

Señor

JUZGADO DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD (REPARTO)

PASTO

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE BLANCA NANCY CORAL MONCAYO

ACCIONADOS: MUNICIPIO DE PASTO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN

BLANCA NANCY CORAL MONCAYO, identificada con la cédula de [REDACTED] en mi condición de servidora pública, profesional universitaria Código 219 grado 6 , de la planta global de educación del municipio de Pasto, mediante el presente escrito presento ACCION DE TUTELA en contra del Municipio de Pasto - Secretaria de Educación para solicitar al Señor Juez Constitucional el amparo EL AMPARO CONSTITUCIONAL de mis derechos fundamentales a la **DIGNIDAD HUMANA, A LA SALUD EN CONEXIDAD AL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, AL DERECHO AL TRABAJO, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR ENCONTRARME EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR MI ESTADO DE SALUD y LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR ESTAR PROXIMA A PENSIONARME** y demás derechos que su Señoría considere vulnerados como resultado del relato de los hechos que de manera respetuosa y comedida hago mención así:

Hechos:

1. Nací el 6 de agosto de 1969, tengo 53 años y dos meses de edad.
2. Desde hace 21 años, me encuentro vinculada como servidora pública en periodos así:

Durante el periodo comprendido del 01 de marzo de 2001 hasta el 28 de febrero de 2004, me desempeñe como Personería municipal de Yacuanquer Nariño.

Desde el 17 de junio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2005 labore como contratista en la Dirección de control disciplinario en la Alcaldía de Pasto.

Desde 15 de enero de 2006 hasta el 11 de octubre de 2010, me desempeñe como contratista en la oficina de Prestaciones sociales de la Secretaria de Educación del Municipio de Pasto.

A partir del 12 de octubre de 2010, mediante la resolución No. 489 del 12 de octubre de 2010, fui vinculada como Profesional Universitaria Código 219 grado 6, en provisionalidad en una vacante definitiva en la planta global de la Secretaria de Educación del municipio de Pasto, desempeñando las mismas tareas y funciones que venía cumpliendo en la oficina de prestaciones sociales de la Secretaria de Educación y Posteriormente me fueron asignadas funciones en la oficina de Escalafón docente en donde actualmente me desempeño como profesional Universitaria.
3. El día 22 de septiembre de 2022, mediante correo electrónico me fue comunicado la resolución 331 de 20 de septiembre de 2022, con la cual terminan mi nombramiento provisional y en mi reemplazo se vincula en periodo de prueba a MIGUEL ORDOÑEZ SOLARTE.
4. Señor Juez, padezco hipertensión, Vertigo, Diabétis, trastorno de disco cervical con mielopatía, dolor cervical difuso, dolor con la flexión y extensión hofmanns-, fm 4/5 dedos de la mano bilateral, hipoestesia, hipoacusia, enfermedades que no solo han afectado mi salud física sino también mi salud mental causándome un trastorno mixto de ansiedad y depresión, dado que por el vértigo mi movilidad está deteriorada, el dolor en mi cuello brazos y manos es insoportable teniendo que ser tratada

con tramadol, he perdido la fuerza en mis manos, y en varias ocasiones no solo en mi casa sino en mi sitio de trabajo tuve que ser auxiliada por los compañeros por presentar desmayos, pérdida de consciencia, sufriendo de graves y constantes episodios de ansiedad y depresión.

5. Como parte de los tratamientos el día 25 de junio de 2022, fui intervenida quirúrgicamente en el instituto para niños ciegos y sordos del valle del Cauca, en la ciudad de Cali, donde me fueron realizados los procedimientos de MAESTOIDECTOMIA CON EPITIMPANECTOMIA POSTERIOR CON PRESERVACION DE PARED, RECONSTRUCCIÓN DE CADENA OSEA, RECONSTRUCCION DE MEATO AUDITIVO EXTERNO CON INJERTO LIBRE MICROVASCULARIZADA EN MI OIDO IZQUIERDO, Cirugía que en un primer control realizado, según lo explicado por el especialista y los resultados observados no fue para recuperar la audición sino para tratar una infección, reconstruir el tímpano roto y una fractura que tenía en mi oído izquierdo. Actualmente estoy en tratamiento con los especialistas en Otología y Otorrinaringología para tratar lo del vértigo y la pérdida de audición, estando pendiente la autorización para realizar el siguiente control de la cirugía.
6. Igualmente estoy en la espera de que se autorice una cita con el cirujano de columna, quien ordenó me realice las resonancias de la columna cervical y de los hombros, las cuales ya se hicieron, pero estoy en la espera de que se agende una cita con el cirujano, para determinar el tratamiento a seguir. Su Señoría con mi historia clínica, puede darse cuenta que esta enfermedad es considerada como un patología del sistema nervioso central que requieren manejo quirúrgico, que es considerada como una enfermedad de alto costo conforme lo contempla el Ministerio de Salud, ya que la enfermedad de la columna es degenerativa y los tratamientos explicados son para reducir un poco el dolor y mejorar mi calidad de vida.
7. Mensualmente asisto a los controles para pacientes crónicos, por padecer de hipertensión arterial, Diabetes, Colesterol alto, en los que se ordenan los medicamentos para tratar estas enfermedades que como es sabido no tienen cura si no que solo pueden ser tratadas para mantener controlados las complicaciones para mi salud, resultando vital el monitoreo y el suministro de los medicamentos.
8. Estoy siendo medicada y tratada también por padecer de un TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, por el que vengo siendo tratada y he sido hospitalizada en el Hospital san Rafael, ahora como parte del tratamiento me fue ordenado la internación parcial en Hospital (Hospital día), 210 sesiones las cuales ya fue solicitado a la autorización a la Nueva EPS.
9. Sumado a los diagnósticos ya mencionados padezco de gastritis eritematosa antral y tengo una hernia hiatal por deslizamiento, que me provocan fuertes dolores en mi estomago, complicándose mi salud en el colon por cuanto he perdido peso y presento sangrado rectal, por lo que fui atendida por lo Dra. Patricia Cifuentes Gastroenterologa que me ha ordenado realizar de manera urgente una colonoscopia total , tac del abdomen contrastado, antígeno carcinoembrionario.
10. A causas de estas patologías, desde el mes de noviembre de 2021, me encuentro en tratamiento y han sido otorgado incapacidades médicas las cuales me permito aportar como prueba.
11. Con el ánimo de y la esperanza de ver mi reacción y mejoría, en el mes de enero hasta el 14 de febrero de 2022, atendiendo las recomendaciones del psiquiatra que recomendaban como medida de protección de mi salud mental, asistí a mi sitio de trabajo, pero mi reacción fue adversa, sentía miedo, frustración, y mayor tristeza y ansiedad, presentando constantes episodios de pérdida de conciencia, olvido de mis tareas, por lo que tuve que ser auxiliada por los compañeros de trabajo, incluso del señor Subsecretario Administrativo y Financiero de la Secretaria de Educación Dr. Luis Carlos Patiño, por lo que nuevamente me fueron concedidas incapacidades hasta la presente fecha.
12. Debido a que he perdido peso y presento fuertes dolores en mi estomago he tendí que acudir al centro de endoscopia y gastrentorología, en donde me fue ordenado

13. Las Enfermedades psiquiátricas, y físicas han hecho que cada vez mi estado de salud se deteriore más, sumiendo en episodios de tristeza, ansiedad y miedo, sin lograr recuperarme de mis afecciones. La pérdida de audición, el vértigo que afectan gravemente mi movilidad, impidiéndome movilizarme sola a cualquier lugar. Las hernias cervicales afectan mi desempeño laboral, porque he perdido fuerza en mis manos y cada actividad que realizo se torna dolorosa y por demás tortuosa y peligrosa, al punto de que cualquier actividad que desarrollo pongo en riesgo mi vida, es así como realizando actividades caseras sufro quemaduras, luxaciones, ahora como por la pérdida de la fuerza en mis manos sufrí un accidente que me provocó desprendimiento de retina, laceraciones en la cornea de mi ojo derecho, en el cual he perdido la visión en un 90 %, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente por el Doctor Omar Paredes, procedimiento que tuve que asumir el costo con mi propio pecunio, porque la cirugía debió hacerse de urgencia, porque al acudir al Hospital San Pedro, ordenaban mi hospitalización pero no había especialista para que me atendiera y debía esperar hasta el día siguiente en horas de la tarde para ser atendida, y de no haber recibido la atención médica de manera urgente, hubiera perdido mi ojo derecho ya que se me desprendió la retina y tenía una perforación en la córnea, y mi ojo ya estaba perdiendo líquido.
14. Aunado a lo anterior por causa del estrés y del vértigo. El día 3 de octubre del 2022 en horas de la mañana tuve una caída trayendo como consecuencia la fractura del cubito de la mano izquierda, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente de urgencias en la Clínica Traumática. Teniendo una incapacidad de treinta días.
15. Ahora, atendiendo el protocolo y procedimiento de la Nueva EPS, acudí al médico general para que me remita al especialista (oftalmólogo), por lo que me fue asignada cita en la sede administrativa de la nueva EPS para el día 1° de octubre de 2022 para autorizar la remisión y que me asignen un especialista para continuar el tratamiento de mi ojo derecho y mirar si es posible recuperar o mejorar la visión en ese ojo. Asignándome cita para el día 29 de octubre del 2022.
16. Mi salud mental ha empeorado al punto presentarse episodios de suicidio, por lo que me fue ordenado el tratamiento hospitalario, para tratar la ansiedad y la depresión ; pero este tratamiento aún no ha sido autorizado por la Nueva EPS.
17. Su señoría, mi estado de salud es de conocimiento de mis superiores en la secretaria de Educación, a quienes he remitido las incapacidades otorgadas junto con la historia clínica de las atenciones recibidas en la Nueva EPS y de los especialistas.
18. Con fundamento en lo anterior que es pertinente hacer referencia a los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional en los que ha argumentado sobre la estabilidad laboral reforzada de una persona en estado de debilidad manifiesta cuando es separado de sus funciones, pues al terminarse mi vinculación quedaría desamparada del sistema de seguridad social y de salud causándome un perjuicio irremediable y para mi en estos momentos resulta vital continuar con el servicio de salud, porque necesito continuar con los tratamientos y se garantice el derecho a la salud y mi derecho a la vida en condiciones dignas, por lo que de manera muy respetuosa invoco la solidaridad y protección del señor Juez de tutela para que ampare mis derechos fundamentales y se garantice la estabilidad laboral reforzada por encontrarme en una condición de debilidad manifiesta por mi estado de salud, de la cual la Honorable Corte Constitucional, quien ha dicho *"...la estabilidad laboral reforzada de una persona en estado de debilidad manifiesta no solo se presenta cuando la persona está discapacitada por perder un porcentaje considerable de su capacidad laboral y ser calificada por un junta de calificación de invalidez, ha expuesto que también lo son quienes por padecer alguna alteración en su estado de salud no se encuentran en una condición saludable, quedando en debilidad manifiesta a diferencia de una persona que no presenta ninguna alteración en su organismo."*

Su Señoría, si bien es cierto que la Secretaria de educación puede manifestar como ciertamente lo argumenta en el acto administrativo de la terminación de mi nombramiento provisional, que constituye justa causa para mi desvinculación por encontrarme vinculada en provisionalidad al ser cubierta la vacancia en virtud de un concurso de méritos, es también Es también cierto que mis derechos fundamentales son de orden Constitucional; como lo es mi derecho a la vida, es inviolable y prima sobre cualquier otro derecho, porque retirarme en este momento del servicio de salud implica la interrupción a los tratamientos y consecuentemente bien podrían considerarse como una pena a muerte, pues por los altos costos no tengo los recursos económicos para solventarlos, dado que la única fuente de mi sustento es mi salario y la afiliación al servicio médico por la condición de servidora pública, y que gracias a mi sueldo, he podido acceder a especialistas particulares teniendo en cuenta que el sistema de salud por la tramitología se demora en autorizar los exámenes y remisiones médicas.

Ahora por mi condición de salud y mi edad es muy difícil que pueda conseguir un trabajo, por ello solicito se amparen mis derechos fundamentales hasta tanto se produzca mi rehabilitación y sea valorada por medicina laboral en donde se determine bien sea mi rehabilitación o se califique la pérdida de capacidad laboral y pueda optar por una pensión de invalidez.

De acuerdo con la doctrina **constitucional** pertinente, un **perjuicio irremediable** se configura cuando el peligro que se cierne **sobre** el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.

La Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. ^[11]

Tengo conocimiento que dentro de la administración existen vacantes que fueron ofertadas en el concurso, pero no fue aceptado el nombramiento en periodo de prueba como es el caso directo del Dr. Edwin Fierro, quien participo en el concurso com profesional universitario código 219, grado 6, en la Oficina de Escalafon Docente, que m encuentro vinculada, en la Secretaria de Educacion Municipal de Pasto. Igualmente pueden presentarse vacancias por haberse producido después de la convocatoria, en las que pueda ser reubicada temporalmente en aplicación de la estabilidad laboral reforzada por encontrarme en estado debilidad manifiesta por mi estado de salud y/o por estar próxima a cumplir los requisitos para pensionarme, conforme lo demuestro con mi historia clínica y los hechos narrados.

Reitero que con la decisión tomada por la administración Municipal de Pasto – Secretaria de Educación, de terminar mi nombramiento provisional se esta afectando gravemente mis derechos fundamentales especialmente el derecho a la vida en condiciones dignas, porque para mi condición de salud resulta vital contar con mi salario, la seguridad social, pues debido a mi estado de salud he tenido que recurrir a prestamos para acudir a especialista, ya que si bien el sistema en parte me ha garantizado la prestación del servicio médico pero en muchas ocasiones he tenido que recurrir a especialistas particulares para obtener una atención medica mas oportuna.

Igualmente resulta importante resaltar, acogiendo lo reglamentado en la ley 790 de 2003, llevo 20 años vinculada en el sector público y tengo 53 años y 2 meses de edad, estaría próxima a cumplir con los requisitos para que sea considerada como prepensionada, es decir solo estaría a 10 meses a ser beneficiada al derecho a la estabilidad laboral reforzada por esta condición. Por lo que ruego a su señoría se me ampare el derecho a una estabilidad laboral reforzada por estar próxima a pensionarme al faltarme 3 años 11 meses para pensionarme, por lo que respetuosamente hago mención a los Sentencias proferidas por la Corte Constitucional en lo que se ha pronunciado protegiendo este derecho.

Como fundamento jurídico respetuosamente me permito transcribir unas sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional que amparan mis derechos fundamentales invocados:

“Sentencia T-186/13

**ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-
Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser prepensionados**

**PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA
PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES
CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia**

La jurisprudencia constitucional ha asumido el estudio de asuntos en los cuales entran en tensión, de un lado, la estabilidad laboral reforzada de servidores públicos que ejercen empleos de carrera en provisionalidad y, del otro, los derechos de acceso a esos mismos cargos de quienes superan el concurso público de méritos. El primer tópico que estudia ese precedente refiere a la procedencia excepcional de la acción de tutela en esos eventos. Es claro que la remoción del cargo de los servidores que los ejercen en empleos públicos en provisionalidad, se efectúa a través de la expedición de actos administrativos que declaran la insubsistencia, merced de la obligación constitucional y legal de ingresar al cargo a quien ha superado el concurso público de méritos.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro

La importancia del mérito ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, en tanto mecanismo que garantiza la objetividad, eficiencia y equidad al interior de la administración pública. Incluso, a partir de la identificación del carácter transversal del mérito en la Constitución y su vínculo inescindible con la intención del Constituyente de superar mecanismos para el ingreso al servicio público que resultaban contrarios a los derechos constitucionales e inidóneos para la ejercicio de la función pública en condiciones de transparencia y calidad, la Corte concluyó que el acceso por mérito era un elemento estructural de la Constitución. Por ende, configuraba un límite al ejercicio del poder de reforma del Congreso, quien tiene vedado incorporar reglas en la Carta que desconozcan la obligatoriedad de ese criterio para el acceso, permanencia y retiro de los cargos del Estado.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Propósitos

Existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso, permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos. A su vez, la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia sobre su aplicación y alcance

El retén social es una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entran en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.

PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS- Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general

para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Orden de reintegrar a la accionante por ser prepensionada y cabeza de familia

Referencia: expediente T-3.706.556

Acción de tutela interpuesta por Margarita Luz Orozco Lozano contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, que resolvieron en primera y segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela promovida por Margarita Luz Orozco Lozano contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. La ciudadana Margarita Luz Orozco Lozano, quien nació el 26 de abril de 1958,^[1] se desempeñaba como servidora pública del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (en adelante Incoder). Ejerció en provisionalidad el cargo de Secretaria Ejecutiva, código 4210, grado 23, de la planta global del Incoder en la Dirección Territorial Córdoba, del cual tomó posesión el 10 de abril de 2008.^[2] Previo al ejercicio en ese cargo, la actora desempeñó, también en condición de provisionalidad, el de Técnico Administrativo, código 4065, grado 15, de la misma Dirección Territorial, cargo del que se asumió posesión de acuerdo con el Acta 0052 del 9 de diciembre de 2003.^[3]

1.2. En la Convocatoria 001 de 2005, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), fue ofertado entre otros el cargo de Secretaria Ejecutiva que desempeñaba la accionante, para su provisión mediante concurso de méritos. Cumplidas las etapas del proceso de selección, la CNSC expidió la Resolución 1897 del 17 de mayo de 2012, mediante la cual conformó la lista de elegibles para promover los cargos de carrera del Incoder. Esta lista incorporó catorce cargos de Secretario Ejecutivo, código 4210, grado 23, correspondientes a distintas direcciones territoriales. En dicha lista obtuvo el séptimo lugar la ciudadana Yolanda Isabel Cassiani Tejada, dentro de ocho personas integrantes de la misma.^[4]

La CNSC procedió a proveer esos cargos, de acuerdo con las escogencias de plaza que realizaron los aspirantes concernidos en la lista de elegibles. En consecuencia, a través de la Resolución 1210 del 20 de junio de 2012, el Incoder nombró en la carrera administrativa a la ciudadana Cassiani Tejada, en el cargo que desempeñaba la actora. A su vez, ordenó en el mismo acto administrativo dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante Orozco Lozano, quien se entendería "... declarada insubsistente automáticamente, a partir de la fecha de posesión del nombramiento en periodo de prueba descrito en el artículo primero de la presente resolución."^[5]

1.3. De acuerdo con las pruebas adjuntadas a la acción de tutela, se encuentra que la actora adelantó acciones dirigidas a oponer de presente al Incoder que era acreedora de estabilidad laboral, al tener la condición de prepensionada y madre cabeza de familia. Al respecto, se encuentra que concurre al expediente certificación expedida por el subgerente administrativo y financiero y el coordinador del grupo gestión talento humano del Incoder, suscrita el 21 de noviembre de 2007, en el que se hace constar que distintos servidores de esa entidad, entre ellos la actora "... ostentan el derecho de protección especial consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, luego de verificados cada uno de los requisitos plasmados en la convocatoria, los documentos anexados por cada solicitante y la declaración manifestada ante notario público por los mismos."

Igualmente, la actora remitió a la Coordinación de Talento Humano del Incoder, solicitud radicada el 30 de noviembre de 2009, en la cual manifestó que era de su interés que fuera considerada como prepensionada, puesto que había cumplido 51 años el 25 de abril de ese año, a pesar que erróneamente aparecía en su cédula de ciudadanía como nacida en 1959, y no en 1958 como lo indicaba su registro civil de nacimiento. Consultó en el mismo documento la posibilidad que se le reconociera el mencionado estatus, mientras concluía el trámite de corrección ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.^[6]

1.4. Luego de proferida la Resolución que proveyó el cargo de la actora, la ciudadana Orozco Lozano formuló derecho de petición ante la Gerencia General del Incoder, con el objeto de solicitar que al momento de dar ejecución a la Resolución 1897/12, se tuviera en cuenta sus condiciones personales, a fin que se garantizara la estabilidad en el empleo. Para sustentar la petición, señaló que tenía las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico para ostentar el estatus de prepensionada, puesto que (i) tenía 54 años de edad, de los cuales 30 había ejercido diferentes empleos en el sector público; (ii) cumplía con los requisitos previstos en la Ley 100/93 para hacerse acreedora del régimen de transición en materia pensional, por lo que su jubilación estaba regulada por las reglas del artículo 36 de la Ley 33/85; y en consecuencia (iii) podía acceder a la pensión de vejez acreditando 20 años continuos en el servicio público y 55 años de edad. Además, hizo referencia a varios pronunciamientos de esta Corte que, en su criterio, han admitido la estabilidad laboral reforzada en casos análogos.

De igual manera, al accionante presentó recurso de reposición contra el acto administrativo que declaró su insubsistencia. En este formuló argumentos similares a los señalados en el derecho de petición mencionado.^[7]

1.5. La actora impetró el 30 de julio de 2012 acción de tutela contra el Incoder, al considerar que la decisión de removerla del empleo que desempeñaba, según se ha explicado, vulnera sus derechos constitucionales al mínimo vital, al debido proceso y a la protección especial de la madre cabeza de familia. Para ello, expone que tiene ese particular estatus, agravado por el hecho de las diferentes deudas a su cargo, que ascienden a más de trece millones de pesos. Agrega que su situación económica es particularmente difícil, pues está a cargo del pago de las matrículas universitarias de sus dos hijos, sumado a que una de ellos presenta un cuadro de ansiedad y depresión, médicamente diagnosticado. Con este fin, adjunta diferentes comprobantes de las mencionadas obligaciones, así como la historia clínica de su hija, que da cuenta de su delicado estado de salud.

A fin de sustentar su petición con otros argumentos, la ciudadana Orozco Lozano hace referencia a distintas decisiones de la Corte en materia de protección de la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia, al igual que respecto de los trabajadores próximos a cumplir con los requisitos para obtener la pensión de vejez. A partir de estos argumentos, expresa que el Incoder incumplió con su deber constitucional y legal de garantizarle la estabilidad laboral reforzada y, antes bien, la declaró insubsistente sin atender sus particularidades fácticas, que conocía de forma previa a la adopción del acto administrativo correspondiente y que a pesar de ello ignoró.

La accionante pone de presente que su pretensión no está dirigida a oponerse a los resultados del concurso público de méritos, sino a lograr la flexibilidad necesaria para que, habida consideración de la obligatoria incorporación de las personas que integran la lista de elegibles, pueda mantener su estabilidad laboral. Destaca sobre este particular que a pesar que los cargos ofertados fueron catorce, la lista de elegibles está integrada por solo ocho personas, lo que otorga un importante margen de maniobra al Incoder, particularmente con el fin de cumplir sus obligaciones en materia de estabilidad laboral reforzada.

Con base en los argumentos anteriores, concluye que en su caso particular se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable, derivado de la mencionada declaratoria de insubsistencia. Por ende, solicita a la jurisdicción constitucional que ordene al Incoder que la reintegre en su cargo o uno de mayor jerarquía en la Dirección Territorial Córdoba, y que la mantengan en el empleo hasta que obtenga la pensión de vejez y esté incluida en la nómina de pensionados del Seguro Social. De manera subsidiaria, solicita que en caso que no sea posible el reintegro en dicha Dirección, sea trasladada a un cargo igual o superior de otra seccional territorial, habida cuenta del carácter global y flexible de la planta de personal del Incoder. Sobre este particular, indica que esta fórmula ya ha sido aplicada en actos administrativos a favor de los servidores Víctor Figueroa Callejas, Yolanda Jiménez Figueroa, Diana Patricia Posada y Lilia Isabel Sarmiento. Finalmente, solicita que le sean pagados los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir en razón de la declaratoria de insubsistencia.

2. Respuesta de la entidad accionada

Mediante escrito formulado al juez de primera instancia, el Coordinador de Representación Judicial del Incoder se opuso a las pretensiones de la actora. Para ello, partió de señalar que el derecho de petición formulado por la accionante fue respondido mediante comunicación del 13 de julio de 2012. En dicha respuesta se le indicó a la solicitante los siguientes argumentos, que son reafirmados por el Incoder, esta vez ante el juez de tutela:

2.1. El cargo de la actora fue provisto en atención del concurso público de méritos exigido por el artículo 125 C.P. A partir de ese mandato constitucional, indica que la jurisprudencia del Consejo de Estado,¹⁸¹ ha concluido que la aplicación de la figura conocida como retén social, no es óbice para impedir la eficacia del concurso público. En ese sentido, dicho instituto es aplicable exclusivamente para el caso de la supresión de cargos propia de los procesos de renovación de la administración pública, sin que sea oponible al concurso mencionado.

2.2. No obstante, ante la problemática de los prepensionados, el artículo 1° del Decreto 3905 de 2009 determinó que “los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.”

Sin embargo, estos requisitos no eran cumplidos para el caso de la actora, en tanto no se había posesionado en el cargo ofertado antes del 24 de septiembre de 2004, pues en ese momento la demandante ocupaba el cargo de Técnica Administrativa, el cual desempeñó sin solución de continuidad desde el 9 de diciembre de 2003 y hasta el 10 de abril de 2008, cuando tomó posesión del cargo de Secretaria Ejecutiva.

De otro lado, en octubre de 2009, cuando entró en vigencia el Decreto 3905 de ese año, la actora contaba con 51 años de edad, por lo que tampoco cumple el requisito de estar a tres años o menos para pensionarse. Esto debido a que la legislación aplicable al asunto, en razón del régimen de transición, es el previsto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que exige cumplir con 20 años de servicio, continuos o discontinuos, y 55 años de edad.

2.3. Para el Incoder, los argumentos anteriores demuestran que la entidad se ajustó en su actuación a la Constitución y la ley, específicamente a las normas sobre ingreso al servicio público a través de concurso de méritos. En ese sentido, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante. Agrega que, para el caso particular del derecho de petición, se está ante un hecho superado, pues el Incoder dio oportuna respuesta a la solicitud de la actora, en la que puso de presente las razones que legitimaban la declaratoria de insubsistencia.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

De manera preliminar, debe indicarse que el juez de tutela ordenó en el auto admisorio del libelo la vinculación al trámite de la ciudadana Cassiani Tejada, quien se pronunció sobre la tutela y manifestó que había accedido al cargo de acuerdo con las estipulaciones legales en materia de concurso público de méritos. Agregó que había escogido la plaza ofertada en Montería, puesto que esa es su ciudad natal, en la que reside junto con cónyuge y sus dos hijos menores de edad.

A través de sentencia del 10 de agosto de 2012, el Juzgado Tercero Administrativo de Montería negó la acción de tutela de la referencia. Para ello, señaló que a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado en asuntos similares, resultaba claro que la aplicación de la figura del retén social, regulada por la Ley 790/02, era propia de los procesos de reestructuración pública, sin que fuera oponible, de manera general, a aquellos casos en que la remoción en el empleo obedeciera a la provisión por concurso de méritos.

A juicio del juez de tutela, la jurisprudencia mencionada, además de prever esta inoponibilidad general, indica que en los procesos de provisión de cargos por concurso de méritos se prevén dos escenarios diferenciados. El primero, en el cual la entidad correspondiente identificaba la naturaleza de los cargos ofertados, más no los individualiza. En esos casos, "... si el número de empleos convocados a concurso resulta menor al de los existentes en la planta de personal y dado que con la lista de elegibles no pueden proveerse en periodo de prueba más cargos de los ofertados, será la entidad nominadora la que entrará a definir cuáles de estos serán los escogidos para ser provistos."

En contrario, en el segundo escenario la oferta de empleos es individualizada, de manera que la entidad nominadora carece de la opción mencionada. Esto debido a que en ese caso tanto el aspirante como quien ejerciese el cargo en provisionalidad tenían certeza acerca que ese empleo específico había sido ofertado. Así, una vez cumplido el concurso público, el aspirante escogido tenía un derecho particular y cierto de acceder al empleo. Para la jurisprudencia citada, solo en el primer escenario era viable reconocer la estabilidad laboral derivada de los beneficios del retén social. Así, de acuerdo con ese precedente "... es dable concluir que los principios y finalidades del retén social cuando de provisión de cargos por concurso de mérito se trata, sólo pueden oponerse por quien detenta en provisionalidad un empleo ofertado al nominador – se repite no al concursante que está en la lista de elegibles -, en el evento en que éste esté en la posibilidad de elegir de entre un número de cargos mayor a los convocados en los cuales se harán los nombramientos en periodo de prueba, es decir en aquellos concursos en los cuales los empleos ofertados sólo fueron identificados pero no individualizados."

Llevado este criterio al asunto objeto de examen, el juez de tutela concluyó que el cargo que ejercía la actora había sido individualizado al momento de ofertarse. Por lo tanto, no era posible garantizar su estabilidad laboral, sin con ello desconocer los derechos de la ciudadana Cassiani Tejada, quien había accedido al empleo público a partir del sistema de carrera administrativa, el cual tiene naturaleza constitucional obligatoria y preferente.

Impugnación

La demandante impugnó el fallo anteriormente reseñado, con el argumento que esa decisión omitió hacer cualquier análisis acerca de la protección del derecho al mínimo vital, más aún cuando se trataba de un sujeto de especial protección constitucional. Agregó que la sentencia también dejó de establecer si el Incoder incurrió en negligencia al no advertir esa especial condición, la cual le comunicó de manera previa a la expedición del acto que la declaró insubsistente. A juicio, esa comunicación obligaba a prodigarle alternativas compatibles con la estabilidad laboral reforzada que, en su criterio, impone la jurisprudencia constitucional.

Por ende, en tanto su alto grado de vulnerabilidad es incompatible con la duración de un proceso ante la jurisdicción contenciosa, la acción de tutela debió declararse procedente.

Segunda instancia

Mediante decisión del 1º de octubre de 2012, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, concedió la tutela de los derechos invocados por la ciudadana Orozco Lozano.

En criterio del Tribunal, en el caso estaba probada la inminencia de un perjuicio irremediable, puesto que la condición de madre de cabeza de familia y prepensionada de la actora era un asunto probado y reconocido por la misma entidad demandada. De este modo, la demandante solicitó en su oportunidad que al momento de proveerse el cargo en que se desempeñaba, le fuera tenida en cuenta la estabilidad laboral que se derivaba de su particular situación. Así, la acción de tutela resultaba idónea para resolver el caso analizado, en la medida en que el Incoder "... debió tener en consideración la actual situación de la actora, toda vez que el Incoder debió tener en consideración al actual situación de la actora y el reconocimiento y pago efectivo de su derecho pensional, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso judicial, dada la duración del mismo. Lo anterior, por cuanto el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, y los mecanismos judiciales ordinarios carecen de efectividad suficiente para proteger los derechos fundamentales amenazados, tales como el mínimo vital."

Agrega, de la misma manera, que la jurisprudencia constitucional, específicamente la sentencia T-729/10, ha contemplado que las reglas del retén social de que trata el artículo 12 de la Ley 790/02, aunque fueron previstas para los procesos de renovación de la administración pública, también son aplicables en los casos de insubsistencia derivada de la provisión del cargo por concurso público de méritos. Ello debido a que en ese evento es igualmente necesario ponderar entre la fórmula constitucional de acceso a los cargos públicos y los derechos de sujetos de especial protección que ejercen esos empleos en provisionalidad.

Aplicadas estas consideraciones en el asunto objeto de examen, el Tribunal consideró que en el caso planteado era posible adoptar una decisión que, sin afectar los derechos de carrera administrativa, permitiera a la accionante permanecer en el servicio público. Ello debido a que de la información contenida en el expediente se colige que el número de aspirantes que integran la lista de elegibles es inferior al número de cargos ofertados. Una orden de esa naturaleza, en criterio del Tribunal "... no implica que se posponga el nombramiento en periodo de prueba de las personas que conforman la lista de elegibles, ni que en favor de la actora se pueda predicar la existencia de una estabilidad laboral similar a la reconocida a los empleados de carrera, porque la misma no cumple los requisitos para ser considerada como tal, sino como quiera que el número de personas que conforman la lista de elegibles es inferior al número de cargos por proveer, es dable ordenar el reintegro de la actora, en la medida en que existan vacantes para el cargo que ocupaba. || Ahora bien, se reitera, [como] la actora estaba nombrada en provisionalidad debía darse por terminado para garantizar los derechos de las personas que conforman la lista de elegibles, pero también se resalta que en el sub examine el INCODER debió tener en cuenta sus circunstancias especiales."

Conforme los argumentos anteriores, el Tribunal ordenó el reintegro de la actora a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba, manteniéndola en el empleo hasta acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez y "logre respuesta de la entidad pensional correspondiente". Lo anterior sin perjuicio de los derechos de carrera que le asisten a la ciudadana Cassiani Tejada.

4. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección número ocho, en decisión del 9 de agosto de 2012, decidió seleccionar el presente expediente, asignándosele a la Sala Novena de Revisión.

Una vez repartido el asunto, el magistrado sustanciador consideró necesario decretar una prueba, relativa a la determinación por autoridad competente de la edad de la actora. En consecuencia, ordenó oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el fin que informara a la Corte acerca de (i) la identificación de la ciudadana Orozco Lozano; (ii) la fecha y lugar de nacimiento de la accionante, de acuerdo con la información contenida en el registro civil; (iii) si el documento de identificación ha sufrido modificaciones o correcciones; y (iv) la información adicional que la Registraduría considerase pertinente agregar, a fin de cumplir con el objetivo del decreto de pruebas.

