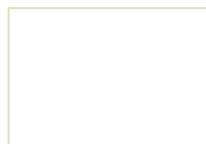




**LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN VIRTUD DEL RETÉN SOCIAL:  
MADRES /PADRES CABEZAS DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS**

**MONICA LILIANA ARTEAGA MONCAYO  
MARIELENA ORDOÑEZ ORDOÑEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2010**



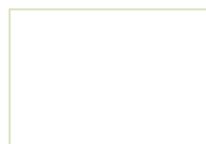
**LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN VIRTUD DEL RETÉN SOCIAL:  
MADRES /PADRES CABEZAS DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS**

**MONICA LILIANA ARTEAGA MONCAYO  
MARIELENA ORDOÑEZ ORDOÑEZ**

**Monografía presentada como requisito parcial para optar el título de  
especialistas en derecho administrativo**

**ASESORA:  
MONICA HIDALGO OVIEDO  
ABOGADA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2010**



“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado, son responsabilidad exclusiva de las autoras”

Artículo 1 del Acuerdo No 321 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.



**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

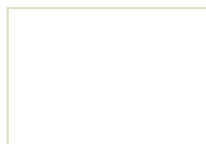
---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 23 de Febrero de 2010

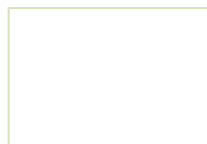


*A Dios por ser la luz que guía y orienta mi vida  
A mi familia por ser mi apoyo, y la razón de ser de mis logros.*

*Monica.*

*A Dios por acompañarme y permitirme alcanzar un nuevo logro en mi vida  
A mi familia, por impulsar y apoyar mis aspiraciones.*

*Marielena.*



## GLOSARIO

**Retén Social:** Entiéndase por tal la estabilidad laboral reforzada conferida a las madres/padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados dentro de los programas de renovación de la administración pública.

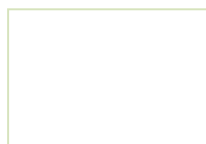
**Estabilidad laboral Reforzada:** Garantía constitucional otorgada en favor de servidores públicos y trabajadores del sector privado, pertenecientes a grupos poblacionales vulnerables.

**Madre Cabeza de Familia:** Mujer que tenga bajo su responsabilidad hijos menores de edad o incapacitados para trabajar, que dependan única y exclusivamente del sustento que ella devenga.

**Padre Cabeza de Familia:** Hombre que tenga exclusivamente bajo su responsabilidad económica y afectiva hijos menores de edad o discapacitados, donde la figura materna se encuentra ausente o tenga que asumir por sí misma el cuidado de hijos menores de edad o que padezcan alguna enfermedad.

**Prepensionado:** Persona a quien le faltare tres años o menos para adquirir el derecho a pensión de vejez o de jubilación.

**Principio pro Homine:** Figura que permite aplicar la disposición legal que maximice la garantía de los derechos fundamentales.



## RESUMEN

La crisis fiscal que afrontó el país hacia finales de la década de los noventas, la amplia maquinaria estatal, el incremento en el gasto público, y la escasa inversión social, llevaron al Gobierno Nacional a plantear y desarrollar una reforma tendiente a minimizar tales efectos, cambiando la concepción y la dimensión administrativa del Estado.

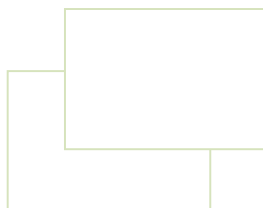
El Gobierno Uribe, a través de la expedición de su Plan Nacional de Desarrollo “Hacia un Estado Comunitario”, formuló el Programa de Renovación de la Administración Pública, a través de la ley 790 de 2002, mediante la cual se pretendió lograr una sostenibilidad financiera y el cumplimiento de los fines estatales.

La ley 790 de 2002, contempló una protección especial dirigida a madres cabeza de familia sin alternativa económica, personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y servidores públicos que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años, contados a partir de la promulgación de la ley.

La aplicación de tal protección, generó debate jurídico en las Altas Cortes Colombianas, propiciando la construcción de una vasta y elaborada línea jurisprudencial, que ahondó en los cimientos de la protección constitucional y legal de esta figura.

Tal desarrollo permitió el avance y la progresión en el estudio de la estabilidad laboral reforzada, derivada del retén social; generando tesis y enfoques que delimitaron y afectaron el alcance de las decisiones judiciales, bajo ciertos supuestos fácticos; llevando al tema a un estado de graduación e imposición.

Bajo estos presupuestos, se formularon acciones afirmativas y bases de estudio enfocados en la principalística y desarrollo del retén social, como figura de consolidación jurisprudencial.





## ABSTRACT

Fiscal crisis assumed by the country at the end of 90's, the long state mechanism, the increase about public charges and the limited social investment make the government to raise and to develop a reform in order to get those effects less changing the administrative state conception and dimension.

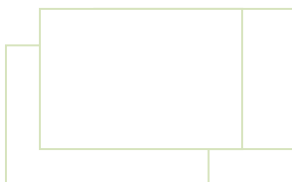
Uribe government through his development national plan execution "Towards a Communitary State" proposed the public administration renewal program through law 790 2002 which pretended to get a financial supporting and the fulfilment of statal purposes.

Law 790 2002 looked at special protection to leader mothers without an economic alternative, people with physical, mental, visual or auditive limitations and public workers who obey to all requirements age and time working to enjoy their retirement or old age pension at the end of three years since the law promulgation.

The application of the protection generated a legal debate into the high colombian parliament, propitiating a long jurisprudential line construction emphasising into the foundation of constitutional protection and legal of this figure.

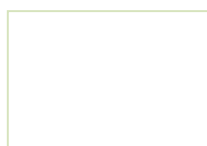
This development let the advance and progression in reinforced laboral stability study derived from the social reenergizing researches and approaches which have delimited and affected the reach of judicial decisions under some supposed facts leading the topic to a proof and imposing state.

Under those presupposed, affirmative actions and base study have been formulated approached to principalistic and development of social reténas a figure of jurisprudential consolidation.

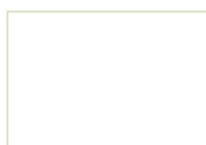


## CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	13
1. SURGIMIENTO DEL RETÉN SOCIAL: CONTEXTO LEGISLATIVO Y PANORAMA SOCIAL.	16
2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA CONFERIDA POR EL RETÉN RETÉN SOCIAL A FAVOR DE PADRES Y MADRES CABEZA DE FAMILIA Y DE PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE.	26
2.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADORES OFICIALES EN VIRTUD DEL RETÉN SOCIAL: IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.	26
2.2 CONSEJO DE ESTADO - LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO PROTECCIÓN SUI GENERIS DERIVADA DEL RETÉN SOCIAL PARA EMPLEADOS PÚBLICOS.	34
2.3 CORTE CONSTITUCIONAL – PROCEDENCIA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DERIVADA DEL RETÉNSOCIAL.	47
3. IMPLICACIONES DE LA ESTIBILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DEL RETÉNSOCIAL.	81
3.1CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	84
3.1.1 Subreglas frente a la estabilidad laboral reforzada Corte Suprema de Justicia.	84
3.2 CONSEJO DE ESTADO	84
3.2.1 Subreglas frente a la estabilidad laboral reforzada Consejo de Estado	85
3.3 CORTE CONSTITUCIONAL	85
3.3.1 Subreglas Jurisprudenciales frente a la protección de madres cabeza de familia.	85
3.3.2 Subreglas frente a la estabilidad laboral reforzada garantizada a padres cabeza de familia.	87

