principio *pro homine* para la protección del derecho a la salud: T- 037 de 2006 (MP Manuel José Cepeda), T-308 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T- 730 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-945 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis), T- 200 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

[21] Sentencia T-602 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Fecha y hora de creación: 2024-07-27 07:27:34