A través de comunicación del 1º de febrero de 2013, la Coordinación del Grupo Jurídico de la Dirección Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, certificó a la Corte lo siguiente:

4.1. Que la ciudadana Orozco Lozano estaba identificada con la cédula de ciudadanía 34.971.511, la cual concuerda con la reportada en el expediente de la referencia.

4.2. Que la demandante cuenta con Registro Civil de Nacimiento inscrito el 27 de enero de 1971 en la Notaría Primera de Montería. En este documento se hace constar que la actora nació el 26 de abril de 1958.

4.3. Que la ciudadana Orozco Lozano "tramitó su cédula por primera vez [el] 27 de octubre de 1977 en la Registraduría Especial de Montería (Córdoba), teniendo como documento base la Tarjeta de Identidad número 590425-00237 quedando con fecha de nacimiento el 25 de abril de 1959 tal y como lo acredita la tarjeta decadactilar de preparación de cédula de primera vez". A su vez, la Registraduría indicó que la accionante solicitó rectificación de su cédula de ciudadanía "el 27 de mayo de 2011, en la Registraduría Especial del Estado Civil de Montería (Córdoba) en cuanto a su fecha de nacimiento quedando **26 de abril de 1958** documento que fue remitido por oficinas centrales de la Registraduría Nacional del Estado Civil a la Registraduría Especial de Montería (Córdoba) el 14 de junio de 2011."

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. La actora considera que se han vulnerado sus derechos al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, en razón que fue retirada del empleo que desempeñaba en condición de provisionalidad, debido a que el mismo fue proveído por la aspirante que participó en el concurso público de méritos convocado para el efecto. Sostiene que la decisión del Incoder es contraria a sus derechos fundamentales, más aun cuando dejó de tener en cuenta que (i) había adelantado previamente los trámites para que le fuera reconocida la condición de prepensionada, estatus que fue reconocido en su momento por la entidad demandada; y (ii) que su condición familiar era crítica, merced que de sus ingresos dependía el sostenimiento de sus hijos, incluida una de ellos quien sufre graves problemas de salud.

La entidad demandada sostuvo que se negó a mantener en el empleo a la actora, puesto que no cumplía con las condiciones previstas para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, en los términos del artículo 1° del Decreto 3905 de 2009. Adicionalmente, puso de presente una decisión del Consejo de Estado que concluye que las medidas del denominado retén social, solo eran aplicables ante la supresión de empleos derivada de procesos de restructuración del Estado, más no cuando la salida del servidor público que ejercía el cargo en provisionalidad era consecuencia del concurso público de méritos. Así, debía darse prelación a los derechos del aspirante que, al haber superado satisfactoriamente el concurso, ingresa de pleno derecho a la carrera administrativa.

El juez de primera instancia avaló los argumentos formulados por el Incoder y negó la protección de los derechos invocados. Agregó que, conforme decisiones del Consejo de Estado, la única alternativa de garantía de la estabilidad laboral reforzada en el escenario analizado, concurría cuando los cargos ofertados fueron identificados, más no individualizados. Como en su criterio el cargo que ostentaba la accionante pertenecía al segundo grupo, entonces no era posible acceder a su solicitud de permanencia del empleo.

Impugnada la decisión, el Tribunal de segunda instancia revocó el fallo antes explicado y concedió el amparo. Consideró para ello que el Incoder había desconocido las circunstancias fácticas particulares de la accionante, las cuales ameritaban que le fuera otorgada la garantía constitucional de la estabilidad laboral reforzada, en su doble condición de prepensionada y madre cabeza de familia. Así, ordenó el reintegro al cargo hasta que accediera materialmente a la pensión de jubilación.

2. De acuerdo con estos antecedentes, corresponde a la Sala resolver dos problemas jurídicos diferenciados: El primero consistente en determinar si las medidas de estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que son sujetos de especial protección constitucional, como sucede con aquellas personas próximas a pensionarse o las madres cabeza de familia, operan cuando la remoción dichos servidores responde a los resultados del concurso público de méritos para el acceso al empleo que desempeñaban en provisionalidad. Si la respuesta a este primer asunto es afirmativa, debe determinarse por la Corte si se vulneran los derechos constitucionales al mínimo vital, a la igualdad material y a la estabilidad laboral reforzada, cuando la Administración decide remover de su cargo al servidor público que ejerce el empleo en provisionalidad y que tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en razón de los derechos de carrera administrativa de quien accede al empleo por concurso de méritos.

Debe la Sala señalar preliminarmente que estos asuntos han sido objeto de análisis por decisiones anteriores de la Corte y respecto a casos análogos al contenido en el asunto de la referencia. Por ende, esta decisión se ceñirá a las reglas jurisprudenciales fijadas en dichas sentencias. En consecuencia, para resolver los mencionados problemas jurídicos, la Sala adoptará la siguiente metodología. En primer lugar, reiterará brevemente el precedente jurisprudencial acerca de (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para lograr el reintegro de servidores públicos retirados del empleo en virtud de acto administrativo; (ii) la preminencia constitucional del concurso público de méritos como procedimiento general y preferente para el acceso a los empleos del Estado; (iii) las modalidades y características de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse; y (iv) el carácter vinculante de criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de las normas sobre provisión de cargos del Estado. En segundo lugar y a partir de las reglas jurisprudenciales identificadas en el anterior análisis, se resolverá el caso concreto.

Las condiciones para la garantía de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse que ejercen en provisionalidad empleos públicos sometidos a concurso público de méritos. Reiteración de jurisprudencia

Condiciones formales de procedencia de la acción de tutela

3. La jurisprudencia constitucional ha asumido el estudio de asuntos en los cuales entran en tensión, de un lado, la estabilidad laboral reforzada de servidores públicos que ejercen empleos de carrera en provisionalidad y, del otro, los derechos de acceso a esos mismos cargos de quienes superan el concurso público de méritos.¹⁹¹ El primer tópico que estudia ese precedente refiere a la procedencia excepcional de la acción de tutela en esos eventos.

Es claro que la remoción del cargo de los servidores que los ejercen en empleos públicos en provisionalidad, se efectúa a través de la expedición de actos administrativos que declaran la insubsistencia, merced de la obligación constitucional y legal de ingresar al cargo a quien ha superado el concurso público de méritos. Estas actuaciones son susceptibles de control judicial ante el contencioso administrativo, con el fin de lograr su declaratoria de nulidad y correlativo restablecimiento en el derecho conculcado.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 C.P., ante la existencia de un mecanismo judicial principal para resolver la presunta vulneración de derechos fundamentales, la acción de tutela solo procederá ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Para el caso objeto de examen, la jurisprudencia ha distinguido entre dos requisitos fácticos

para dicha procedencia: la estructuración de la mencionada inminencia y la necesidad de cumplir con el requisito de inmediatez.

4. En cuanto al primer aspecto, se ha considerado que el afectado debe demostrar probatoriamente que su exclusión del empleo público lo pone en una situación de extrema vulnerabilidad, generalmente relacionada con la afectación cierta y verificable de su derecho al mínimo vital. Sobre el particular, la Corte ha indicado que “...por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos, por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. || No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.”^[10]

Conforme a la misma jurisprudencia y llevado este argumento al caso analizado, es claro que las acciones contenciosas no se muestran idóneas para garantizar los derechos de las personas próximas a pensionarse y quienes dependen económicamente del ingreso derivado del ejercicio del cargo público. Ello debido a que la duración usual de estos procesos excede ampliamente los requerimientos propios de la satisfacción del mínimo vital del afectado. Por ende, como lo ha señalado la Corte, dicha tesis de improcedencia “... se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación^[11], debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurarse una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier caso, en un término inferior a 6 meses. || No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestión o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados”.^[12]

5. La siguiente condición formal refiere al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, se ha indicado por la jurisprudencia que la acción de tutela debe promoverse dentro de un plazo razonable, compatible con la urgencia en la satisfacción de los derechos, la que a su vez se explica en el vínculo entre el mantenimiento en el empleo público del prepensionado y la satisfacción de su derecho al mínimo vital. Para la Corte, “[t]ratándose de la inmediatez como presupuesto procesal del ejercicio de la acción de tutela, cabe recordar que al ser declarado inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991^[13], no hay un término de caducidad para su interposición; con todo, ésta debe incoarse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso concreto. || En efecto, como ha indicado esta misma Sala de Revisión, “no es entendible que quien esté padeciendo un serio quebrantamiento contra un derecho de tal calidad, retarde la petición de protección, acudiendo a un mecanismo precisamente caracterizado por ser preferente, sumario y propiciador de inmediato amparo (art. 86 Const.)”^[14]. ”^[15]

Por lo tanto, estas condiciones formales serán verificadas por la Sala al momento que asuma el estudio del caso concreto, con sujeción a la metodología expuesta en el fundamento jurídico 2 de esta sentencia.

La preminencia constitucional del mérito como mecanismo para el acceso al empleo público

6. La Constitución Política prevé un grupo de reglas definidas respecto del acceso a los empleos del Estado. En los términos del artículo 125 C.P., se tiene que (i) como regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa; (ii) cuando se esté ante funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público de méritos; (iii) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo el cumplimiento de los requisitos definidos por el ordenamiento jurídico para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes; (iv) el retiro del servicio público obedecerá a motivos taxativos, relacionados con la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario o por las demás causales previstas en la Constitución o la ley; y (v) en ningún caso la filiación política determinará el acceso, ascenso o remoción en un empleo de carrera.

El propósito del Constituyente, a partir de las previsiones descritas, es evidente. El acceso a los cargos del Estado debe efectuarse a partir de un mecanismo objetivo, que se aleje de las prácticas clientelistas y que concurra en la construcción

de un servicio público profesional, en donde las condiciones de ingreso, permanencia y retiro respondan exclusivamente a factores reglados, no discrecionales. De forma correlativa, la previsión constitucional señala que el factor preminente para el ingreso y permanencia en el empleo público no es otro que el mérito, evaluado a través de concursos públicos, que midan las capacidades del aspirante o servidor del Estado.

La importancia del mérito ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, en tanto mecanismo que garantiza la objetividad, eficiencia y equidad al interior de la administración pública. Incluso, a partir de la identificación del carácter transversal del mérito en la Constitución y su vínculo inescindible con la intención del Constituyente de superar mecanismos para el ingreso al servicio público que resultaban contrarios a los derechos constitucionales e inidóneos para la ejercicio de la función pública en condiciones de transparencia y calidad, la Corte concluyó que el acceso por mérito era un elemento estructural de la Constitución. Por ende, configuraba un límite al ejercicio del poder de reforma del Congreso, quien tiene vedado incorporar reglas en la Carta que desconozcan la obligatoriedad de ese criterio para el acceso, permanencia y retiro de los cargos del Estado.

7. Sobre el particular, la sentencia C-181/10, al recapitular varias decisiones de la Corte acerca del tópico analizado, en particular los fallos C-901/08 y C-588/09, identificó los siguientes propósitos principales del mérito como factor preminente para el acceso al servicio público.

7.1. En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el artículo 209 C.P. La prestación del servicio público por personas calificadas redundan en la eficacia y eficiencia en su prestación. De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad a la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas.

7.2. En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de ese mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo.

7.3. En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscriba la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos.

8. De manera correlativa, la jurisprudencia también ha identificado que resulta plenamente justificado, desde la perspectiva constitucional, que los ciudadanos que superan satisfactoriamente los procesos de selección, adquieran un derecho subjetivo, de índole superior, de ingreso al servicio público. Los derechos de carrera, así entendidos, garantizan de suyo un grado de estabilidad laboral para el aspirante que gana el concurso, quien solo podrá ser excluido del empleo conforme a las disposiciones constitucionales y legales. Estos derechos, a su vez, imponen un acceso preferente al cargo, que subordina la permanencia en el empleo del servidor que lo ostente y que no haya ingresado al mismo mediante concurso público de méritos. Al respecto, la Corte ha señalado que si bien el legislador tiene un amplio margen de configuración normativa, este se encuentra limitado por la obligatoriedad de garantía de los derechos de carrera. Así, se ha estipulado en la jurisprudencia que ese límite versa sobre “[l]a protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución, en la medida en que esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado.”^[16] || Lo anterior, sin perder de vista que la carrera administrativa tiene el carácter de principio del ordenamiento superior “que además se constituye en principio principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º. del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.”^[17]”^[18]

9. En conclusión, existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso, permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos. A su vez, la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad.

10. Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados.

El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

11. El antecedente más conocido de esta controversia, aunque como se explicará ulteriormente no el único, es el del denominado retén social. Esta figura respondió a los procesos de reestructuración del Estado adelantados en la pasada década, en los cuales el legislador determinó la necesidad de suprimir empleos dentro de las entidades objeto de liquidación. Esas mismas normas previeron mecanismos de estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección constitucional, quienes tendrían el derecho a mantenerse en el empleo hasta el momento en que finalizara la liquidación del ente respectivo.

Para el caso particular de las personas próximas a pensionarse, la Corte ha explicado las sucesivas reglas legales y jurisprudenciales que han regulado la figura del retén social ante la estabilidad laboral de los prepensionados. Sobre el particular, son ilustrativas las siguientes consideraciones, expresadas en la sentencia T-729/10, la cual realizó una síntesis de los fallos de control de constitucionalidad pertinentes al tópico y por cuya importancia son transcritas in extenso:

1. La Corte Constitucional se ha referido en un conjunto amplio de providencias a la estabilidad laboral de grupos vulnerables en procesos de reestructuración institucional del Estado^[19]. En esta oportunidad, la Sala reiterará apartes centrales de la sentencia C-795 de 2009, pronunciamiento en el que se encuentran sistematizados los criterios y subreglas aplicables en materia de retén social.

2. En el fallo mencionado, este Tribunal explicó que los procesos de renovación institucional encuentran sustento en la necesidad de adecuar la estructura orgánica de la administración a las cambiantes exigencias económicas y sociales, con el propósito de lograr una adecuada prestación de los servicios a cargo del estado, y un manejo eficiente de los recursos públicos.

3. Precisó la Corte, además, que la consecución de esos fines, sin duda legítimos en el estado constitucional, debe realizarse evitando al máximo la restricción de los derechos de los grupos sociales que puedan verse afectados, cuando la reforma institucional implica la modificación de la estructura de las plantas de personal.

“15. En suma, la Constitución autoriza los procesos de reestructuración de la administración central (Arts. 150.7 y 189.14), los cuales deben obedecer al cumplimiento de los fines que inspiran el Estado Social de Derecho (Art. 1°); en el curso de los mismos, resulta admisible la supresión, fusión o creación de empleos, pero las actuaciones de la administración deben ceñirse a los principios que orientan la función pública (Art. 209), y contemplar e implementar mecanismos que preserven los derechos de los trabajadores”.

4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3° y 4° del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002^[20] se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia^[21], los discapacitados y los servidores públicos

próximos a pensionarse.^[22]” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado^[23] que dicha protección, es de origen suprallegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado || En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho^[24].”

7. Finalmente, en la citada sentencia C-795 de 2009, la Corte armonizó la jurisprudencia constitucional en cuanto a la delimitación del concepto de persona prepensionada, objeto de amplias discusiones interpretativas:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública^[25]”

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

12. Como se observa, el instituto jurídico del retén social está conformado por un grupo de reglas legales, amparadas por decisiones de control abstracto de constitucionalidad, que tienen por objeto hacer compatibles la facultad del legislador de prever procesos de reestructuración de la Administración y los derechos fundamentales de servidores públicos sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los trabajadores próximos a pensionarse.

Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la

igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.

Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados y la provisión del cargo público mediante mecanismos basados en el mérito

13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto puede llegar a afectar derechos constitucionales, que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esa interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Así, se ha considerado en la jurisprudencia, para el caso particular de los prepensionados, las siguientes premisas, útiles para resolver la tensión expuesta:

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/99^[26] la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva.

(...)

A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas –por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones- deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 –asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado-, 4 –prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas- y 5 –primacía de los derechos inalienables de la persona- de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados.”¹²⁷¹

15. *La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de acuerdo con el precedente expuesto, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.*

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos se hayan proveído por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado.

16. *Estas fueron las consideraciones plasmadas por la Corte en la sentencia T-729/10, reiterada en la decisión T-017/12. En aquella oportunidad, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba se proveyó en propiedad mediante concurso. Esto a pesar de que, con acompañamiento de la propia entidad, había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de 43 personas para la provisión de 64 cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre sus ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales.*

Para sustentar esta conclusión, la Sala de Revisión planteó las siguientes premisas, que al mostrarse dirimentes para resolver el asunto planteado, son transcritas in extenso.