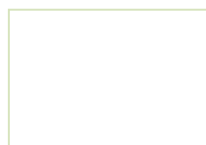


	<b>Pág</b>
3.3.3 Subreglas frente a la protección especial otorgada por el Retén social frente a trabajadores próximos a pensionarse.	89
3.3.4 Subreglas Jurisprudenciales frente a la discriminación introducida por el decreto 190 de 2003 y la ley 812 de 2003, respecto a discapacitados y madres y padres cabeza de familia.	91
3.3.5 Subreglas jurisprudenciales frente a la procedencia excepcional de la Acción de Tutela para efectivizar el derecho a una estabilidad laboral reforzada.	91
3.3.6 Subreglas jurisprudenciales frente a la improcedencia de la Acción de Tutela para efectivizar la estabilidad laboral reforzada introducida por la Ley 790 de 2002.	92
3.3.7 Subreglas Jurisprudenciales frente a las consecuencias de haber Percibido una indemnización dentro de un proceso de liquidación o reestructuración de una entidad pública.	93
4.CONCLUSIONES	94
RECOMENDACIONES	96
BIBLIOGRAFIA	97



## TABLA DE CUADROS

	<b>Pág.</b>
Cuadro 1. Corte Suprema de Justicia. La acción de tutela como mecanismo Idóneo para garantizar estabilidad laboral reforzada a los trabajadores oficiales en virtud del retén social.	33
Cuadro 2. Consejo de Estado. Procedencia de aplicar la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social frente a empleados públicos.	46
Cuadro 3. Corte Constitucional. La estabilidad laboral reforzada otorgada en virtud de la figura del retén social a favor de madres y padres cabeza de familia y prepensionados puede considerarse de aplicación indiscriminada	77



## INTRODUCCION

La especial protección conferida hacia grupos considerados vulnerables ha cobrado importancia a partir de la Constitución Política de 1991 y gracias a los desarrollos judiciales y legales que frente a la misma se han esbozado, se han construido formas de progresión y avance respecto a esta comunidad.

Dicha protección ha tenido como propósito fundamental, contrarrestar las condiciones que ciertos grupos poblacionales deben afrontar, y que conllevan a la vulneración de sus derechos.

La finalidad de proteger y garantizar la efectividad de los derechos de quienes se encuentran en estado de debilidad manifiesta, se soporta en el principio y derecho fundamental a la igualdad, en virtud del cual, se han implementado ciertas medidas denominadas de discriminación positiva, que permiten brindar bajo determinadas circunstancias, un trato diferenciado a favor de quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad, con el fin último de mitigar las secuelas y deficiencias que sus especiales condiciones les ha generado.

En éste contexto, y con la finalidad de proteger a aquellos servidores públicos que pudiesen verse afectados con el Programa de Renovación de la Administración Pública implementado mediante la ley 790 de 2002, en el artículo 12 de dicha disposición, el Gobierno Nacional, consagró hacia aquellos servidores públicos considerados vulnerables una estabilidad laboral, en virtud de la cual, las madres cabeza de familia, los discapacitados y los prepensionados, no podrían ser desvinculados de sus cargos en desarrollo de la liquidación o reestructuración de las entidades a las que prestasen sus servicios; protección que se hizo extensiva hacia padres cabeza de familia.

Con posterioridad a la expedición de la ley 790 de 2002, se promulgó el Decreto 190 de 2003, mediante el cual se reglamentó entre otros aspectos el artículo 12 de la precitada norma; el decreto en comento estableció un límite temporal a la estabilidad laboral introducida por la precitada ley. Tal término fue fijado en el 31 de enero de 2004.

El 26 de junio de 2003, mediante la ley 812 de ese año, se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, que en el artículo 8 literal D, dispuso que la protección especial consagrada en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, para madres cabeza de familia y discapacitados, se garantizaría hasta el 31 de enero de 2004, y para prepensionados hasta que se les reconozca su derecho a pensionarse.

Con la expedición de las regulaciones legales que introdujeron una especial protección en el ámbito laboral para madres y padres cabeza de familia, personas con discapacidad física, visual, mental o auditiva, y personas próximas a pensionarse, los servidores públicos que consideraban tener alguna de dichas calidades, acudieron ante los jueces del país en aras de impetrar la efectividad de la estabilidad laboral que les había sido reconocida.

En virtud de lo anterior, los Altos Tribunales de Justicia, comenzaron a asumir el estudio de los casos sometidos a su conocimiento, en los cuales se abordó la situación fáctica de quienes pretendían ser beneficiarios de la estabilidad laboral introducida por la ley 790 de 2002.

Particularmente se analizará la postura jurisprudencial, asumida por las Altas Cortes del país, y se elaborará la correspondiente línea jurisprudencial, construida en torno a la estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los padres/madres cabeza de familia y los prepensionados.

En el primer capítulo del presente estudio, se analizará el contexto en el que se expedieron las normas que introdujeron y reglamentaron, la estabilidad laboral frente a madres/ padres cabeza de familia y personas próximas a pensionarse; haciendo el estudio correspondiente del marco legal que regula y reglamenta la misma.

En el segundo capítulo, se analizará las decisiones judiciales que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, y la Corte Constitucional, han expuesto frente a la estabilidad laboral derivada del retén social.

En un tercer capítulo, se hará alusión a las subreglas jurisprudenciales que se derivan de las decisiones judiciales de las tres Altas Cortes, y que sirven de precedente jurisprudencial para solucionar casos similares; concluyendo que el retén social otorga una estabilidad laboral reforzada como derecho constitucional.

***ARCO JURÍDICO Y CONTEXTO SOCIAL DE LA PROTECCIÓN LABORAL  
REFORZADA OTORGADA A PADRES Y MADRES CABEZA DE FAMILIA Y  
PREPENSIONADOS***

## **1. SURGIMIENTO DEL RETÉN SOCIAL: CONTEXTO LEGISLATIVO Y PANORAMA SOCIAL**

El planteamiento organizacional del Estado previsto en la Constitución de 1991 generó una estructura amplia y compleja, donde el Estado debía sostener un entramado de entidades y organizaciones con una basta planta de personal, así mismo, implicó la constante y creciente transferencia de recursos a las entidades descentralizadas a fin de que los gobiernos locales desarrollasen y cumplieren funciones que otrora desempeñara el Gobierno Central. El Estado, llevó a cabo a partir de entonces, una encomiable labor financiera para sostener su organización.

En este contexto, a finales de la década de los 90, Colombia presenta agrietamiento de la base fiscal por la recesión y el incremento de los gastos del gobierno; el margen disponible para inversión se limitó y se redujo notoriamente a lo largo del período 1998 – 2002.

El país atravesó una crisis de carácter fiscal; el servicio de la deuda se elevó ostensiblemente, la descentralización instituida por la Constitución de 1991 y su planteamiento esquemático no era sostenible, los gastos generados por empresas y organismos del Gobierno Central y Local no podían seguir cubriéndose; se hizo urgente e imperioso acudir al financiamiento externo.

Así pues, el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana solicitó créditos al exterior, en aras de suplir el déficit fiscal que se presentaba en el país y en consecuencia, se suscriben acuerdos extendidos con el Fondo Monetario Internacional.

Una vez suscritos los acuerdos internacionales, el Estado Colombiano debe garantizar el flujo de recursos necesarios, que permitan cubrir las erogaciones externas a las cuales se encuentra sometido; no hay entonces otro camino posible que las reformas estatales que bordearán y harán mella en todas las esferas de la vida pública y organizacional del país.

El Presidente Andrés Pastrana, en el año 2002 presenta al Senado, un proyecto de Reforma de la Administración Pública, el cual se adopta como una medida para reducir los gastos a los cuales se encontraba sometido el Gobierno Central.

Celebradas las elecciones presidenciales en el año 2002, sube a la Presidencia de la República Álvaro Uribe Vélez, quien decide, retirar el proyecto presentado por su antecesor, con miras a modificar y complementar su contenido, para que curse su trámite y pueda finalmente convertirse en ley de la República.

La motivación que llevó al Presidente a reformar el proyecto de ley de Renovación de la Administración Pública, obedeció al hecho de concatenar su gestión



gubernamental con el Plan de Desarrollo propuesto por su gobierno *“Hacia un Estado Comunitario”*.

El proyecto fue presentado por tanto al Congreso de la República con modificaciones en temas tales como: reconocimiento económico para la rehabilitación laboral, profesional y técnica, gobierno en línea, defensa judicial de la Nación, entre otros. El proyecto pretendió lograr austeridad y eficiencia en la organización institucional pública, procurando brindar al Estado estabilidad macroeconómica.

Tal proyecto contó con una base esquemática de la reducción en el gasto de funcionamiento y maquinaria estatal, enmarcado en los principios de la administración pública, con miras a obtener recursos destinados a inversión social. Así pues, el gobierno busca transformar el estado, en un foco de desarrollo a través producción de recursos.

En este entendido, tal gesta se pretende realizar mediante la renovación del Estado, el sistema pensional y el de endeudamiento, así como la eficiencia en las regalías y transferencias de la Nación.

El gobierno ve en este plan, un imperativo a fin de evitar la crisis fiscal y consolidar y desarrollar los postulados del Estado Social de Derecho, a partir de la inversión y el gasto social.

El proceso de Renovación de la Administración Pública, se pretende lograr a través del desarrollo de tres objetivos:

“a) Un Estado Comunitario: Mediante el cual se busca acercar al Estado al ciudadano, un estado gerencial, eficiente, austero y social de derecho, presupuestos desarrollados de la siguiente manera:

- Un Estado cercano al ciudadano: En el entendido de lograr conducencia en la relaciones Estado- comunidad, permitiendo el desarrollo social, a través del progreso y la inversión continua.

- Un Estado eficiente: Es decir, un Estado metódico, empeñado en el diseño y aplicación de buenas políticas públicas, encausándose en el cumplimiento de las metas y flnés trazados; a través de:

Pertinencia: Bajo líneas de acción estatal que cumplan los flnés perseguidos

Transparencia: Mediante el control y seguimiento de la gestión pública por parte de la comunidad.

Racionalización y orden: Con funciones y estrategias claramente definidas, que incrementen la legitimidad en su accionar y evite la ineficiencia e incredulidad.

Productividad: Permitiendo a los recursos estatales trascender de ámbitos improductivos a sendas de beneficio en la economía estatal.

- Un Estado gerencial: Atendiendo a la identificación de las tareas y metas prioritarias que debe asumir el Estado, maximizando recursos y obteniendo resultados de calidad y de desarrollo social continuo.

- Un Estado austero: Buscando moderar y limitar los recursos que exige para el ejercicio de las funciones públicas, alcanzando principios de solidaridad y universalidad.

- Estado social de derecho: Enmarcado por la concepción del gobierno en un Estado Comunitario, el cual procura fortalecer lo social y ayudar a construir un mayor capital humano, y mayor capital social al servicio del bienestar colectivo.

b) Rediseño de la organización institucional pública: El programa de renovación de la administración pública, busca racionalizar la estructura de la administración pública a lo necesario para desarrollar sus funciones dentro de un marco de austeridad y eficiencia. Lo anterior, con miras a la sostenibilidad fiscal. En este sentido, son entonces objetivos fundamentales

- Racionalizar la planta de personal: A través del incremento en el grado de profesionalización de los servidores públicos, y de la disminución de las llamadas nominas paralelas

- Reducir los gastos de funcionamiento y liberar recursos para reasignarlos a las actividades en pro del servicio del ciudadano.

c) Rescatar la legitimidad del Estado ante el ciudadano: Proveyendo de manera eficaz y eficiente bienes y servicios a cargo del Estado, permitiendo que la inversión pública, encuentre maximización social.”<sup>1</sup>

En este orden de ideas, bajo los lineamientos antes descritos se previo que la renovación del Estado, requería de las siguientes tareas:

---

<sup>1</sup> Visto el 18 de Septiembre de 2008. Fernando Londoño Hoyos. Proyecto de ley por el cual se expiden disposiciones para adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. <<http://www.presidencia.gov.co>>.

“a) Eliminar y suprimir las instituciones, programas, procesos o trámites que erosionan valiosos recursos públicos; y que no tienen ninguna vocación de defensa del interés público.

b) Fortalecer instituciones y programas que efectivamente contribuyen a alcanzar objetivos valiosos. Estudiar formas de profundizar, ampliar o refinar estas instituciones o programas públicos más destacados.

c) Exigir más a los administradores de entidades públicas indispensables pero que no alcanzan los resultados esperados, encontrar, impulsar y apoyar los cambios correspondientes.

d) Conducir las reformas en las instituciones valiosas pero que no logran los resultados deseados, para hacerlas más vigorosas y garantes de los intereses ciudadanos.

e) Establecer parámetros muy altos sobre toda la actuación estatal en el campo público.

f) Procurar un conjunto de reformas transversales, comunes a todas las entidades, que facilite el ejercicio de la función pública, la actuación particular de cada entidad y de cada servidor público.

g) Poner en vigencia principios que, como el concepto de Estado Comunitario, engloban toda una transformación cultural del Estado y de la participación comunitaria al servicio del interés público.”<sup>2</sup>

En este contexto se expide la Directiva Presidencial número 12 de 20 de agosto de 2002, justificada en un panorama de elevado gasto social, carencia de legitimidad estatal y ausencia de resultados palpables en materia de desarrollo social; directiva enfocada dentro de un Estado Comunitario abocado desde todo punto vista a erradicar la miseria, crear equidad social y propender por la seguridad de los coasociados.

El gobierno Uribe, a través de ésta directiva pretendió lograr los cometidos del Estado Comunitario mediante la reforma de la administración pública, fijando en este instrumento las bases para que la misma se llevase a cabo.

Para tal efecto, se instituyó al CONPES, como Consejo Directivo para la Reforma de la Administración Pública, al Departamento Nacional de Planeación como el encargado de su coordinación y orientación, encomendándole además su divulgación y asegurando su coherencia conceptual y procedimental.

---

<sup>2</sup> Ibidem.