“[E]stima la Sala que la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado. Primero, porque el concurso solo se realiza si el cargo se encuentra en vacancia, lo que excluye de plano que pueda afectar a funcionarios nombrados en propiedad. En consecuencia, (ii) los funcionarios que se ven afectados por la celebración del concurso de la Registraduría Nacional del Estado Civil son aquellos que se encuentran nombrados en provisionalidad, así que son conscientes del carácter precario de su estabilidad; y, (iii) porque en la sentencia C-588 de 2009, la Sala Plena de este Tribunal consideró que la inscripción extraordinaria en carrera (medida destinada a proteger a todos quienes se hallaban en provisionalidad al momento de iniciarse los concursos de méritos) afecta el núcleo del sistema democrático, tal como fue concebido por el constituyente de 1991.

En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Sin embargo, la medida no es necesaria, debido a que la convocatoria 003 de 2008 se abrió para la provisión de 64 cargos de delegado departamental, y el resultado del concurso de méritos produjo la elaboración de una lista de elegibles conformada por 43 nombres. Esto significa que 21 de los cargos no se encuentran actualmente provistos mediante concurso de méritos, y que la entidad, en virtud de los principios de ausencia de arbitrariedad del estado de derecho; de razonabilidad y proporcionalidad que limitan las limitaciones a los derechos fundamentales en el estado constitucionalidad, y en atención al carácter de derecho fundamental y principio esencial del estado social

que ostenta el derecho al trabajo, no podía decidir por azar cuáles funcionarios debían mantenerse en sus cargos y cuáles debían ser retirados; pero tampoco podía decidir desvincularlos a todos sin tomar en cuenta su situación particular, pues ello constituye un desconocimiento del artículo 13 constitucional (particularmente en sus incisos 3º y 4º).

El hecho de que la entidad le haya informado al actor, días antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento, que había sido incluido en el plan de prepensionados de la entidad, destinado a acompañarlo en los trámites para la obtención de su pensión de vejez, sí permite acreditar que la parte accionada conocía plenamente su situación, y que era consciente de su estado de vulnerabilidad.

Por lo tanto, no podía aplicar lo que podría denominarse la “regla absoluta de exclusión”, para evitar la “exclusión al azar”, como se infiere de la contestación a la demanda sino que, en aplicación de los principios de buena fe y solidaridad social, debía tomar en cuenta la situación del actor quien, además de encontrarse en trámite de reconocimiento pensional, prestó sus servicios profesionales a la entidad por más de 28 años” (subrayas no originales).

17. A partir de los precedentes expuestos, se tiene que la Corte ha concluido que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente; y (iii) una decisión de ese carácter se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que se resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

Caso concreto

18. Con base en la información explicada en el apartado de precedentes, sumada a las pruebas practicadas por la Corte en sede de revisión, la Sala concluye los siguientes supuestos fácticos.

18.1. La ciudadana Orozco Lozano cumplía, al momento de conformarse la lista de elegibles, la condición de prepensionada y de madre cabeza de familia. En ese sentido, su salario en el empleo público que desempeñaba servía de sustento para sí y para sus hijos, entre ellos una aquejada por quebrantos de salud, atendidos en razón de la afiliación de la actora al sistema general de seguridad social en salud. Estas circunstancias acreditan la inminencia de un perjuicio irremediable, en los términos explicados en el fundamento jurídico 4 de esta sentencia, puesto que la accionante vería gravemente afectado su derecho al mínimo vital ante la ausencia del ingreso económico que financia las necesidades materiales propias y de su núcleo familiar dependiente, razón que torna en inidóneo el mecanismo judicial ordinario, dirigido a cuestionar la Resolución que declaró la insubsistencia.

Del mismo modo, los antecedentes de esta decisión demuestran que la actora formuló la acción de tutela en un plazo razonable, como es un mes después de proferido el acto administrativo que la separó del empleo público. En consecuencia, también está cumplido el requisito de inmediatez.

18.2. La actora se ha desempeñado en dos cargos dentro de la misma Dirección Territorial del Incoder, sin solución de continuidad. Asumió el segundo de los empleos desempeñados a partir del 10 de abril de 2008. Ese cargo hizo parte de los catorce de similar naturaleza que fueron ofertados en concurso público de méritos. Con todo, en noviembre de 2007, cuando la accionante desempeñaba el anterior cargo, manifestó a la entidad demandada que debía reconocerle su estatus de prepensionada, a lo cual autoridades administrativas del Incoder la incluyeron en una lista para ese efecto.

18.3. Luego de realizado el concurso público de méritos, fue conformada la lista de elegibles, integrada por ocho aspirantes, esto es, menos que los catorce cargos ofertados. El séptimo lugar en esa lista fue obtenido por la ciudadana Cassiani Tejada, a quien se le nombró en el cargo que ostentaba la demandante. Así, a través de Resolución de junio de 2012, se le declaró insubsistente del mismo.

Sobre este particular debe insistirse que tanto los cargos ofertados como la conformación de la lista de elegibles correspondieron a un grupo de empleos, todos ellos correspondiente a Secretario Ejecutivo del Incoder, dentro del mismo grado. Esta circunstancia impedía, por sí misma, que el juez de primera instancia hiciera uso del precedente del Consejo de Estado sobre la imposibilidad de reconocer la estabilidad laboral reforzada en cargos ofertados de manera individual y concreta. Así, al margen de la controversia que ese precedente pueda generar, debido a su incompatibilidad con el

fundamento constitucional de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, en todo caso no era aplicable en el asunto sub examine, en virtud de la ausencia de identidad fáctica antes explicada.

19. La Sala advierte que en el presente caso la entidad demandada desconoció su deber de interpretar las normas de carrera administrativa de una manera razonable y compatible con los derechos fundamentales de la accionante. Esto más aun cuando concurrían los supuestos fácticos que permitían al Incoder tener el margen de maniobra suficiente para proteger correlativamente los derechos de la actora y de la aspirante que superó el concurso de méritos.

Está suficientemente probado que la actora tenía al momento de la conformación de lista de elegibles la condición de prepensionada, pues para mayo de 2012 le faltaban menos de tres años para obtener la pensión de jubilación, merced que manifiesta ser acreedora del régimen de transición. Adicionalmente, las pruebas presentadas con la acción de tutela, que no fueron controvertidas por la entidad accionada, demuestran que la ciudadana Orozco Lozano también tiene la condición de madre cabeza de familia, responsable económicamente de sus hijos, una de ellas con condiciones graves de salud.

Por ende, como la accionante tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, el Incoder debía realizar una interpretación de las normas legales sobre la carrera administrativa, que permitiera proteger los derechos de la actora hasta tanto fuera posible. Bajo esta perspectiva, la Sala se opone a la comprensión realizada del Decreto 3905 de 2009, puesto que si bien el último cargo desempeñado por la actora en condición de provisionalidad fue asumido en abril de 2008, en cualquier caso la ciudadana Orozco Lozano se había desempeñado en un cargo dentro la misma entidad, antes de septiembre de 2004, cargos que fueron asumidos sin solución de continuidad. En efecto, según se explicó en los antecedentes de esta sentencia, la actora se posesionó en el cargo de Técnico Administrativo Código 4065 Grado 15, el 9 de diciembre de 2003, esto es, antes del límite exigido por el mencionado Decreto. Entonces, la estabilidad laboral reforzada a la que tenía derecho debía computarse desde ese momento.

Ahora bien, se encuentra que el caso analizado era plenamente factible proteger los derechos de los aspirantes que conformaron la lista de elegibles, a la vez que las garantías constitucionales de la accionante. Esto en razón que los cargos ofertados eran superiores en número a los ciudadanos que integraron la lista. Por ende, como se explicó en los casos precedentes, la Administración tenía plena posibilidad de proveer los cargos para todos los aspirantes y, a su vez, permitir que la actora se mantuviera en el empleo hasta tanto adquiriera su pensión de jubilación. Esto más aún cuando desde 2007 tenía conocimiento que la ciudadana Orozco Lozano estaba próxima a pensionarse.

Lo explicado demuestra que el Incoder actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos de la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional, para privilegiar una interpretación literalista, y por ende desproporcionada, de las normas de carrera. Ello debido cuando, a pesar de tener la posibilidad fáctica y jurídica de garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integraban la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral de la ciudadana Orozco Lozano, decidió retirarla del cargo.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de segunda instancia, que protegió los derechos fundamentales de la accionante.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta decisión, la sentencia proferida el 1° de octubre de 2012 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

QUINTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Sentencia T-693/15

PREPENSIONADO-Definición/PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección/PREPENSIONADO-Alcance de la protección

ACCION DE TUTELA EN MATERIA LABORAL-Procedencia excepcional

En innumerables oportunidades, las diferentes Salas de Revisión han precisado que cuando exista un conflicto de índole laboral que comprometa significativamente los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad y, además, la acción ordinaria prevista jurídicamente para resolver el conflicto no garantice de manera oportuna y plena las prerrogativas constitucionales comprometidas; la acción de tutela es procedente.

TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA-Reconocimiento al afiliado de pensión de vejez

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Deber del empleador de garantizar estabilidad del trabajador hasta su inclusión en nómina

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL-Orden de pagar a favor de accionante salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación laboral hasta momento en que se canceló su primera mesada pensional

Referencia: Expediente T-5004316

Acción de tutela interpuesta por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra la Empresa Social del Estado Pasto Salud (en adelante Pasto Salud E.S.E.), con vinculación oficiosa de la Secretaría de Salud de la Alcaldía Municipal de Pasto.

*Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA*

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)

La Sala Primera (1ª) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Myriam Ávila Roldán (e) y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las siguientes decisiones judiciales: en primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías para Adolescentes de Pasto, el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para Adolescentes de Pasto, el siete (7) de abril de dos mil quince (2015) en el proceso de tutela iniciado por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra Pasto Salud E.S.E.

El proceso de la referencia fue objeto de insistencia por parte del Defensor del Pueblo^[1] y seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).

I. DEMANDA Y SOLICITUD

Jorge Aníbal Chamorro Ortega presentó acción de tutela contra Pasto Salud E.S.E., en defensa de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. A su juicio, la entidad accionada desconoció la protección constitucional a la estabilidad laboral de la que presuntamente era titular por su condición de trabajador prepensionado, al no renovar su contrato de trabajo a término fijo suscrito como trabajador oficial. En consecuencia, solicitó que se ordenara su reintegro laboral al cargo que ocupaba o a uno similar y el pago de las acreencias dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación.

1. El accionante funda su solicitud de tutela en los siguientes hechos

1.1. Jorge Aníbal Chamorro Ortega se vinculó laboralmente a Pasto Salud E.S.E. desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012), como trabajador oficial para prestar sus servicios personales como conductor de ambulancia, a través de contratos de trabajo a término fijo por un año.^[2]

1.2. Posteriormente, el treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014), el actor y el Gerente de Pasto Salud E.S.E. suscribieron contrato de trabajo a término fijo comprendido entre el primero (1) de febrero de dos mil catorce (2014) hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil quince (2015),^[3] el cual, se regiría normativamente por la Ley 6 de 1945^[4] y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, por corresponder a un empleo de trabajador oficial.

1.3. Con fundamento en la cláusula novena del contrato de trabajo antes referido, que precisa que el término inicialmente pactado se entendería prorrogado si las partes no manifestaran por escrito su voluntad de no prorrogarlo treinta (30) días antes de su vencimiento, el Gerente de Pasto Salud E.S.E., mediante comunicación escrita del primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014), le informó al señor Chamorro Ortega que debido al cumplimiento del término pactado, el contrato de trabajo no sería prorrogado.^[5]

1.4. El accionante es una persona de 62 años de edad,^[6] que cotizó al Sistema General de Pensiones desde el veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982) hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil catorce (2014), un total de mil doscientas quince (1.215) semanas.^[7] Desde el mes de noviembre de dos mil doce (2012)^[8], solicitó a Colpensiones la corrección de su historial laboral con el fin de iniciar el trámite correspondiente para el reconocimiento pensional, la cual, según el escrito de tutela, no ha sido resuelta pese a que la solicitud ha sido reiterada.^[9]

1.5. En su escrito de tutela, el señor Chamorro Ortega aseguró que el Gerente de Pasto Salud E.S.E. tenía conocimiento de su situación pensional, ya que en dos oportunidades le había manifestado verbalmente que se encontraba próximo a pensionarse.^[10]

1.6. Con fundamento en lo anterior, el cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015), el señor Jorge Aníbal Chamorro Ortega presentó acción de tutela contra Pasto Salud E.S.E. por considerar que dicha entidad desconoció la protección constitucional a la estabilidad laboral de la que presuntamente era titular por su condición de trabajador prepensionado, al no renovar su contrato de trabajo a término fijo suscrito como trabajador oficial. En su escrito de tutela solicitó se ordenara su reintegro como medida provisional.

1.7. Señala que su núcleo familiar está conformado por su cónyuge de 54 años, quien se dedica a las labores del hogar, y agrega que ambos dependen exclusivamente del ingreso que devengaba como conductor de ambulancia. Asegura que son pacientes hipertensos arteriales con manejo farmacológico cuya suspensión, derivada de la desafiliación al Sistema General de Salud por causa de la desvinculación laboral, traería graves repercusiones médicas.^[11]

2. Trámite del juez de tutela en primera instancia respuesta

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías para Adolescentes de Pasto, mediante auto del seis (6) de febrero de dos mil quince (2015),^[12] admitió y avocó conocimiento de la acción de tutela, corrió traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción, vinculó a la Secretaría de Salud de la Alcaldía Municipal de Pasto y negó la solicitud de medida provisional, esto último, con fundamento en la ausencia de material probatorio que acreditara un perjuicio irremediable.

3. Respuesta de la entidad accionada y la entidad vinculada

3.1. El Gerente de Pasto Salud E.S.E. contestó la acción de tutela solicitando se negara el amparo deprecado.^[13] Sostuvo que el cuerpo normativo relacionado con la protección especial de los trabajadores que cumplen con la totalidad de los requisitos para acceder al derecho pensional –prepensionados–, sólo es aplicable cuando (i) la entidad empleadora se encuentra en un proceso de liquidación o reestructuración, situación que no se cumple con Pasto Salud E.S.E. y, cuando (ii) el servidor público es un empleado de carrera, ya que al tratarse de un trabajador oficial “la legislación [aplicable] es diferente y [la relación laboral] se rige por lo convenido en el contrato”. Por consiguiente, aseguró que la terminación del vínculo laboral con el actor obedeció a la finalización del término contractual pactado y no a sus condiciones personales. En ese sentido, advirtió que el señor Chamorro Ortega “fue debidamente informado del vencimiento del contrato [...] a través de la comunicación oficial 510-16488 del 01 de diciembre de 2014, [notificada] el 16 de diciembre de 2014”.

3.2. Por su parte, la Oficina de Asesoría Jurídica de la Secretaría de Salud de la Alcaldía Municipal de Pasto solicitó se le eximiera de todo tipo de obligación y responsabilidad derivada de la acción constitucional por su falta de legitimación por pasiva.^[14] Lo anterior, teniendo en consideración que no existe ningún tipo de relación laboral del accionante con el Municipio de Pasto, toda vez que de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 004 de 2006 del Concejo del Municipio de Pasto, la Empresa Social del Estado accionada es una entidad pública descentralizada del orden municipal, con autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio.

4. Decisión del juez de tutela en primera instancia

4.1. El Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías para Adolescentes de Pasto, mediante sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), resolvió negar por improcedente la acción de tutela presentada por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra Pasto Salud E.S.E. En su criterio, la terminación de la relación laboral entre el accionante y la entidad accionada se realizó dentro de los márgenes de “legalidad y legitimidad”^[15], primero, porque el contrato de trabajo estaba sujeto a un término fijo y, segundo, porque existió un preaviso de no prorroga por parte de Pasto Salud E.S.E., debidamente notificado al demandante dentro del plazo contractual establecido para tal efecto.

4.2. De otro lado, afirmó que los beneficios del retén social para los trabajadores prepensionados, establecidos en la Ley 790 de 2002^[16] y desarrollados ampliamente por la jurisprudencia constitucional son aplicables dentro del marco de procesos de reestructuración y liquidación administrativa, premisa que en el caso puesto a consideración no se satisface. Así las cosas, concluyó que al no demostrarse de manera fehaciente la existencia de vulneración, amenaza o transgresión de los derechos fundamentales invocados por el demandante, debía declararse la improcedencia de la acción.

4.3. Por último, agregó que, analizadas las condiciones socio-económicas del actor^[17], no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable que torne procedente de manera transitoria el amparo constitucional.