Tal instrumento, adicionalmente estableció como coejecutores de la reforma a la Vicepresidencia de la República, a la Secretaría Jurídica de Presidencia, al Ministerio de Hacienda, al Departamento Administrativo de la Función Pública y a cada Ministerio en lo pertinente.

La directiva en comento, contempló en pro de efectuar tales renovaciones, acciones de corto, mediano y largo plazo.

Entre las acciones de corto plazo, estableció una nueva cultura de lo público y acciones dirigidas a la reducción del gasto. La cultura de lo público, supone otorgar al Estado un papel gerencial, consolidándose la austeridad y el servicio al ciudadano.

Así pues, la austeridad vino acompañada de un enfoque de política laboral en la administración pública, que pretendió la reducción de los costos de funcionamiento de personal.

La directiva aclaró que la política de lo que denominó "retén social", garantizaría la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados.

Previó, para efectos de control de éste mecanismo, crear indicadores para vigilar y controlar la reducción de costos de funcionamiento, la disminución del pasivo pensional y la optimización de planta y eficiencia en el gasto público.

“Los objetivos intermedios consistieron en la creación y consolidación de una política de Estado -permanente y gradual- de modernización y gestión de la administración pública, y en el establecimiento de un Estado gerencial que se caracterice por su responsabilidad fiscal. Logrando a través de estos objetivos intermedios el cumplimiento de los objetivos finales de eficiencia y calidad en la prestación de los servicios públicos, en la promoción de la equidad, la eliminación de la corrupción y la legitimidad del Estado.”<sup>3</sup>

A la postre y formulada la Directiva bajo los parámetros antes descritos, el Congreso de la República, aprobó el proyecto y en consecuencia el 27 de diciembre de 2002, se expidió la ley 790 de 2002, por medio de la cual se renueva la Administración Pública.

La ley en comento, buscó:

“ Renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los FInés del Estado con

---

<sup>3</sup> Ibid.

celeridad e intermediación en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998.”<sup>4</sup>

Tales principios constitucionales hacen referencia a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia; principalística que bordeó la estructura y la finalidad última de la ley de renovación de la administración pública.

A partir de La ley 790 de 2002, comenzó la reestructuración de entidades, bajo la tutela del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, a tenor del cual, el Presidente podrá: “Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley”<sup>5</sup>.

Con la aplicación de ésta potestad, se emprendió la supresión y fusión de entidades estatales, con los consecuentes movimientos de plantas de personal, los incentivos, las exenciones y la protección contemplada desde el corpus de la misma ley.

De igual manera, esta ley previó en su texto una protección especial, respecto de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años, contados a partir de la promulgación de la ley.

La aplicación de tal protección, generó discusión y constituyó un presupuesto de estudio para las altas Cortes del país, quienes a partir de la casuística y la interpretación constitucional y legal, crearon figuras jurisprudenciales que abrieron un nuevo acápite en el estudio del derecho administrativo laboral.

Con posterioridad se expidió el Decreto 190 de 2003, mediante el cual se reglamentó el artículo 12 de la Ley 790 de 2002; el decreto reguló e introdujo entre otros aspectos, algunas definiciones con la finalidad de precisar el campo de aplicación y los titulares de la protección laboral.

En virtud de ello, introdujo el concepto de madre cabeza de familia sin alternativa económica entendiendo por tal a la *“Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al*

---

<sup>4</sup> Artículo 1 Ley 790 de 2002

<sup>5</sup> Constitución Política de Colombia. Ed. Legis. Novena Edición 2002

*salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada*<sup>6</sup>.

Posteriormente, y mediante fallo de tutela, en aras de preservar el derecho a la igualdad, y principalmente los derechos de los menores, se hizo extensiva la protección a que se ha venido haciendo referencia a los hombres que reúnan las condiciones para ser considerados padres cabeza de familia.

Igualmente, el decreto 190 de 2003, implementó el concepto de persona próxima a pensionarse, es decir, aquella a la cual *“le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez”*<sup>7</sup>.

El decreto en comento, definió el concepto de persona con limitación física, mental, visual o auditiva, definición que se deja de lado por no ser objeto de estudio de la presente trabajo.

Frente a la protección laboral especial otorgada a madres y padres cabeza de familia, personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y personas a quienes les faltase menos de 3 años para disfrutar de su pensión, el decreto 190 de 2003, estableció el trámite que aquellos deberían cumplir, para efectos de ser beneficiarios de la estabilidad laboral contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2002.

En este sentido, se dijo que los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional, en primer lugar deberían acreditar las condiciones y calidades de los sujetos titulares de la estabilidad laboral, así por ejemplo, frente a las madres y padres cabeza de familia, se debía verificar en sus hojas de vida, en el sistema de información de la respectiva EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, el cumplimiento de las condiciones para ser considerados como tales. Como factor adicional, se debía corroborar, que en el grupo familiar del solicitante no existiese otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Frente a la condición de invalidez de los hijos, que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiado de la protección especial, se dijo que la misma debía ser probada con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez.

---

<sup>6</sup> Artículo 1 Decreto 190 de 2003.

<sup>7</sup> Ibidem.

Respecto a las personas próximas a pensionarse, se preceptuó que pese a que sea el servidor público el que aporte los documentos que acrediten la condición de prepensionado, el jefe de personal o quien haga sus veces, debía corroborar que al servidor le falten menos de tres años para cumplir con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez; en este entendido procedería a expedir constancia escrita en tal sentido.

Frente a la acreditación de los requisitos para que el servidor público adquiriera su derecho a pensionarse, la ley guardó silencio respecto a si son los requisitos de carácter legal o los requisitos de carácter convencional.

El decreto 190 de 2003, dispuso además, que una vez acreditada la calidad de sujeto de especial protección, los jefes de personal o quienes hagan sus veces, debían indicar a los jefes de la entidad respectiva, los cargos que en virtud de lo anterior no podían ser suprimidos o las personas a quienes se les debería respetar la estabilidad laboral.

El inciso final del artículo 13 dispuso que

“En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto”<sup>8</sup>.

El decreto expresó, que el derecho a la estabilidad laboral de los titulares de la protección especial, cesará cuando el servidor público pierda la calidad que lo ha hecho merecedor de tal protección, o cuando finalice el Programa de Renovación de la Administración Pública, esto es el 31 de enero de 2004.

Con posterioridad a la expedición del Decreto 190 de 2003, el Gobierno Nacional, promulgó la Ley 812 de 2003, mediante la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, que en el literal D del artículo 8, reglamentó algunos apartes del Programa de Renovación de la Administración Pública, señalando que ésta se sustenta en tres componentes :

- a) Fortalecimiento de la participación ciudadana;
- b) adopción de una nueva cultura de gestión de lo público, y
- c) Avance en la descentralización y su articulación con el ordenamiento territorial.

Señalo además, que los beneficios establecidos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se aplicarían hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los

---

<sup>8</sup> Artículo 13 Decreto 190 de 2003

servidores próximos a pensionarse, cuya garantía debería respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Dicha norma introdujo una discriminación hacia madres y padres cabeza de familia, y hacia las personas con limitaciones físicas, visuales, mentales o auditivas, para quienes la estabilidad laboral, sólo les sería garantizada hasta el 31 de enero de 2004, a diferencia de lo que ocurría con los prepensionados para quienes no se fijo límite temporal alguno.

Como puede apreciarse, la estabilidad laboral reforzada a favor de los grupos a que se ha hecho referencia, ha sido objeto de diversas regulaciones y de diversos pronunciamientos judiciales, que se han ocupado de delimitar su sentido y alcance, bajo la tutela de la Carta Política de 1991.

El objeto de las regulaciones a que se ha aludido, han tenido como propósito fundamental contrarrestar las consecuencias que por su especial estado han afrontado ciertos grupos de personas considerados vulnerables, y proteger desde todo punto de vista los derechos constitucionales y legales de los que son titulares.

Es de precisar que las mismas encuentran sustento Constitucional, principalmente en el artículo 13, 42,43, 44 y 48 del Estatuto Superior.

Así pues, la estabilidad laboral que se estableció para las tres categorías de servidores públicos, tuvo como propósito fundamental, garantizar que los derechos de aquellos y de sus núcleos familiares no se vieran vulnerados con la decisión de desvincularlos de sus cargos, en razón del estado de indefensión en el que se encuentran.

Las regulaciones jurídicas dentro de las que se enmarca el retén social, son consideradas medidas de discriminación positiva que se adoptaron con el propósito fundamental de preservar y garantizar la efectividad del derecho a la igualdad de los titulares de tal protección.

Es de precisar, que la estabilidad laboral reforzada (que se conoce comúnmente como “retén social”), es la figura que se constituye en el principal garante de los derechos de los servidores públicos catalogados como prepensionados, o como madres y padres cabeza de familia.

Las regulaciones a las que se ha hecho alusión, constituyen los sustentos normativos, de quienes creen tener derecho a la estabilidad laboral reforzada dentro de los procesos de reestructuración o liquidación de las entidades del sector público, y constituyen el soporte a partir del cual se ha sentado la jurisprudencia nacional respecto al tema objeto del presente estudio.



***ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA CONFERIDA POR EL RETÉN SOCIAL  
A FAVOR DE PADRES Y MADRES CABEZA DE FAMILIA Y DE PERSONAS  
PRÓXIMAS A PENSIONARSE***

## **2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA CONFERIDA POR EL RETÉN SOCIAL A FAVOR DE PADRES Y MADRES CABEZA DE FAMILIA Y DE PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE**

### **2.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADORES OFICIALES EN VIRTUD DEL RETÉN SOCIAL: IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

La Ley 790 de 2002, se profirió con la finalidad de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva, y garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines estatales con celeridad e inmediación, en pro de la adecuada atención de las necesidades de los ciudadanos. Para desarrollar este cometido, se realizó entre otras medidas, la fusión de entidades estatales, liquidación de empresas industriales y comerciales del estado y la supresión de cargos.

El legislador, en esta disposición legal, estableció una protección especial frente al retiro del servicio, en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, frente a madres cabeza de familia sin alternativa económica, personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplieran con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres años contados a partir de la promulgación de dicha ley.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia, en su condición de máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria y ante la multiplicidad de casos de trabajadores oficiales favorecidos por la ley 790 de 2002, procedió a abordar el tema del Retén social en diversos asuntos sometidos a su conocimiento.

Así pues, en sentencia de 14 de Julio de 2004<sup>9</sup>, con Ponencia de Jorge Luís Quintero Milanés, la Corte Suprema de Justicia limitó la aplicación del Retén social a una madre cabeza de familia, arguyendo el carácter residual, subsidiario y excepcional de la acción de tutela y la existencia de un mecanismo idóneo cual es el procedimiento contencioso administrativo.

En esta instancia, la Corte restringió, el estudio y desarrollo de la figura del Retén social a connotaciones residuales y subrepticias, limitando e impidiendo, un

---

<sup>9</sup> Expediente No T-No -11001-22-10-000-2009-00026-01. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero.

proceso de disertación y avance respecto a esta figura contemplada por la ley 790 de 2002.

En estos comienzos, la forma prima sobre el fondo; esta Corporación asume una posición exegética y legalista.

A la postre, la Corte Suprema de Justicia, en proveído de 8 de marzo de 2007<sup>10</sup>, estudió el caso de varios trabajadores de TELECOM, quienes solicitaron se establezca una política de reubicación, para los beneficiarios del Retén social una vez liquidada la entidad, no obstante; la Corte, fue enfática en reiterar que tal pretensión no es accesible, no sólo por que el Retén social, no es aplicable cuando la entidad ha desaparecido del mundo jurídico, sino por cuanto, los trabajadores fueron beneficiarios de indemnizaciones, lo que hace inoperante el reintegro a los cargos.

En este fallo la Corte, sienta una posición basada en la existencia jurídica como tal de la entidad demandada, y en la indemnización como hecho generador excluyente de reintegro, asume pues, una posición conservadora y apegada estrictamente al sentido legal de las normas que regulan el Retén social. No se adentra en las connotaciones y características constitucionales y legales que aparejan y rodean ésta figura.

En igual sentido, frente a acción de tutela impetrada por una madre cabeza de Familia ex trabajadora de TELECOM, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de Septiembre de 2007, con ponencia de Julio Enrique Socha, sostiene la imposibilidad de reintegro cuando la entidad desapareció del mundo jurídico; como factor adicional de argumentación, la Corte sostuvo que la tutela no era la acción idónea, máxime si se consideraba el tiempo transcurrido entre la finalización de la relación laboral y el periodo o lapso temporal postrimero en el cual se formuló la misma.

No obstante la negativa de estos fallos, se deja abierta la vía para acudir mediante las acciones preestablecidas por la ley para tales efectos.

En fallo de 4 de septiembre de 2007, MP Julio Enrique Socha, esta Corporación abordó el caso de una ex trabajadora de una entidad, liquidada, quien en su calidad de madre cabeza de familia, solicitaba en virtud del Retén social, reintegro a un cargo de igual o similar categoría de otra entidad estatal. En esta oportunidad, se reitero lo dicho en fallos precedentes, respecto a que la protección conferida por el Retén social, en el entendido de una estabilidad laboral reforzada, sólo puede concederse durante el proceso liquidatorio de la entidad respectiva y culmina con el último acto que ponga fin a la vida jurídica de la misma.

---

<sup>10</sup> Expediente No T-No –11001-22-10-000-2009-00026-0. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. MP: Yesid Ramírez.

Igualmente se manifestó que la acción de tutela constituye un mecanismo residual y subsidiario que no puede utilizarse indistintamente para obtener el reintegro o pago de acreencias laborales, para cuales la legislación vigente tiene previsto un trámite especial.

En sentencia de 7 de septiembre de 2009, la Sala de Casación Penal, MP Javier Zapata Ortiz, analizó el caso de un padre cabeza de familia quien mediante acción de tutela, solicitó ser reintegrado a la Empresa que había reemplazado a TELECOM, por considerar que se presentó sustitución patronal. Frente al particular, la Corte determinó que en atención al principio de inmediatez que reviste la tutela, ésta no era procedente, pues la antedicha acción fue interpuesta, una vez liquidado TELECOM.

Adicionalmente argumentó que la acción de tutela no estaba llamada a reemplazar los procesos ordinarios o especiales que el ordenamiento jurídico tiene previstos, pues no constituye una instancia adicional a la cual pueda acudir para revivir los términos que de manera negligente se han dejado vencer.