5. **Impugnación**

5.1. *Inconforme con las consideraciones y la decisión del juez de primera instancia, el accionante presentó el veintitrés (23) de febrero de dos mil quince (2015) escrito de impugnación.^[181] A su juicio, en la sentencia se desconoció el precedente jurisprudencial constitucional relativo a (i) la procedibilidad de la acción de tutela para lograr el reintegro laboral de aquellos trabajadores que estando próximos a pensionarse, fueron desvinculados laboralmente afectando de esta manera su mínimo vital y el de su núcleo familiar y; (ii) la aplicación de la estabilidad laboral para los trabajadores prepensionados, no sólo en los procesos de reestructuración de la administración pública, sino también en cualquier escenario en el que se vean comprometidos los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad.*

5.2. *Aseguró que con ocasión de su desvinculación laboral y de la falta de recursos económicos, fue desvinculado de su E.P.S. y ha tenido que adquirir compromisos de tipo crediticio para proveer sus necesidades básicas y las de su cónyuge.^[191] Así pues, solicitó que se revocara la sentencia y, en su lugar, se concediera el amparo requerido, ordenándose a Pasto Salud E.S.E. su reintegro y permanencia en el cargo hasta el reconocimiento de su pensión de vejez.*

6. **Decisión del juez de tutela en segunda instancia**

6.1. *Mediante sentencia del siete (7) de abril de dos mil quince (2015), el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para Adolescentes de Pasto resolvió la impugnación propuesta confirmando el fallo recurrido^[201]. Consideró que si bien jurisprudencialmente se ha reconocido la estabilidad laboral reforzada de los funcionarios públicos próximos a pensionarse, aun cuando la entidad contratante no esté sujeta a los procesos de reestructuración contenidos en la Ley 790 de 2002^[211], tal “protección se dirige a los servidores públicos con vinculación legal y reglamentaria que eventualmente pueden quedar inmersos en carrera administrativa, [mas] no se hace extensiva a los trabajadores oficiales dado que [el artículo 125 de la Constitución Política^[221]] exceptúa taxativamente a estos de quedar vinculados al sistema de carrera administrativa [...]”.*

6.2. *En ese orden, concluyó que al no demostrarse una situación de debilidad manifiesta que otorgue al accionante la calidad de sujeto de especial protección constitucional y además, al no existir elementos normativos o jurisprudenciales que soporten la protección solicitada, la sentencia de instancia debía ser confirmada.*

7. **Pruebas aportadas por las partes y valoradas por los jueces de tutela**

Se aportaron como pruebas al expediente de tutela las siguientes: (i) copia de la solicitud de corrección de la historia laboral del accionante radicada el veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012) ante Colpensiones^[231]; (ii) copia del derecho de petición con fecha del trece (13) de junio de dos mil trece (2013) en el que el actor reitera la solicitud de corrección de su historial laboral^[241]; (iii) historial laboral de cotización en pensiones del actor con fecha de actualización del veinte (20) de enero de dos mil quince (2015)^[251]; (iv) copia del contrato de trabajo a término fijo suscrito el veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012) por el accionante y el Gerente de Pasto Salud E.S.E.^[261]; (v) copia del contrato de trabajo a término fijo suscrito el treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014) por el accionante y el Gerente de Pasto Salud E.S.E.^[271]; (vi) historia clínica del actor y de su cónyuge^[281]; (vii) extractos bancarios del actor^[291]; y (viii) copia del preaviso de la terminación del contrato de trabajo por parte del Gerente con fecha del primero (1) de diciembre de dos mil catorce (2014)^[301].

8. **Actuaciones surtidas dentro del trámite de revisión**

Mediante oficio del catorce (14) de octubre de dos mil quince (2015), suscrito por la Oficial Mayor de la Secretaría de la Corte Constitucional, fue remitido al despacho de la magistrada ponente copia de la Resolución No. GNR 104348 del trece (13) de abril de dos mil quince (2015), proferida por Colpensiones.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. El ciudadano Jorge Aníbal Chamorro Ortega presentó acción de tutela contra Pasto Salud E.S.E. por considerar que esta entidad, al no renovar su contrato de trabajo a término fijo suscrito como trabajador oficial, desconoció la protección constitucional a la estabilidad laboral de la que, a su juicio, es titular por su condición de trabajador prepensionado y, en consecuencia, vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social y el mínimo vital. En contraposición, el Gerente de la E.S.E. accionada sostuvo que la normatividad relacionada con la protección especial de los servidores que cumplen con la totalidad de los requisitos para acceder al derecho pensional, sólo es aplicable cuando la entidad empleadora se encuentra en un proceso de liquidación o reestructuración -situación que no se presenta con Pasto Salud E.S.E.- y, cuando el servidor público es un empleado de carrera, ya que al tratarse de un trabajador oficial la relación laboral se rige por lo convenido en el contrato.

2.2. De conformidad con las pruebas aportadas al expediente y al análisis del precedente jurisprudencial aplicable al caso, los jueces de instancia concluyeron que, primero, la terminación del contrato laboral entre el actor y Pasto Salud E.S.E. se realizó dentro de los márgenes de “legalidad y legitimidad”, toda vez que obedeció a la finalización del término pactado –situación que el actor conocía de antemano- mas no a las condiciones del trabajador y, segundo, que la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores próximos a pensionarse se dirige a los servidores públicos con vinculación legal y reglamentaria que hacen parte de la carrera administrativa, pero no se hace extensiva a los trabajadores oficiales.

2.3. Al respecto la Sala considera que, tal como lo indicó la Defensoría del Pueblo en su escrito de insistencia, los jueces de instancia resolvieron la acción de tutela con fundamento en una figura jurídica distinta a la aplicable en el caso concreto: la protección especial para los trabajadores próximos a pensionarse –prepensionados- contemplada en la Ley 790 de 2002^[31], como criterio para dar aplicación a la estabilidad laboral reforzada.

2.4. En varias oportunidades, con fundamento en el artículo 53 Superior, esta Corporación ha reconocido el derecho a la estabilidad laboral reforzada para aquellas personas que debido a sus condiciones físicas o calidades especiales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por lo que adquieren la calidad de sujetos de especial protección constitucional. Este es el caso de (i) las mujeres en estado de embarazo, (ii) las madres y los padres cabeza de familia, (iii) las personas que padecen diversas enfermedades y afectaciones de salud o presentan algún tipo de discapacidad o invalidez, (iv) los trabajadores aforados, (v) los trabajadores próximos a pensionarse –prepensionados-, entre otras.

2.5. En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que el accionante no se halla en ninguna de las circunstancias antedichas, ni siquiera como trabajador prepensionado. A través de la Sentencia C-795 de 2009^[32], este Tribunal definió el concepto de prepensionado de la siguiente manera:

“Tiene la condición de prepensionado, para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez [...]”.

En esos términos, para obtener la condición de prepensionado se requiere que al momento de dar por terminada la relación laboral, el trabajador aún no haya cumplido los requisitos de edad y cotización para adquirir el derecho pensional; por lo que se requiere garantizar su vinculación laboral hasta tanto estos se encuentren satisfechos. De manera que la condición de prepensionado no resulta aplicable al caso objeto de revisión, ya que en el expediente se encuentra acreditado que el señor Chamorro Ortega, a la fecha de su desvinculación laboral -31 de enero de 2015-, (i) tenía sesenta y dos (62) años de edad^[33] y (ii) había cotizado al sistema general en pensiones mil doscientas quince (1.215) semanas^[34]; cumpliendo así los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990^[35] (régimen de transición) para lograr el reconocimiento de la pensión de vejez.

De hecho, con base en la información acreditada, tres meses después de la desvinculación Colpensiones le reconoció al actor el derecho a la pensión de vejez con fundamento en la norma señalada, y ordenó el pago inmediato de la mesada pensional desde mayo de 2015, aunque meses después de su desvinculación.

2.6. Por otra parte, en cuanto al argumento de reconocer la condición de prepensionado sólo en el contexto de un programa de renovación de la administración pública –Ley 790 de 2002-, tal como lo afirmó la entidad demandada, cabe señalar que la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que tal calidad no se circunscribe a ese tipo de procesos, toda vez que el fundamento de la figura de la prepensión y las protecciones que de ella se derivan, tienen origen directo en la norma superior, concretamente, en la lectura armónica de las disposiciones que protegen los derechos laborales y a la seguridad social, y entre ellos, la garantía efectiva del mínimo vital que no puede verse afectada por razón de una desvinculación irregular. Y así como ha dicho esta Corporación: “en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo [...]”.^[36]

2.7. Con fundamento en lo anterior, la Sala estima que la problemática en el caso objeto de revisión gira en torno al cumplimiento de los presupuestos legales y jurisprudenciales para invocar como causal justa de despido, la satisfacción de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.^[37]

2.8. En ese contexto, la Sala Primera de Revisión deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿una Empresa Social del Estado (Pasto Salud) vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de un trabajador oficial (Jorge Aníbal Chamorro Ortega) al no renovar su contrato de trabajo a término fijo por la finalización del periodo contractual pactado, sin tener en cuenta que cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero esta no ha sido reconocida ni cancelada?

2.9. Con el propósito de resolver el problema planteado, la Sala estudiará la procedencia de la acción de tutela presentada por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra Pasto Salud E.S.E. y, posteriormente, reiterará la jurisprudencia de esta Corporación respecto al derecho de un trabajador –público o privado– a no ser desvinculado laboralmente cuando cumple los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez pero ésta no ha sido reconocida ni cancelada. Por último, analizará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela presentada por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra Pasto Salud E.S.E.

3.1. El artículo 86 Superior consagra que la acción de tutela, debido a su carácter residual y subsidiario, “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, este Tribunal ha señalado que cuando el mecanismo ordinario previsto legalmente para dirimir las controversias particulares de cada caso, no satisfaga los parámetros de idoneidad y eficacia; la protección por vía de tutela será directa y definitiva.

3.2. Dicho de otra forma, no puede declararse la improcedencia de la acción de tutela por la sola existencia de un medio de defensa judicial. El juez constitucional debe efectuar un análisis de idoneidad y eficacia del mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico que permita concluir si éste se ocupa de la esfera o faceta constitucional involucrada en el problema, garantizando una protección material, oportuna y objetiva de los derechos fundamentales cuyo amparo se pretende.^[38] Adicionalmente, el juez de tutela debe ser más flexible en el análisis de procedencia cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional.

3.3. En innumerables oportunidades, las diferentes Salas de Revisión han precisado que cuando exista un conflicto de índole laboral que comprometa significativamente los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad y, además, la acción ordinaria prevista jurídicamente para resolver el conflicto no garantice de manera oportuna y plena las prerrogativas constitucionales comprometidas; la acción de tutela es procedente. A propósito, la Sentencia T- 824 de 2014^[39] precisó:

“Si bien el accionante podría acudir a la jurisdicción ordinaria para debatir la legalidad de su despido, el proferimiento del fallo definitivo puede tomar un periodo muy prolongado, que haría que la situación de vulnerabilidad que atraviesan él y su familia se extendiera indefinidamente en el tiempo [...] Ante tal evento, “la acción constitucional aventaja al mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad”^[40] en tanto se convierte en medio célere y expedito para dirimir los conflictos en los que el afectado es un sujeto de especial protección constitucional en consideración de su edad y por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta por su situación económica.”

3.4. En el caso objeto de análisis, la Sala advierte que (i) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional dada su edad avanzada (62 años de edad)^[41], (ii) su contrato de trabajo a término fijo no fue renovado aun cuando cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero ésta al momento de la desvinculación laboral no había sido reconocida ni cancelada, (iii) su salario representa la única fuente de ingresos de su núcleo familiar, conformado por él y su cónyuge -quien se dedica a las labores del hogar-, (iv) ambos requieren de una atención médica debido a la patología -hipertensión

arterial- que padecen y, (v) respecto a la inmediatez, la acción de tutela se presentó cinco (5) días después –el cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015)- de la desvinculación laboral; circunstancias suficientes para concluir que la acción de tutela de la referencia es procedente.

3.5. En ese orden de ideas, la Corte entrará a estudiar de fondo si Pasto Salud E.S.E. vulneró los derechos fundamentales de Jorge Aníbal Chamorro Ortega al no renovar su contrato de trabajo por la finalización del término contractual pactado, sin tener en cuenta que al momento de su desvinculación laboral cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero esta no había sido reconocida ni cancelada. En ese sentido, la Sala procederá a desarrollar breves consideraciones en relación con los presupuestos legales y jurisprudenciales para dar por terminada la relación laboral de un trabajador –público o privado- que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez.

4. Derecho de un trabajador –público o privado- a no ser desvinculado laboralmente cuando cumple los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez pero ésta no ha sido reconocida ni cancelada – Reiteración jurisprudencial

4.1. El artículo 25 de la Constitución Política precisa que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la protección del Estado. En armonía con ese mandato, el artículo 53 Superior enunció una serie de principios mínimos fundamentales que debían ser tenidos en cuenta por el Congreso de la República para expedir el estatuto del trabajo, entre los que se encuentra la estabilidad en el empleo. No obstante, resulta necesario advertir que esta protección no es una garantía absoluta o perpetua. El legislador ha establecido justas causas para dar por terminado un contrato de trabajo, entre las que se encuentran las contempladas en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945^[42], en caso de trabajadores oficiales y, en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003^[43], modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; para trabajadores del sector privado o servidores públicos que cumplan con los requisitos establecidos en la norma para tener derecho a la pensión de jubilación.

4.2. A propósito del tema de la terminación del vínculo laboral de un trabajador particular o de un servidor público que cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión, en la sentencia C-1037 de 2003,^[44] se analizó una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la Corte concluyó, entre otras cosas, que (i) la regulación prevista en la norma, era una expresión de la libertad de configuración legislativa que tiene el Congreso de la República y además, (ii) que es objetivo y razonable que se prevea la terminación de la vinculación laboral de un trabajador particular o un servidor público que cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión, primero, porque el trabajador no quedará desamparado, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, y segundo, porque crea la opción de un relevo en el trabajo que requieren todos los ciudadanos. Sin embargo se sostuvo en el fallo que: “la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.”.

4.3. En aplicación del precedente jurisprudencial mencionado, las diferentes Salas de Revisión han garantizado la protección de los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social de aquellos trabajadores que fueron desvinculados laboralmente por haberseles reconocido la pensión de vejez, sin que hayan estado incluidos en la nómina de pensionados correspondientes.

4.4. A propósito, en la Sentencia T-686 de 2012^[45], este Tribunal asumió la revisión del caso de un trabajador oficial que fue desvinculado laboralmente por habersele reconocido la pensión de vejez, sin que este hubiese sido incluida en nómina. La Sala Séptima de Revisión confirmó el fallo de segunda instancia que consideró que la entidad demandada (Cajanal EICE) no podía dar por terminada la relación laboral del accionante hasta tanto se hubiera iniciado el pago efectivo de la mesada pensional.

4.5. En la sentencia T-824 de 2014^[46], la Corte revisó el caso de un trabajador oficial -vinculado mediante contratos de trabajo a término fijo de seis meses prorrogables- que se desempeñaba como conductor del Banco Agrario y fue retirado del cargo por el vencimiento del término contractual pactado, sin que previamente le hubiera sido reconocida su pensión, pese a que reunía los requisitos para acceder a ella. La Sala Tercera de Revisión, después de estudiar (i) la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran cercanas a obtener la pensión de vejez; (ii) la jurisprudencia constitucional relacionada con la finalización de los contratos de trabajo a término fijo renovables indefinidamente y (iii) la terminación del contrato de trabajo por el cumplimiento de los requisitos para reclamar la pensión de vejez; revocó la sentencia de segunda instancia y en su lugar confirmó la sentencia de primera instancia que concedía el amparo deprecado. Ordenó al Banco Agrario que reintegrara al trabajador hasta tanto le fuera reconocida la pensión de vejez e incluido en nómina de pensionados.

4.6. Por lo antes expuesto, se puede concluir que para dar por terminada la relación laboral de un trabajador -tanto del sector público como del sector privado- que cumpla con los requisitos para acceder al derecho pensional, cuando tal

desvinculación afecte su mínimo vital y esa circunstancia esté probada en el expediente, se requiere que: (i) la pensión de vejez este reconocida; y (ii) la persona sea incluida en nómina de pensionados.

5. Caso concreto - Pasto Salud E.S.E. vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Jorge Aníbal Chamorro Ortega al no renovar su contrato de trabajo a término fijo, sin tener en cuenta que cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero ésta no había sido reconocida ni cancelada

5.1. Jorge Aníbal Chamorro Ortega es una persona de 62 años de edad,^[47] que cotizó al Sistema General de Pensiones desde el veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982) hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil catorce (2014), un total de mil doscientas quince (1.215) semanas.^[48] En razón de su edad y el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional^[49], requiere un trato preferente como sujeto de especial protección constitucional.

5.2. Desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012), el actor se vinculó laboralmente a Pasto Salud E.S.E. como trabajador oficial para prestar sus servicios personales como conductor de ambulancia, a través de contratos de trabajo a término fijo por un año.^[50] El último contrato se suscribió el treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014), con vigencia de un año. Mediante comunicación escrita del primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014), el Gerente de Pasto Salud E.S.E. le informó al señor Chamorro Ortega que debido al cumplimiento del término pactado en el contrato de trabajo referenciado en el numeral anterior, este no sería prorrogado.^[51]

5.3. En desacuerdo con su desvinculación laboral sin que previamente se hubiera reconocido e incluido en nómina su pensión de vejez, el señor Chamorro Ortega presentó acción de tutela pretendiendo la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y, en consecuencia, solicitó que se ordenara su reintegro laboral y el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación.