En igual línea, se proyectó la sentencia de 21 de septiembre de 2007<sup>11</sup>, MP Augusto J Ibáñez, reiterando la posición asumida por la sentencia antes descrita, sin contener esta, mayor pronunciamientos o consideraciones adicionales sobre la temática en estudio.

En sentencia de 23 de Mayo de 2007<sup>12</sup>, la sala de Casación Laboral de la Corte, con Ponencia de Isaura Vargas, denegó la acción de tutela interpuesta por un trabajador de ADPOSTAL, desvinculado por supresión del cargo, a quien le faltaban menos de tres años para pensionarse, argumentando:

“La improcedencia de la acción resulta igualmente del hecho innegable de existir otro medio de defensa judicial, como lo sería el ejercicio de la pertinente acción contenciosa administrativa contra los actos, hechos u omisiones que sirvieron de fundamento a la autoridad accionada para la determinación adoptada.

Acción contenciosa administrativa por medio de la cual, se reitera, se lograría controvertir la legalidad de los actos, hechos u omisiones administrativas con los que, según el accionante, se le vulneraron los derechos fundamentales cuyo amparo reclama, sin que el juez de tutela pueda avocar el conocimiento de los mismos sin exceder sus atribuciones; por ello, no es viable el ejercicio de la tutela si se pretermiten las acciones judiciales ordinarias o especiales

---

<sup>11</sup> Expediente No T-No -.11001-22-10-000-2009-00026-01.Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. MP: Augusto J Ibáñez.

<sup>12</sup> Expediente No T-No -.11001-22-10-000-2009-00026-01 Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. MP: Isaura Vargas.

que las leyes han consagrado como los mecanismos más idóneos para que las personas puedan lograr el reconocimiento de sus derechos cuando consideren que los mismos han sido vulnerados, pues es de su naturaleza el carácter subsidiario o supletorio, motivo por el cual no se puede utilizar para sustituir los cauces ordinarios o especiales, o para variar las reglas de la competencia”.

Hacia septiembre de 2007 y septiembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia, limitó el beneficio del Retén social, a la existencia jurídica o hasta la liquidación de la entidad sometida a la ley 790 de 2002, argumentando la imposibilidad de la exigencia absoluta del derecho basado en principios de igualdad bien común, y justicia.

Esta posición ha sido reiterada en fallos como los proferidos el 21 de septiembre de 2007, el 2 septiembre de 2008, septiembre 3 de 2008, 7 de octubre de 2008, de 10 de marzo de 2009, y de 23 de abril de 2009<sup>13</sup>.

En fallo de septiembre 7 de 2007<sup>14</sup>, la Corte Suprema de Justicia, se ocupó de analizar la situación de un padre cabeza de familia quien fue desvinculado, al ser liquidada la entidad a la cual prestaba sus servicios. En esta oportunidad, se reitero lo dicho por vía jurisprudencial respecto a que la protección que se otorga a las madres cabeza de familia sin alternativa económica debe predicarse respecto a los hombres que se hallen en dicha situación, si cumplen con los requisitos exigidos por la ley<sup>15</sup>, ya que la protección se otorga en aras de garantizar y salvaguardar los derechos de los hijos y el núcleo familiar.

Sin embargo, se precisó que el Retén social en el caso de TELECOM donde cumplía sus servicios el accionante, sólo se mantuvo vigente hasta que dicha entidad permaneció en la orbita de la vida jurídica, esto es, hasta la aprobación del acta final de liquidación. Por esta razón, aclaró la Corte, el reintegro de los

---

<sup>13</sup> Expediente T-No-11001-22-10-00-2009-0026-01. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinoza Perez. Expediente T-08001-22-13-000-2008- 00230-01. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente:Eduardo Villamil Portilla. Aprobada Acta No 251. Sala de Casación Penal. Sala de decisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Martínez. Expediente T-No-11001-22-10-00-2009-0026-01. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. T-No-11001-22-10-00-2009-0026-01. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Expediente T-No-11001-22-10-00-2009-0026-01.Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinoza Perez..

<sup>14</sup> Aprobado Acta No 166. Sala de casación Penal. Sala de decisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibañez Guzman.

<sup>15</sup> (i) que sus hijos menores o mayores discapacitados están bajo su cuidado, esto es, que vivan con él y dependan económicamente, y que realmente les brinda amor y cuidado para su adecuado desarrollo; (ii) que no tiene otra alternativa económica y que, de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentra incapacitada o que su presencia es indispensable para sus hijos, y (iii) debe cumplir los requisitos formales de la Ley 82 de 1993

trabajadores es inviable, puesto que la entidad ha desapareció y con ello la estabilidad laboral reforzada garantizada mediante el Retén social.

El 26 de marzo de 2009<sup>16</sup>, esta Corporación conoció el caso de ex trabajadoras del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, quienes en su condición de madres cabeza de familia, pretendían ser reintegradas a otras entidades estatales, con la finalidad de que se les garantice la estabilidad laboral reforzada, conferida en virtud del Retén social.

En esta oportunidad, se manifestó que si bien aquellas gozaron de una especial protección durante el proceso liquidatorio del INCORA, la estabilidad derivada de la misma, no podía prorrogarse indefinidamente dado que la jurisprudencia que se ha esbozado al respecto, ha sido enfática en precisar, que la estabilidad laboral conferida en virtud del Retén social durante el programa de renovación de la administración pública, mantiene su vigencia hasta la culminación del proceso liquidatorio de la entidad respectiva.

En éste entendido, la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones<sup>17</sup>, ha precisado que si bien el Retén social es una figura diseñada para garantizar una estabilidad laboral a aquellas personas que por sus especiales condiciones se encuentren en estado de vulnerabilidad, también lo es, que estas personas tienen que probar oportunamente dicha calidad, y que el Retén social no puede convertirse en un argumento que posibilite el reconocimiento y pago de una indemnización y el correlativo reintegro del trabajador despedido, menos aun a través de un mecanismo residual y subsidiario como lo es la acción de tutela.

En sentencia de 28 de Mayo de 2009<sup>18</sup>, la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, con Ponencia de Alfredo Quintero, frente al caso de una madre cabeza de familia nombrada en provisionalidad, quien reclamaba el amparo de la figura del Retén social, por su condición de tal; la Corte afirmó que si bien la protección establecida por el Retén social, no diferencia entre las personas nombradas en provisionalidad y en propiedad en cargos públicos, se debe tener en cuenta que para el caso objeto de examen, la accionante nombrada en provisionalidad, fue desplazada por quien debe ocupar el cargo en propiedad, de allí que:

---

<sup>16</sup> Expediente No T-No – 11001-22-10-00-2009-0026-01. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

<sup>17</sup> Expediente No 11641. Sala de Casación LABORAL. Bogotá, 10 de noviembre de 2004. M.P Carlos Isaac Nader. Expediente 73001-22-13-000-2009-00109-01. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Bogotá, 18 de mayo de 2009 y Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá, 23 de junio de 2009.

<sup>18</sup> Expediente No T-No –11001-22-10-000-2009-00026-01.Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. MP: Alfredo Quintero.

“El cargo que fue eliminado, fue el que desempeñaba en encargo la persona empleada de carrera titular de la vacante provisional que ocupaba la actora, de allí que la salida de la que se queja la libelista no operó como consecuencia propia o directa de la reestructuración sobre el mencionado puesto de trabajo, sino obedeció al desplazamiento del que fue objeto por una persona con mejor derecho, es decir la titular en propiedad del mismo.

Considera entonces esta célula que en estos casos –y en respuesta al segundo cuestionamiento-, prima el derecho de quien ha conseguido el nombramiento en propiedad conforme con los mecanismos establecidos para ello, sobre las personas a quienes se les designa en provisionalidad, toda vez que éste último conlleva intrínsecamente dicha vocación.

Por lo cual resulta evidente la improsperidad del amparo reclamado, pues a pesar de que es constante la protección a las personas objeto del llamado retén social, la situación que plantea la demandante no se enmarca dentro del mismo, sino fue utilizado como método para intentar la reincorporación al cargo; lo cual conlleva como consecuencia lógica la denegación de la pretensión incoada en el libelo de tutela.”.

En esta sentencia, la Corte reconoce la aplicabilidad del Retén social a los casos contemplados en la ley, extendiendo el principio de favorabilidad, tanto a servidores públicos provisionales como a servidores públicos titulares de cargos de carrera administrativa. En este proveído, la Corte entrevé un hábito proteccionista en virtud del Retén social.

En julio de 2009, la Corte Suprema retoma nuevamente el criterio de la inmediatez y el carácter residual de la acción de tutela, razón por la cual, supedita el carácter inminente de la acción de tutela sobre los hechos fácticos, materiales que sustentan el caso particular y concreto.

En fallo de 10 de septiembre de 2009 <sup>19</sup>, la Corte Suprema de Justicia, se ocupó de la situación de un empleado público, quien fue desvinculado por supresión del cargo, faltándole menos de 3 años para poder pensionarse.

El actor solicitó, en virtud del Retén social y dada su condición de prepensionado, la no desvinculación, atendiendo a lo previsto en la ley 790 de 2002. En esta oportunidad, esta Corporación precisó que si bien el Retén social cobija con una estabilidad laboral reforzada entre otras personas a aquellas que estén próximos a pensionarse, también lo es, que ésta condición debe ser probada o acreditada

---

<sup>19</sup> Expediente: Ref: 05001-22-03-000-2009-00389-01. Sala de casación Civil. Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete

ante la jurisdicción competente y no en vía de tutela, razón por la cual negó el amparo deprecado.

Una vez analizada la línea de estudio abordada por la Corte Suprema de Justicia, tendiente a decidir frente a casos de aplicación de la ley 790 de 2002, es claro que la máxima Corporación de la Justicia Ordinaria, ha sido renuente a abordar en su dimensión constitucional la figura del Retén social, simplemente, restringe su estudio a determinar el cumplimiento de circunstancias meramente legales y formalistas, condiciones sine quanon exigidas por la Corte, que sin duda alguna confinan y limitan el desarrollo y el quehacer jurídico de esta Corporación frente a la temática en comento.

La posición jurídica asumida por la Corte, ha impedido en ésta instancia, la concreción de la justicia material por parte de los coasociados, es decir, la Corte Suprema de Justicia ha interpuesto una posición discreta y legalista que ha truncado su quehacer al dejar de lado principios y preceptos de orden constitucional.



**Cuadro No 1**  
**Corte Suprema de Justicia**

**¿LA ACCIÓN DE TUTELA ES EL MECANISMO IDONEO PARA GARANTIZAR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A LOS TRABAJADORES OFICIALES EN VIRTUD DEL RETÉN SOCIAL?**

<b>SI</b>		<b>NO</b>
<p>Por cuanto se protegen derechos de rango constitucional.</p>	<p>♣ Sala Civil CSJ M.P JORGE LUIS QUINTERO 14-07/2004</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P YESID RAMIREZ 8-03/2007</p> <p>♣ Sala Laboral CSJ M.P ISAURA VARGAS 23-05/2007</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P JULIO SOCHA S 4-09/2007</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P JAVIER ZAPATA O 7-09/2007</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P AGUSTO J IBANEZ 7-09/2007</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P AGUSTO J IBANEZ 21-09/2007</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P YESID RAMIREZ 3-09/2008</p> <p>♣ Sala Penal CSJ M.P JULIO SOCHA 04-09/2007</p> <p>♣ Sala Penal CSJ M.P AUGUSTO IBANEZ 07-09/2007</p> <p>♣ Sala Penal CSJ M.P SIGIFREDO ESPINOZA 21-09/2007</p> <p>♣ Sala Civil CSJ M.P EDUARDO VILLAMIL 02-09/2008</p> <p>♣ Sala Penal CSJ M.P YESID RAMIREZ 03-09/2008</p> <p>♣ Sala Penal CSJ M.P JULIO SOCHA 07-10/2008</p> <p>♣ Sala de Casación Penal M.P JOSÉ BUSTOS 10-03/2009</p> <p>♣ Sala de Casación Civil M.P EDGARDO VILLAMIL 26-03/2009</p> <p>♣ Sala de Casación Penal M.P SIGIFREDO ESPINOZA 23-04/2009</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P ALFREDO GOMEZ 28-05/2009</p> <p>♦ Sala Penal CSJ M.P JAVIER ZAPATA 7-07-2009</p> <p>♣ Sala Civil CSJ M.P CESAR VALENCIA 10-09/2009</p>	<p>Por cuando dicha acción reviste un carácter subsidiario y residual y por que se ha previsto otro medio de defensa judicial.</p>

♣ El signo indica una sentencia madre dentro de la línea.

## **2.2 CONSEJO DE ESTADO - LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO PROTECCIÓN SUI GENERIS DERIVADA DEL RETÉN SOCIAL PARA EMPLEADOS PÚBLICOS.**

El afán del Gobierno del Presidente Alvaro Uribe Velez por desarrollar y llevar a cabo el Plan de Desarrollo formulado durante su gobierno, generó, repercusiones importantes en la vida laboral y administrativa del Estado, así pues, el Programa de Renovación de la Administración Pública, desentrañó y llevó a diseñar normas de protección especial, para aquellas personas que dadas sus particulares circunstancias, deberían permanecer vinculadas a la administración estatal.

El texto normativo proteccionista denominado “Retén social”, contenido en la ley 790 de 2002, dio lugar a la aplicación favorable de sus postulados, aplicación que a su vez implicó el estudio de casuística particular y concreta que llegó hasta las altas esferas de los Tribunales Colombianos.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, como cúspide de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, comenzó a estudiar situaciones reales que surgieron en razón de la aplicación del Retén social, como una figura que desentrañó protección especial para cierto grupo de funcionarios del Estado, cubiertos bajo los diseños contemplados en la precitada ley, esto es, madres y padres cabeza de familia, personas con discapacidad física, mental, visual o auditiva y personas próximas a pensionarse.

Hacia el año 2003, el Consejo de Estado, empezó el estudio de casos relacionados con el retiro del cargo de empleados públicos que se hallaban en las circunstancias descritas anteriormente.

La primera situación de que tubo conocimiento el Consejo de Estado, fue el de una trabajadora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quien a pesar de encontrarse próxima a pensionarse fue retirada de su cargo en la reestructuración que tubo lugar en este Departamento, antes de la expedición de la ley 790 de 2002.