5.4. Los jueces de instancia negaron el amparo solicitado después de concluir que, primero, la terminación del contrato laboral entre el actor y Pasto Salud E.S.E. se realizó dentro de los márgenes de “legalidad y legitimidad”, toda vez que obedeció a la finalización del término pactado, mas no a las condiciones del trabajador y, segundo, que la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores próximos a pensionarse se dirige a los servidores públicos con vinculación legal y reglamentaria que hacen parte de la carrera administrativa, pero no se hace extensiva a los trabajadores oficiales.

5.5. Como se precisó en el acápite referente a la presentación del caso y el planteamiento del problema jurídico, esta Sala no comparte las consideraciones hechas por los jueces de instancia por las razones que se expondrán a continuación. En lo referente a la terminación del contrato laboral por la finalización del término contractual pactado, esta Corporación en la Sentencia C-016 de 1998^[52], antes referida, sostuvo que cuando la materia de trabajo subsista y el trabajador haya cumplido sus funciones y obligaciones, “el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato”.

En ese orden de ideas, al no presentarse por parte de Pasto Salud E.S.E. una causal distinta a la finalización del término pactado para dar por terminada la relación laboral del señor Chamorro Ortega y, además, al subsistir la labor de conductor de ambulancia para la que fue contratado, la entidad accionada debía renovar el contrato de trabajo, porque el Gerente de la E.S.E. sabía que el accionante reunía los requisitos legales para acceder a su pensión al momento de su desvinculación laboral^[53], por lo que la Sala considera que la entidad accionada desconoció los presupuestos legales y jurisprudenciales enunciados en el capítulo anterior, al no renovar el contrato de trabajo del señor Chamorro Ortega, ya que para el treinta y uno (31) de enero del año en curso, fecha de la desvinculación laboral, su pensión de vejez no había sido reconocida, por ende no había sido incluido en nómina de pensionados.

5.6. En este tipo de eventos, cuando un trabajador –público o privado- que cumple los requisitos para acceder al derecho pensional es desvinculado laboralmente sin que antes se haya reconocido e incluido en nómina su mesada pensional; esta Corporación ha dispuesto las siguientes medidas para garantizar el mínimo vital y la seguridad social del trabajador y de su núcleo familiar: (i) el reintegro laboral hasta tanto a la persona le sea reconocida la mesada pensional e incluida en nómina de pensionados y (ii) el reconocimiento de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde la época de su desvinculación hasta su reintegro.

5.7. Sin embargo, en relación con el remedio jurisprudencial relativo al reintegro laboral hasta tanto se le reconozca al actor su pensión y sea incluida en nómina de pensionados, resulta necesario advertir que en sede de revisión el accionante aportó (i) copia de la resolución proferida por Colpensiones en la que, con fundamento en los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990^[54] (régimen de transición), se reconoció a su favor la pensión de vejez desde el mes de mayo del presente año^[55]; y (ii) copia de los comprobantes de nómina de la mesada pensional correspondientes a los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre.^[56]

Lo anterior, denota que los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del accionante y de su cónyuge, se encuentran protegidos debido al reconocimiento y pago de la mesada pensional; por lo que no habría lugar a ordenar el reintegro laboral.

5.8. Sin embargo, con el propósito de garantizar de manera eficaz e íntegra el derecho al mínimo vital del señor Chamorro Ortega y superar el daño que se le causó con la cesación salarial, la Sala ordenará el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación laboral hasta el momento en el que se canceló su primer mesada pensional, siempre que no le hayan sido reconocidas.

6. Conclusiones

6.1. En los contratos a término fijo, el vencimiento del plazo inicialmente pactado, no basta para legitimar la decisión del empleador de no renovar el contrato, cuando: (i) el objeto del mismo persiste, (ii) el trabajador ha cumplido satisfactoriamente sus obligaciones y funciones, (iii) reúne los requisitos legales para acceder a su pensión y (iv) adelanta los trámites administrativos correspondientes para obtener el reconocimiento de su pensión ante la administradora de pensiones, sin que a la fecha del despido haya sido reconocida y por tal circunstancia no se le ha incluido en nómina de pensionados.

6.2. Por todo lo expuesto, la Sala Primera de Revisión revocará la sentencia proferida el siete (7) de abril de dos mil quince (2015) por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para Adolescentes de Pasto, que confirmó la sentencia proferida el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías para Adolescentes de Pasto en la que se negó por improcedente la acción de tutela presentada por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra Pasto Salud E.S.E. En su lugar, la Sala (i) tutelaré los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y (ii) ordenará a Pasto Salud E.S.E. el pago a favor del señor Jorge Aníbal Chamorro Ortega de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación laboral hasta el momento en el que se canceló su primer mesada pensional.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el siete (7) de abril de dos mil quince (2015) por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para Adolescentes de Pasto, que confirmó la sentencia proferida el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías para Adolescentes de Pasto en la que se negó por improcedente la acción de tutela presentada por Jorge Aníbal Chamorro Ortega contra Pasto Salud E.S.E. para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital del accionante.

Segundo.- ORDENAR a Pasto Salud E.S.E. pagar a favor de Jorge Aníbal Chamorro Ortega los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación laboral hasta el momento en el que se canceló su primer mesada pensional, esto es, desde el mes de febrero del 2015 hasta el mes de abril del mismo año, siempre que no le hayan sido reconocidas, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia.

No se ordenará el reintegro al cargo que ocupaba comoquiera que al accionante ya le fue reconocida su pensión de vejez.

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Sentencia T-490/10

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO-No pueden desconocer derechos fundamentales de sus asociados amparados en la ley que las regulan

Las cooperativas asociativas de trabajo no pueden ampararse de manera aparente en la ley que las regula, para desconocer derechos fundamentales de sus asociados. Por mandato legal, están en la obligación de cumplir con la legislación laboral en asuntos de seguridad social, maternidad, adolescentes trabajadores y estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Vulneración de derechos fundamentales por parte del empleador al no renovar la orden de prestación de servicios sin permiso de autoridad competente

La Corte Constitucional definió que sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente

mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo.

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección a trabajador enfermo de VIH/SIDA y cáncer testicular

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Caso en que procede el reintegro laboral de enfermo de VIH y cáncer por desvinculación sin autorización del Ministerio de la Protección Social

Referencia: expedientes T-2.515.631 y T-2.528.321

Acciones de Tutela instauradas por Rosa María Burbano Saavedra contra el Hospital Occidente de Kennedy y por Adalberto Salcedo Quijano contra la Cooperativa de Trabajo Asociado Cazatalentos y la Fundación Mariana Cicrocédito.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Los expedientes T- 2.515.631 y T-2.528.321 fueron seleccionados en forma independiente. No obstante, el 1° de junio de 2010 esta Sala de Revisión resolvió acumularlos, al considerar que existe unidad de materia y semejanza fáctica de los problemas jurídicos planteados en las respectivas acciones de tutela.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

1. EXPEDIENTE T- 2515631

1.1. ANTECEDENTES

1.1.1. SOLICITUD

La señora Rosa María Burbano Saavedra, actuando en nombre propio, interpone acción de tutela contra el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel – E.S.E., al considerar que con su actuación le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al desvincularla sin tener en cuenta que se encontraba incapacitada por enfermedad.

Por tanto, solicita que se le ordene al demandado su reintegro laboral, el pago de todas las prestaciones sociales dejadas de percibir y que se le reubique en un cargo que pueda desarrollar sus funciones, teniendo en cuenta su estado de salud.

Fundamenta su petición en los siguientes:

1.1.2. HECHOS

1.1.2.1. Afirma que el tres (3) de junio del 2005, ingresó a trabajar en el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel - E.S.E., mediante contrato de prestación de servicios, el cuál fue renovado en reiteradas ocasiones.

1.1.2.2. Indica que desempeñaba funciones de auxiliar de enfermería.

1.1.2.3. Señala que el veintisiete (27) de marzo de 2007, se cayó cuando intentaba ayudar a un paciente que se quería bajar de la camilla sin la debida precaución.

1.1.2.4. Manifiesta que el veinticinco (25) de mayo de 2007, cuando se encontraba recibiendo el turno intentó “retirar un esparadrapo de una mesa de noche con tan mala fortuna que allí había una aguja” y se generó un “pinchazo”.

1.1.2.5. El dieciséis (16) de mayo de 2008, al correr una camilla que se encontraba frenada, ésta se volcó y le causó daños en su hombro derecho.

1.1.2.6. Aclara que de todos los accidentes de trabajo descritos anteriormente “se adelantaron los respectivos reportes de accidente de trabajo”.

1.1.2.7. Aduce que debido a los accidentes de trabajo - “la caída y la lesión en el hombro”- empezó a sufrir algunas limitaciones físicas que le impedían realizar sus funciones, y en razón a ello la ARP SURATEP le ordenó una serie de tratamientos.

1.1.2.8. Comenta que fue valorada por la EPS, y se concluyó que sus dolencias “son fruto de los accidentes de trabajo”.

1.1.2.9. Explica que debido a “la obligatoria asistencia a las terapias de rehabilitación”, le dieron una serie de incapacidades, las cuales radicó ante el Jefe de Departamento de Enfermería, con el fin de justificar sus ausencias y “como relaciones de novedades para los pagos”.

1.1.2.10. Expone que el treinta y uno (31) de agosto de 2009, la nueva Subgerente de Prestación de Servicios Dra. Sandra Liliana Salamanca, solicitó a un grupo de personas que estaban siendo tratadas por enfermedad profesional que se reunieran con el fin de realizarles algunas preguntas relacionadas con “las limitaciones para trabajar”. En dicha reunión, la Subgerente les comunicó que deberían reubicarlos dadas las patologías que padecían.

1.1.2.11. Arguye que el mismo treinta y uno (31) de agosto, en lugar de ser reubicada, le “mandan una razón con una de las secretarías” quien le informa de la intención de la Dra. Salamanca, consistente en “no renovar” su contrato.

1.1.2.12. Manifiesta que ante “la arbitraria e injusta decisión”, ella y una compañera se reunieron con el “Dr. Agustín”, quien les reitera que la orden

es despedirlas y que “no hay nada que ellos puedan hacer pues son órdenes superiores”.

1.1.2.13. Narra que en virtud de lo anterior realizó un “reclamo”, ya que se encuentra en proceso de rehabilitación “para (...) lograr la calificación de invalidez”, y adicionalmente, manifestó que la Ley 361 de 1997 le concede “...una PROTECCION LABORAL REFORZADA”, la cual obliga a no despedirla hasta tanto culmine el proceso de calificación de invalidez. Indicó que, su despido es procedente siempre y cuando medie autorización del “Ministerio de Trabajo”.

1.1.2.14. Agrega que actualmente se encuentra en tratamiento y de los exámenes que se le han realizado se concluye que padece una patología denominada “FIBROMIALGIA”, y cuyo origen es profesional.

1.1.2.15. La actora manifiesta que es madre cabeza de familia y tiene “muchas obligaciones”, como el pago de arriendo, servicios públicos, y la manutención de núcleo familiar conformado por dos hijos que dependen económicamente de ella. Por lo tanto, se ha visto afectada con el trato “inhumano y discriminatorio” por parte de su empleador.

1.1.2.16. Menciona que acude al amparo constitucional en aras de evitar un perjuicio irremediable, el cuál se concreta en que no podrá “seguir pagando los aportes y la EPS Cafesalud”. Lo anterior, sin dejar de lado la afectación que se le produce a su mínimo vital.

1.1.2.17. Concluye que con la conducta del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel – E.S.E., se le está vulnerando sus derechos fundamentales “a la Vida en conexidad directa con el Mínimo Vital, Seguridad Social, afiliación y aporte al sistema de seguridad social, Salud, Igualdad y al Trabajo”.

1.1.3. ACTUACIONES PROCESALES

Mediante auto fechado el diez (10) de septiembre de 2009, el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá admitió la demanda interpuesta y dio traslado a la entidad demandada para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

1.1.4. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.1.4.1. HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E.

La señora Sandra Liliana Salamanca Figueroa, en calidad de Subgerente de prestación de Servicios en Salud, se opuso a las pretensiones de la actora. Expuso lo siguiente:

1.1.4.1.1. Afirma que la actora ingresó a trabajar en el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., el 5 de junio de 2005 mediante la modalidad de “orden de prestación de servicios”.

1.1.4.1.2. Comenta que la última orden de prestación de servicios fue la No. 2673-2009, en la que se estableció como fecha de inicio el 1 de julio de 2009, y fecha de terminación el 31 de agosto de 2009. Por lo tanto, la terminación de la orden de prestación de servicio obedeció “al cumplimiento del termino pactado por las partes”.

1.1.4.1.3. Recalca que la accionante “nunca ejerció funciones sino actividades conforme reza en las ordenes de prestación de servicios”.

1.1.4.1.4. Considera que la señora Burbano Saavedra “malintencionadamente... pasó por alto la cláusula novena de la orden de prestación de servicios que su tenor literal dice: “...RELACION LABORAL, las partes dejan constancia que la presente Orden de prestación de Servicios en ningún caso será considerada como contrato de trabajo y en desarrollo del mismo el contratista no tendrá derecho a ninguna relación de naturaleza laboral con la empresa y por ende los pagos que se hagan con base en él, NO SON SALARIOS NI GENERAN PRESTACIONES SOCIALES””.

1.1.4.1.5. Aclara que la actora “nunca suscribió contratos con el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. sino órdenes de prestación de servicios, las cuales son diferentes desde el punto de vista legal”.

1.1.4.1.6. Señala que respecto de los tres accidentes sufridos por la actora, éstos fueron reportados a la ARP SURATEP, “donde fue atendida inicialmente y a donde le corresponde continuar su tratamiento”.

1.1.4.1.7. Manifiesta que el referido hospital para su contratación se rige por el Acuerdo 024 del 5 de noviembre de 2003, el cual en su artículo 43 estipula

que “... Son contratos de prestación de servicio los que celebre el HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO para desarrollar actividades relacionados con su administración o funcionamiento. (...) Estos contratos jamás generarán obligación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán conforme a las necesidades del servicio...”.

1.1.4.1.8. Finalmente reitera que “la terminación de la orden de prestación de servicios obedeció al cumplimiento del término pactado y no como lo manifiesta la accionante que fue despedida injustamente”.

1.2. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas documentales que reposan en el expediente:

1.2.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Rosa María Burbano Saavedra.

1.2.2. Copia de la certificación de afiliación a la EPS cafesalud.

1.2.3. Copia de la historia clínica de la actora.

1.2.4. Copia de la orden de incapacidad No. 370024 emitida el 2 de septiembre de 2009 por Suramericana, en la cual se indica como fecha de expiración el 9 de septiembre de 2009. (Fol. 51)

1.2.5. Copia del dictamen “para la calificación de la pérdida de capacidad laboral”, emitido el 8 de septiembre de 2009 por la Compañía Suramericana Administradora de Riesgos Profesionales y Seguros de Vida S.A. –SURATEP-, en el cual se certifica una pérdida de capacidad laboral del 9.53, y la cataloga como “incapacidad permanente parcial”. (Fol. 53)

1.2.6. Copia del Registro civil del hijo de la actora.

1.2.7. Copia de la orden de prestación de servicios No. 1652-2009, suscrita entre el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel y la señora Rosa María Burbano Saavedra. (Fol. 111)

1.2.8. Copia de la orden de prestación de servicios No. 2673-2009, suscrita entre el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel y la señora Rosa María Burbano Saavedra. (Fol. 107)

1.2.9. Copia de los tres reportes de los accidentes de trabajo sufridos por la actora. (Fol. 110 al 112)

1.3. DECISIONES JUDICIALES

1.3.1. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO DEICISÉIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

El Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del veintidós (22) de septiembre de 2009, concedió de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social, al considerar que la actora ‘...sufrió tres accidentes de trabajo, que fueron calificados por la ARP, como de origen profesional, que le causaron una merma permanente parcial, que restringe su capacidad laboral, circunstancia que la deja en una condición de debilidad manifiesta(...) además que es madre cabeza de familia...’. De igual forma, el a-quo, recalca que la accionante fue despedida mientras se encontraba incapacitada por la ARP, pues dicha incapacidad vencía el 16 de septiembre de 2009, y el despido tuvo lugar el 31 de agosto de 2009.

En consecuencia ordenó: Primero: Conceder la presente acción de tutela como amparo transitorio, a la señora Rosa María Burbano Saavedra, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en conexidad con la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y al trabajo, por las razones signadas ut supra y sujeto a un periodo de cuatro meses, mientras inicia la acción pertinente ante el juez ordinario.

Segundo: Ordenar a la accionada Hospital Occidente de Kennedy que proceda a renovar el contrato de prestación de servicios a la accionante, en las mismas condiciones en las que venía desempeñando la labor encargada, los últimos cuatro años y en caso de existir concepto por parte de la ARP de reubicar a esta persona en otro puesto de trabajo, deberá hacerlo sin desmejorar las condiciones con las que contrató inicialmente. La renovación debe hacerse a partir del 01 de septiembre de 2009, fecha en la que quedo cesante esta persona, con el reconocimiento respectivo de los

honorarios y descontando los dineros que le haya pagado la ARP a la que la accionante se encuentra afiliada, con ocasión de la incapacidad. Acredítese el cumplimiento de este fallo.

1.3.2. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La señora Sandra Liliana Salamanca Figueroa, en calidad de Subgerente de Prestación de Servicios en Salud del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia Proferida el 22 de septiembre de 2009 por el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá.

Indica que “no le asiste razón a la señora Juez al afirmar sin fundamento alguno que a la accionante no se le violó el derecho a la vida en conexidad con la salud, a la seguridad social, al mínimo vital a la igualdad y al trabajo”. Adicionalmente, considera que del acervo probatorio recaudado se establece que la actora se encontraba vinculada a la entidad accionada mediante “una orden de prestación de servicios”, la cual tenía establecido un “TÉRMINO DE EJECUCIÓN”, y en razón a ello “se finiquitó la respectiva orden de prestación de servicios y aunado a lo anterior la necesidad del servicio que había dado origen a la prestación del servicio cesó”.

Resalta que la “causa de terminación de la orden no fue el estado de salud de la accionante sino el cumplimiento estipulado en la cláusula”, y que la actora “se encuentra frente a una deficiencia anatómica y no ante una discapacidad como lo afirma y orden a el Juez de conocimiento”.

1.3.3. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA- JUZGADO SEGUNDO CIVIL DE BOGOTA

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia datada el nueve (9) de noviembre de 2009, resolvió revocar el fallo del Juez Dieciséis Civil Municipal de Bogotá y en su lugar negar la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social, por considerar que del acervo probatorio recaudado se puede concluir que entre la actora y la entidad accionada no existe vínculo laboral alguno, ya que ésta fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios.

De otra parte el a-quem manifestó que ‘...Revisando el informativo se vislumbra además que no aparece prueba alguna que respalde las aseveraciones de la accionante en el sentido de que su despido se originó como consecuencia de su enfermedad, ya que, como así lo afirma el accionado, una vez terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con aquella, éste no se renovó...’. Por tal razón, le indica a la actora que si ‘considera su despido como injusto debe acudir a la instancia judicial pertinente a fin de que allí se debata tal asunto’.

En consecuencia, indica que ‘del caudal probatorio allegado’ no se desprende la vulneración a derecho fundamental alguno, ni la configuración de un perjuicio irremediable que haga viable el amparo deprecado.

2. EXPEDIENTE T- 2528321

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. SOLICITUD

Diana Matilde Salcedo Quijano, actuando en representación de su hermano Adalberto Salcedo Quijano, quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta, interpone acción de tutela contra la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos y la Fundación Mariana Cicrocédito, al considerar que con su actuación han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la vida digna, a la seguridad social, a la salud y a la estabilidad laboral reforzada.

Por tanto solicita se le ordene a los demandados su reintegro laboral y se le garantice la atención en salud que requiere.

Fundamenta su petición en los siguientes:

2.1.2. HECHOS

2.1.2.1. Manifiesta que el veinticuatro (24) de febrero de 2009, su hermano el señor Adalberto Salcedo Quijano comenzó a laborar en la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos y/o Fundación Mariana Cicrocédito mediante contrato a término indefinido.

2.1.2.2. Indica que una vez el señor Salcedo Quijano estaba laborando se le diagnosticó “CÁNCER GERMINAL DE TESTICULO”.

2.1.2.3. Explica que el actor en el mes de octubre “presentó bajo rendimiento en las labores a él encomendadas”, como consecuencia de una cirugía que se le realizó en septiembre de 2009.

2.1.2.4. Señala que las accionadas en forma unilateral dieron por terminado el contrato suscrito entre éstas y el actor, sin que mediara justificación alguna. Por tal motivo, el actor quedó desprotegido en cuanto a su atención en salud.

2.1.2.5. Comenta que en virtud de lo anterior, sólo fue atendido por la EPS SALUD TOTAL hasta el mes de noviembre.

2.1.2.6. Afirma que el accionante no cuenta con recursos económicos para cubrir los gastos que ocasionan los tratamientos, cirugías, medicamentos que se le deben realizar. De igual modo, carece de recursos necesarios para su manutención.

2.1.2.7. Aduce que ‘a raíz del despido injustificado que le hizo la empresa’, el señor Salcedo Quijano ‘ha empeorado su enfermedad, pues se está viendo afectado no sólo física, sino también psicológicamente’.

2.1.3. ACTUACIONES PROCESALES

Mediante auto fechado el veintitrés (23) de noviembre de 2009, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ibagué admitió la demanda interpuesta y dio traslado a la entidad demandada para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

2.1.4. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1.4.1. LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CAZATALENTOS

El señor Humberto Varón Ochoa, en calidad de representante legal de la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos se opuso a las pretensiones del actor. Afirma que entre el actor y la cooperativa que él representa nunca ha existido relación laboral alguna, lo que se suscribió el 24 de

febrero de 2009 fue el Convenio de Trabajo Asociado No. 1456, el cual confiere al actor la calidad de Trabajador Asociado. En razón a ello, se le asignó la labor de ‘cobrador o recuperador de cartera en la Fundación Mariana’. Recalca que entre la Fundación Mariana y la cooperativa de trabajo asociado que representa existe un contrato de prestación de servicios.

2.1.4.1.1. Afirma que el actor desde el inicio de sus actividades como Trabajador Asociado presentó resultados insatisfactorios, ya que debiendo realizar un mínimo de 20 visitas diarias con el fin de cobrar acreencias, durante los últimos 6 meses realizaba escasamente una visita, y en reiteradas ocasiones ninguna, motivo por el cual se le realizó un llamado de atención.

2.1.4.1.2. Indica que la cooperativa de trabajo asociado afilió al accionante a la seguridad social. Agrega que en septiembre de 2009 el actor fue sometido a una intervención quirúrgica, por la cual tuvo una incapacidad de 15 días.

2.1.4.1.3. Señala que a la fecha de cesación de funciones del actor en la cooperativa, ésta no tenía conocimiento que se encontraba incapacitado para laborar, pues el actor en ningún momento lo manifestó, ni mucho menos allegó la respectiva incapacidad.

2.1.4.1.4. Aclara que el señor Salcedo Quijano, no informó a la cooperativa cuál era su estado de salud, a pesar de que hace aproximadamente 2 años le fue diagnosticado VIH, como lo informa la historia clínica aportada como anexo a la acción de tutela. De ahí que ‘al no haber informado a la cooperativa su estado real de salud, resultaba imposible para ésta conocer la situación del accionante’.

2.1.4.1.5. Agrega que la Corte Constitucional en Sentencia T - 1022 de 2007, expresó que:

‘...En el régimen laboral Colombiano la estabilidad laboral es relativa y es constitucional la terminación unilateral del contrato sin justa causa con indemnización. Sin embargo, entre los límites a esta facultad el empleador para despedir a los

trabajadores sin justa causa, se ha determinado que las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta gozan de la estabilidad laboral reforzada'. Esta regla según la Corte Constitucional, se justifica en que: '(...) se discrimina a un trabajador cuando el despido estuvo

motivado en su estado de salud siempre que este no resulte claramente incompatible con las funciones que puedan serle asignadas por el empleador. En efecto, como la ha reconocido la Corte terminar unilateralmente la relación laboral en razón a una limitación física del trabajador, constituye una discriminación, puesto que 'a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas'.

'...Con todo, no basta la constatación de la discapacidad para que proceda la acción de tutela como medio para ordenar el reintegro del trabajador, sino que se requiere: '(...) probar la conexidad entre la condición de la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho'.

2.1.4.1.6. Concluye que teniendo en cuenta lo que expresó la Corte Constitucional en la Sentencia citada anteriormente, no se debe acceder por parte del juez de tutela a ninguna de las pretensiones del actor, pues éste 'no probó la necesaria relación de causalidad que debió existir entre la cesación de funciones y la enfermedad o enfermedades que lo aquejan... '.

2.2. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas documentales que reposan en el expediente:

2.2.1. Copia del carné de afiliación del señor Adalberto Salcedo Quijano a la EPS SALUD TOTAL.

2.2.2. Copia de la historia clínica del actor.

2.2.3. Copia de la solicitud de afiliación a la cooperativa suscrita por el actor.

2.2.4. Copia del Convenio de trabajo asociado No. 1456, suscrito el 24 de febrero de 2009, entre la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos y el accionante.

2.2.5. Copia de los comprobantes de pago a la seguridad social efectuados por la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos.

2.2.6. Copia del contrato de prestación de servicios suscrito por la Fundación Mariana y la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos, el 2 de enero de 2007.

2.2.7. Copia del contrato de comodato comercial, suscrito por la Fundación Mariana y la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos, el 1 de julio de 2006.

2.2.8. Copia de la relación de cobros realizados por el actor durante los últimos 6 meses.

2.2.9. Copia de la evaluación mensual de rendimiento del actor, durante los últimos 3 meses.

2.2.10. Copia de memorando dirigido al actor, "por no subir al sistema la gestión de cobro".

2.3. DECISIONES JUDICIALES

2.3.1. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE IBAGUE

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Ibagué, mediante providencia del primero (1) de diciembre de 2009, negó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la vida digna, a la seguridad social, a la salud y a la estabilidad laboral reforzada, por considerar que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener lo que pretende el actor, pues argumentó que '...el afectado cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, a los que puede acudir para que se defina si tiene o no derecho al reintegro laboral y a la EPS...', lo anterior en razón a que según el a-quo '...al Juez de tutela no le está permitido intervenir en las funciones y materias que son del resorte exclusivo de la justicia ordinaria, menos aún cuando -como en el presente caso- se trata de un derecho económico, que dadas las circunstancias no es amparable por vía de tutela... '.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima 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, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

3.2.1 Los expedientes acumulados plantean conjuntamente la presunta vulneración del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los accionantes, por finalizar los demandados unilateralmente el vínculo laboral sin sopesar las condiciones de salud y las incapacidades laborales que gozaban con ocasión de las dolencias físicas que padecían.

Para resolver la controversia, se reiterará los parámetros jurisprudenciales que este Tribunal Constitucional ha expuesto respecto al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta o indefensión como resultado del deterioro de su estado de salud y la obligación de las cooperativas de trabajo asociado de respetar las garantías laborales consagradas en la constitución.

3.2.2 El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta o indefensión al padecer una afección o alguna enfermedad que afecta su estado de salud. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política en el artículo 13 al definir la igualdad, impone al Estado la obligación de salvaguardar de manera preferencial los derechos de aquellas personas que por su condición física o mental están en alguna circunstancia de debilidad manifiesta, lo cual implica la correlativa sanción a quienes abusen y maltraten a ese segmento de la población.

Desde la perspectiva progresiva y proteccionista de los derechos fundamentales, el constituyente quiso que el modelo político del Estado Social de Derecho se fundara en la prevalencia del ser humano y su

dignidad, cuyo principio hizo que se concibiera proteger a la mujer en estado de gravidez, a los discapacitados, a las personas de la tercera edad, a los niños, entre otros sujetos amparados.

En consecuencia, ello hizo que se presentara un cambio en las relaciones laborales, pues por mandato constitucional se proscribió que se despidan sujetos de especial protección tales como las mujeres embarazadas, los discapacitados y a las personas aforadas, pues por el contrario se debe tener un especial trato al no estar en las mismas condiciones de quien no padece ningún tipo de dificultad.

Es por ello, que en virtud del principio de solidaridad social es obligación del Estado y de los mismos particulares proteger a quienes están en una condición de debilidad manifiesta y en caso de incumplirse con esa carga, la autoridad competente tiene la facultad de intervenir y disuadir el incumplimiento. Lo anterior por cuanto las normas constitucionales no se interpreten únicamente de manera descriptiva, sino que son mandatos prescriptivos de aplicación inmediata (arts. 13, 23, 29, 43, 44, entre otros) de tal forma que intervienen en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado.

Al respecto se indicó en la Sentencia T-1083 de 2007[1]

El diseño constitucional del Estado colombiano como Social de Derecho apareja la obligación, dirigida a las autoridades y los particulares que lo conforman, de adoptar aquellas medidas que se requieran para garantizar la igualdad material entre los asociados y de esta forma, permitirles el ejercicio efectivo de los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Constitución y las normas internacionales.

La Corte Constitucional en innumerables ocasiones, ha protegido la estabilidad laboral a quienes se les finaliza la relación laboral cuando se encuentran incapacitadas por padecer una enfermedad de origen común o profesional. Esto por cuanto dicha limitación afecta de manera continua la actividad normal de la persona, de tal forma que la ubica en una situación de minusvalía respecto del entorno social, al dificultársele el cumplimiento de las labores o las actividades cotidianas propias del desarrollo de una sociedad colectiva.[2]

En consecuencia, en virtud de los artículos 13, 47, 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia desarrolló el concepto de la estabilidad laboral reforzada de quienes por alguna razón, bien sea por su estado de salud física o mental hace que estén en un estado de debilidad manifiesta. En virtud de ello, se prohíbe a los empleados proceder al despido de estos

trabajadores, sin autorización del Ministerio de la Protección Social y mucho menos si se encuentran disfrutando de una incapacidad.

Esta Corporación en la Sentencia C-531 de 2000[3], al analizar la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997[4], la cual prohíbe despedir a un trabajador discapacitado sin la autorización del inspector de trabajo se indicó:

El ámbito laboral constituye, por consiguiente, objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que, elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334), para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.

Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una "estabilidad laboral reforzada" que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados, (...).

En aquella ocasión, este Tribunal constitucional concluyó que la expresión "salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo", contenida en el inciso 1º. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el inciso 2º del mismo artículo son exequibles, al determinar que de conformidad a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 20 y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato." (Negrillas por fuera del texto original).

No obstante, la estabilidad laboral reforzada de los sujetos que se encuentran en una condición de debilidad manifiesta no se presenta únicamente cuando la persona está discapacitada por perder un porcentaje considerable de su capacidad laboral y ser calificada por un junta de calificación de invalidez, puesto que la Corte Constitucional ha expuesto que también lo son quienes por padecer alguna alteración en su estado de salud no se encuentran en una condición saludable, quedando en debilidad manifiesta a diferencia de una persona que no presenta ninguna alteración en su organismo. Al respecto, se indicó en la Sentencia T- 1040 de 2001:

Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales.[5] Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución.

La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio

y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado."[6]

En esa misma línea argumentativa en la Sentencia T- 198 de 2006[7] se indicó:

Se observa que la normatividad vigente contenida en el derecho interno e internacional sobre la materia propugna una real protección de las personas con limitaciones para que éstas permanezcan en su empleo y prosperen gracias a un compromiso real y colectivo de ofrecerles la adecuada reintegración social. Sin embargo, cabría preguntarse qué sujetos deben estar protegidos por estas disposiciones. En este sentido, algunos podrían considerar que la estabilidad laboral reforzada sólo se

aplica a aquellos que sufren algún grado de invalidez, tal y como lo sostuvo el accionado; sin embargo, resulta necesario definir con claridad quiénes están por éstas amparados, toda vez que la normatividad internacional y la jurisprudencia constitucional propugnan por un concepto de discapacidad más amplio. La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. Nace el deber del empleador de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.”[8](Negrillas fuera del texto original)

Lo anterior demuestra, cómo el concepto de estabilidad laboral reforzada protege tanto a los discapacitados por pérdida de la capacidad laboral como a quien se le dificulte ostensiblemente realizar sus funciones laborales en condiciones normales, sin la necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.”[9]

Bajo los anteriores argumentos, la Sentencia T- 554 de 2009[10] determinó que el trabajador al enfermarse se coloca en una condición de debilidad manifiesta en la cual lo ampara la estabilidad laboral reforzada. Por tanto, tiene derecho a conservar su trabajo; a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad; a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite su desvinculación laboral; y a que dicha causal sea previamente verificada y consentida por la autoridad laboral competente. De este modo, para efectos del fallo de tutela, el despido que se produzca sin el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales indicados será ineficaz, y por tanto, el juez de amparo deberá conceder la protección invocada y ordenar el reintegro del trabajador a un cargo acorde con su estado de salud.

Por su parte la Sentencia T-065 de 2010[11] estableció, que sin ser relevante

i) la modalidad contractual adoptada por las partes y; (ii) que su condición haya sido certificada como dediscapacidad por el organismo competente, el trabajador que padezca algún tipo de afección se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, por tanto, tiene el derecho fundamental al reconocimiento a la estabilidad laboral reforzada.

En suma, el trabajador que padezca una enfermedad médicamente diagnosticada la cual lo incapacite para desempeñar sus funciones laborales, tiene el derecho a conservar su trabajo cuando no haya una justa causa, pues resulta totalmente adverso al derecho fundamental a la dignidad humana que el empleador o quien haga sus veces se ampare en la potestad legal y finalice sin justa causa el vínculo laboral e indemnice a quien está incapacitado, respecto a la persona que no padece ningún tipo de enfermedad.

3.2.3 Las cooperativas de trabajo asociado tienen la obligación de respetar las garantías laborales que consagra la constitución. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte señaló que tanto la forma asociativa de las precooperativas y cooperativas de trabajo como el contrato de prestación de servicios, se utilizan de forma contraria a los lineamientos señalados en la ley. Por ejemplo, en algunas ocasiones las entidades del Estado finalizan los contratos laborales de los empleados, para reemplazar ese personal con los asociados de una cooperativa asociativa de trabajo o con trabajadores vinculados por medio de un contrato de prestación de servicios. Estas prácticas fueron rechazadas por esta Corte[12] por ser abiertamente contrarias a los derechos constitucionales de los trabajadores. Al respecto, en el fallo que se cita indica:

“De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.”

En resumen, las cooperativas asociativas de trabajo no pueden ampararse de manera aparente en la ley que las regula, para desconocer derechos fundamentales de sus asociados. Por mandato legal, están en la obligación de cumplir con la legislación laboral en asuntos de seguridad social, maternidad, adolescentes trabajadores y estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional. Por tanto, de incurrir en prácticas distintas a las propias del desarrollo de su objeto social, estarán sometidas a las sanciones correspondientes por las entidades competentes. Entidades como la

Superintendencia de la Economía Solidaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como los jueces ordinarios y de tutela están en la obligación de velar porque las cooperativas de trabajo asociado no se conviertan en herramientas para el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y, por esta vía, para la deslaboralización del país. [13]

3.2.4 Caso Concreto del expediente T-2.515.631

En el asunto de la señora Rosa María Burbano Saavedra, inició su vínculo laboral mediante órdenes de prestación servicios el 2 de junio de 2005 como auxiliar de enfermería en el Hospital Occidente de Kennedy, el

cual se renovaba periódicamente, hasta el último que suscribió del 1 de julio de 2009 hasta el 31 de agosto de esa misma anualidad.

Narró que, el 27 de marzo de 2007 cuando desempeñaba sus funciones sufrió un accidente de trabajo, cuando intentó auxiliar a una paciente que pretendía arrojarla de la camilla. Posteriormente, el 25 de mayo de 2007 y el 16 de mayo de 2008 le ocurrieron dos accidentes de trabajo, motivo por el cual se le diagnosticó fibromialgia de origen profesional.

Adujo que como consecuencia de los accidentes laborales presentó limitaciones físicas, las cuales le impidieron desarrollar de manera regular sus funciones. Por ello, tuvo que asistir a terapias y fue varias veces incapacitada. Explica que después de asistir a una de las citas, el galeno determinó incapacitarla del 27 de agosto de 2009 al 2 de septiembre de 2009.

Agrega que el 31 de agosto de 2009 la Subgerente de Prestación de Servicios del Hospital Occidente de Kennedy se reunió con los funcionarios que padecían alguna enfermedad, con el fin de reubicarlos de conformidad a la patología de cada uno. No obstante, la entidad demanda decidió que no le renovaba la orden de prestación de servicios de la accionante.

Alegó la demanda que no tiene relación laboral con la accionante, al existir una orden de prestación de servicios. Por ello considera que no existe un vínculo laboral el cual implique la obligatoriedad de renovarlo al momento finalizarse.

Para la Sala, resulta totalmente contraria la actuación del Hospital Occidental de Kennedy a los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la estabilidad laboral reforzada de una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por no renovar la orden de prestación de servicios, cuando la accionante se encontraba incapacitada por el médico tratante como consecuencia de la lesión que padece.

Ciertamente por el trabajo que se desempeña la demandante en la institución médica se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, pues para cumplir con sus labores debe hacer uso constante de su brazo y este al no estar en una condición óptima, no le permite efectuar sus labores como lo podría hacer una persona en una condición saludable.

En efecto, la Corte Constitucional definió que sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo.

La Sala considera que el caso objeto de revisión la accionada no solicitó a la autoridad competente la respectiva autorización para efectuar el despido, como tampoco renovó la orden de servicios al tener conocimiento que la peticionaria se encontraba incapacitada por padecer una enfermedad de tipo profesional como lo declaró la misma ARP SURA, al explicar que “Actualmente, la accionante esta incapacitada por la ARP SURA hasta el 16 de septiembre de 2009.”[14]

En ese contexto en la Sentencia T-434 de 2008[15] se indicó:

Como se ha visto, la Ley 361 de 1997, en el artículo 26 condiciona el uso de la facultad legal de terminar unilateralmente un contrato de trabajo a un empleado en condición de debilidad manifiesta, a la obtención de un permiso por parte del Ministerio de la Protección Social. Esta protección genera para el empleador una carga que puede entenderse bajo dos perspectivas. Por una parte, para efectuar el despido debe estar comprobado que el empleado ha recuperado por completo su condición de salud; o, bien, el empleador debe solicitar la autorización al Ministerio de la Protección Social.

La primera opción requiere, por supuesto, de un concepto médico definitivo, porque el empleador no puede arrogarse el conocimiento científico y concluir, con base en sus apreciaciones personales, cuándo un empleado ha recuperado por completo su condición física. Lo segundo, por expreso mandato legal. En el caso que nos ocupa, resulta inaceptable el proceder de Brinks de Colombia S.A. porque dado que esta entidad envió a su empleado a la ARP, sólo podría haberlo

despedido sin justa causa, frente a un concepto favorable y definitivo de la aseguradora de riesgos, o con base en el permiso del Ministerio de la Protección Social. (Negrillas por fuera del texto original)

En ese orden de ideas, debe concederse el amparo por evidenciarse que el Hospital Occidente de Kennedy vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de Rosa María Burbano Saavedra, al no renovar la orden de prestación de servicios a pesar de sus graves padecimientos de salud y de no contar con el permiso de la autoridad laboral correspondiente. En consecuencia, la Sala revocará el fallo de segunda instancia del Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá que mediante providencia del 9 de noviembre de 2009, en su lugar se confirmará el fallo del Juez Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C, el cual concedió como mecanismo transitorio la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y la estabilidad laboral reforzada y se ordenará que se debe renovar la orden de prestación de servicios hasta tanto se presente una recuperación integral y la ARP determine que no padece una incapacidad parcial permanente. De igual manera, se ordenará que el término de (4) cuatro meses para interponer la acción ordinaria le contará a partir de la notificación de esta providencia.

3.2.5 Caso Concreto del expediente T-2.528.321

En la acción de tutela que promueve Diana Matilde Salcedo Quijano en representación de Adalberto Salcedo Quijano, es pertinente mencionar que para la Sala está legitimada para actuar la señora Salcedo como hermana del actor, pues de conformidad a su condición médica padece cáncer en un testículo y el virus del VIH, de lo cual se evidencia que no está en condiciones de agenciar personalmente la protección de sus derechos fundamentales.

3.2.5.1 Por otro lado, la Sala considera necesario determinar si la acción de tutela procede en este caso como mecanismo transitorio o definitivo, teniendo en cuenta que el solicitante es un sujeto de especial protección constitucional al padecer el síndrome de inmunodeficiencia adquirida VIH.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, en las cuales ha protegido los derechos fundamentales de las personas que sufren del virus del VIH, ha sido consistente en establecer que por la gravedad de la enfermedad los mecanismos ordinarios de defensa no resultan ser eficaces en la protección de los derechos fundamentales, pues podría hacer mas gravosa la situación de debilidad manifiesta en que se encuentran. Al respecto, se indicó en la Sentencia T- 295 de 2008[16] lo siguiente:

resulta claro que si bien, el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, la situación particular que rodea el presente asunto, hace

procedente la acción de tutela, teniendo en cuenta que la terminación del contrato recayó sobre una persona que padece (VIH/SIDA), lo que agrava imperiosamente su situación, además de no contar con los medios económicos necesarios que le permitan continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social –Salud- y de esta manera sostener el tratamiento médico requerido.

Por consiguiente, para esta Sala es claro que el medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral no resulta eficaz atendiendo las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra el actor, aunado al hecho de que se está ante un sujeto de especial protección constitucional (arts. 13, 47 y 48 de la Constitución). Se reviste así, el presente asunto de relevancia constitucional para esta Corporación y amerita la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección oportuna de los derechos fundamentales del actor ante la carencia de eficacia e inmediatez del medio de defensa judicial ordinario.

Así las cosas, se concluye que por la condición de salud del accionante al padecer dos afecciones lo suficientemente graves, es procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo, pues el mecanismo ordinario carece de eficacia y efectividad en la protección de los derechos fundamentales.

3.2.5.2 En el asunto del señor Adalberto Salcedo Quijano, él se asoció el 24 de febrero de 2009 a la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos, la cual celebró un contrato de prestación de servicios con la Fundación Marina Cicrocédito para desarrollar el cobro o recuperación de cartera.

En dicho acuerdo, el señor Salcedo Quijano, como asociado debía realizar 20 visitas diarias para el cobro de acreencias de la fundación. No obstante, en septiembre de 2009 se le diagnóstico cáncer en el testículo derecho y se le practicó una cirugía. En consecuencia, lo incapacitaron durante 15 días, en los cuales la cooperativa de trabajo asociado decidió no continuar con el vínculo asociativo por tener un bajo rendimiento al realizar únicamente 6 visitas de las 20 diarias a las que se comprometió a efectuar.

Adujo la cooperativa demandada que el motivo por el cual no se le asignaron más funciones en la Fundación Marina Cicrocédito obedece al

bajo rendimiento en el recaudo de las acreencias, pues no tenía conocimiento de la enfermedad del virus del VIH que padece, pero sí de la cirugía a la cual se sometió por padecer cáncer en un testículo.

En esas circunstancias, la Sala encuentra que la cooperativa de trabajo asociado sin ser relevante el tipo de vínculo laboral que desarrolle, está en la obligación de garantizar la estabilidad laboral reforzada del accionante, por estar en una circunstancia de debilidad manifiesta ostensiblemente evidente al padecer dos tipos de enfermedad como lo son el virus del VIH y cáncer. En efecto, no es de recibo el argumento de la demandada, al afirmar que no se le asignó más labores por presentar una deficiencia en los resultados, cuando resulta evidente que el rendimiento del actor no puede asimilarse con el de una persona que se encuentre en un estado de salud normal.

Por su parte, la Corte Constitucional ha expuesto que parte de la estabilidad laboral reforzada de una persona en estado de debilidad manifiesta cuando es separado de sus funciones, implica el reintegro al trabajador a una labor de conforme a sus limitación física o psíquica. Al respecto en la Sentencia T- 307 de 2008[17] se indicó:

Si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma.

De ese modo, se evidencia que la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos sin autorización de la autoridad competente decidió no asignarle actividades al actor por presentar un deficiente rendimiento. En ese contexto, se deduce que su enfermedad fue el motivo por el cual se le suspendieron las actividades a pesar del pleno conocimiento de la operación quirúrgica a la que se sometió el señor Salcedo Quijano por padecer cáncer en un testículo. Así las cosas el actor tiene el derecho a que

la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta debido a las enfermedades que padece, por ello deberá reasignarle funciones de conformidad a sus condiciones de salud y no exigirle el rendimiento que tendría una persona saludable sin afecciones de tal naturaleza.

En esas condiciones, la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la estabilidad laboral reforzada de quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, pues el actor al padecer el virus del VIH y ser objeto de una cirugía de cáncer, se considera como un sujeto de especial protección, y por tanto no podía procederse a su desvinculación sin autorización del Ministerio de la Protección Social.

Por todo lo anterior, la Sala revocará el fallo de Juez Segundo Civil Municipal de Ibagué del 1° de diciembre de 2009. En consecuencia se tutelarán los derechos fundamentales de Adalberto Salcedo Quijano a la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en debilidad manifiesta.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. *En el expediente T-2.515.631 REVOCAR el fallo del Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá que mediante providencia del 9 de noviembre de 2009 decidió revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar se CONFIRMARÁ el fallo del Juez Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C del veintidós (22) de septiembre de 2009, el cual concedió como mecanismo transitorio la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y la estabilidad laboral reforzada de Rosa María Burbano Saavedra hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie.*

SEGUNDO. ADICIONAR AL FALLO del Juez Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C, en el sentido de ORDENAR al Hospital Occidente de Kennedy renovar la orden de prestación de ser de Kennedy renovar la orden de prestación de

a recuperación integral y la ARP determine que no padece una incapacidad parcial permanente.

TERCERO. ORDENAR que el término de (4) cuatro meses para interponer la acción ordinaria fijado en el fallo del Juez Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C del veintidós (22) de septiembre de 2009, se contabilice a partir de la notificación de esta sentencia.

CUARTO. En el expediente T-2.528.321 REVOCAR el fallo de Juez Segundo Civil Municipal de Ibagué del 1° de diciembre de 2009.

QUINTO. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de Adalberto Salcedo Quijano a la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en debilidad manifiesta.

SEXTO. ORDENAR a la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre al señor Adalberto Salcedo Quijano como asociado. En consecuencia, le asigne las funciones de recaudo que venía desempeñando o unas de la misma categoría, de acuerdo con las indicaciones de carácter médico al padecer el virus del VIH y habersele practicado una cirugía para el tratamiento del cáncer.

SÉPTIMO. ORDENAR a la cooperativa de trabajo asociado Cazatalentos que como consecuencia del reintegro que debe efectuar, afilie nuevamente al señor a la EPS respectiva, para que continúe recibiendo el servicio de salud para atender las enfermedades que padece.

OCTAVO. Por la Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado”

PRETENSIONES.

PRIMERA: Con fundamento en los hechos narrados y los argumentos expuestos, ruego a Usted me conceda el amparo Constitucional rogado, y se tutelen mis derechos fundamentales a la Dignidad Humana, a la Salud en Conexidad con el derecho a La Vida en condiciones dignas, al Mínimo Vital, al Derecho al Trabajo, a la Seguridad Social, a la Especial Protección de la Estabilidad Laboral Reforzada por encontrarme en un Estado de Debilidad Manifiesta por mi Estado de Salud y la Estabilidad Laboral Reforzada por estar Próxima a Pensionarme, mi derecho a la tranquilidad, mi derecho a la igualdad.

SEGUNDA: Consecuencialmente se me reubique en un cargo igual al que venía vinculada como profesional Universitaria código 219 Grado 6 en la planta Global de personal del municipio de Pasto y se deje sin efectos el acto administrativo Resolución 331 del 22 de septiembre de 2022.

SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

Ruego señor Juez Constitucional que como medida provisional ordene a la Alcaldía Municipal de Pasto-Secretaria de Educación Pasto, se suspenda el acto administrativo de retiro porque se me esta causando un perjuicio irremediable y en su lugar ordene a la administración reubicarme en el cargo que no fue aceptado por el Dr. Edwin Fierro o se me reubique en un cargo de igual categoría.

Su señoría como petición subsidiaria le ruego con todo el respeto estudie la posibilidad de que se ampare mi derecho a la salud y a la Seguridad Social para que se me garantice mi derecho a la vida en condiciones dignas.

PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA.

Es usted señor Juez el competente para conocer, tramitar y ordenar la Tutela de mis derechos fundamentales de acuerdo a las disposiciones del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO.

Declaro bajo la gravedad del juramento que no he promovido o presentado acción similar en otro juzgado sobre los mismos hechos.

PRUEBAS.

Solicito respetuosamente se tenga como prueba las siguientes:

- 1- Historia clínica
- 2- Incapacidades medicas otorgadas
- 3- La resolución 331 de 20 de septiembre del 2022.
- 4- Certificado de semanas cotizadas
- 5- Constancias Laborales expedidas por la Secretaria de Educación y la Dirección de Control Interno Disciplinario.

Las demás pruebas que el Señor Juez estime conducentes.

NOTIFICACIONES.

A la suscrita BLANCA NANCY CORAL MONCAYO, ruego a su señoría enviarla vía correo electrónico: [REDACTED] O a la carrera [REDACTED]

La parte Accionada el municipio de Pasto, representado legalmente por el señor Alcalde en el centro de atención Municipal de San Andres

Son los anteriores argumentos que someto ante el señor Juez Constitucional para que se tenga en cuenta lo manifestado.

Del señor Juez.

At [REDACTED]

BLANCA NANCY CORAL MONCAYO