En esta oportunidad el alto Tribunal consideró:

“Respecto de las normas citadas es necesario aplicar retrospectivamente y en su integridad la Ley 790 de 2002 al presente caso con base en el principio de la favorabilidad y haciendo una interpretación sistemática de las mismas. En efecto, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una situación de carácter laboral, se impone aplicar el principio *pro operario* y con base en el mismo aplicar retrospectivamente la Ley 790 de 2002 (...).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Radicación No 11001-03-15-000-2003-0839-01 (AC). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón

Así pues, éste caso, fue fallado favorablemente, ordenando el reintegro de la accionante, salvaguardando una protección especial dada su condición de servidora próxima a pensionarse.

Si bien en esta instancia el Consejo de Estado, comienza por otorgar estabilidad laboral como tal, esta no es definida como una estabilidad laboral reforzada, pero los visos y características del fallo comienzan a entrever tal carácter.

En la misma línea, el 19 de octubre de 2004, el Consejo de Estado conoce de la Acción de Cumplimiento interpuesta por un extrabajador de TELECOM, quien afirmaba tener derecho a la pensión de jubilación, por cumplir con los requisitos exigidos para el efecto, no obstante TELECOM, desvirtuó tal aseveración mediante actos administrativos que expusieron la carencia de requisitos para acceder a la misma. El Consejo de estado reflexionó, a este respecto manifestando:

“En efecto, de conformidad con el artículo 1º. de la Ley 393 de 1997, en armonía con el artículo 87 de la Constitución, cualquier persona puede ejercer esa acción ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de leyes o actos administrativos que contengan una obligación clara y precisa, pero no puede utilizarse como un mecanismo orientado a obtener del juez una orden dirigida a una autoridad administrativa o a una persona privada que ejerza funciones públicas para que reconozca un derecho o un beneficio que el demandante cree tener a su favor, pues ello implicaría un desconocimiento de la Constitución o de la ley que le asigna a esa autoridad la competencia para decidir sobre el asunto. Dicho en otras palabras, mediante la acción de cumplimiento no se puede sustituir a la autoridad competente para resolver sobre el reconocimiento de un determinado derecho. Y si ésta decide no reconocerlo, el afectado con esa decisión tendría a su alcance instrumentos judiciales para controvertirla y obtener del juez competente un pronunciamiento sobre el particular, para el evento de que se promueva el proceso que corresponda.

(...)

A través de la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos sino exigir que se respeten los existentes y que se cumplan las normas que los reconocen. El juez constitucional que conoce de esa acción no puede convertirla en acción contenciosa y entrar a discutir el derecho que el demandante reclama”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Radicación No 76001-23-31-000-2004-1077-01(ACU). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Darío Quiñonez

En esta providencia, el Consejo de Estado, no resuelve de fondo el asunto y simplemente se limita a contemplar los presupuestos y la finalidad de la acción impetrada, dejando de lado la situación fáctica que subyace y da origen al asunto.

En fallo de 8 de septiembre de 2006, con Ponencia de Filemon Jiménez Ochoa, mediante una Acción de Cumplimiento, se pone de presente el caso de una extrabajadora de TELECOM, quien pretende ser beneficiada por la figura del Retén social, atendiendo a su condición de prepensionada y madre cabeza de Familia sin alternativa económica. No obstante tal situación, el Tribunal manifestó, que tal acción no era procedente, no sólo, por la finalidad misma que persigue la acción de cumplimiento cual es hacer efectiva la materialización de una ley o un acto administrativo, sino porque la protección prevista en la ley 720 de 2002, no fue contemplada para los trabajadores retirados con ocasión de la supresión y liquidación, sino para aquellos trabajadores que “ocupaban cargos de las plantas de personal de las entidades de derecho público afectadas con el programa de renovación de la administración pública del orden nacional, en cuanto implicaba supresión de empleos”<sup>22</sup>.

Esta providencia, generada por el Consejo de Estado, originó un retroceso mayor en la aplicación del Retén social, delimitando su alcance y especificidad a aquellas personas que se encontraban en cargos de entidades que iban a ser reestructuradas y liquidadas, convirtiéndolo en una figura de aplicación exclusiva y excluyente para servidores vinculados a tales establecimientos, desvirtuando su aplicación para aquellos ex trabajadores que a pesar de encontrarse en las mismas circunstancias habían sido retirados de sus cargos.

En este momento la jurisprudencia del Consejo de Estado, se inclinó a reducir y circunscribir de manera estrecha la dimensión y amplitud derivada de la ley 790 de 2002.

En el 2006 el Consejo de Estado, en providencias de 15 de junio y 27 de julio de 2006 Consejero Ponente Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta, expuso los casos de padres cabeza de familia, que alegaban su condición de tal, a fin de ser reintegrados en la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja – EDASABA E. S. P., la cual fue suprimida y liquidada mediante Decreto Municipal, no obstante, el Consejo de Estado, no aceptó tal condición a fin de ordenar el reintegro por considerar que la protección contemplada en la ley 790 de 2002, es aplicable solamente frente a la desvinculación del servicio con motivo de un proceso de reestructuración de una entidad pública, supuesto que no es de recibo en el caso sub lite, toda vez que la empresa a la cual se encontraba vinculada la accionante fue liquidada. El Consejo adujo como factor adicional para

---

<sup>22</sup> Radicación No 25000-23-15-000-2005-01681-01(ACU) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Filemon Jiménez Ochoa

el rechazo, la indemnización otorgada a los tutelantes, lo que desvanecía el supuesto de un perjuicio irremediable.

Si bien en el fallo, la decisión es desfavorable, para los impetrantes, a través de él, el Consejo de Estado, encausa su línea y nuevamente aflora la protección derivada de la aplicación de la ley 790 de 2002.

En este fallo, la protección derivada de la ley de Renovación de la Administración Pública, es asumida como una estabilidad laboral reforzada en los casos contemplados por ella, y se retoma el sentido jurídico, según el cual, es procedente el reintegro en virtud de la reestructuración de entidades estatales.

En sentencia de 3 de Agosto de 2006, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas, el Consejo de Estado frente al reintegro solicitado por madres cabezas de familia, expone la tesis según la cual, no hay lugar a él, cuando éste no es dable, debido a la desaparición de la entidad y a la imposibilidad de la reubicación en una de igual naturaleza; siguiendo la línea anterior reconoce la indemnización como supuesto que hace inviable el reintegro.

Hasta este momento el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, preserva la postura asumida en el año 2006 por Rafael E Osteau, enriqueciéndola con nuevos supuestos fácticos y jurídicos como la inviabilidad del reintegro cuando no hay posibilidad de ello, ya sea en virtud, de la imposibilidad de ocupar un cargo suprimido o ante la inminencia de una vacante de la misma naturaleza en una entidad semejante a la reestructurada.

En octubre de 2006, el Consejo de Estado, esbozó un punto adicional en la teoría del Retén social, respecto a los padres cabeza de familia, argumentando que si bien estos sujetos, cuentan con especial protección laboral, es decir, con estabilidad laboral reforzada, frente a los proceso de reestructuración estatal, es necesario tener en cuenta como factor adicional para que tal protección encuentre asidero válido que:

“ (...) el ser padre cabeza de familia implica una entrega total para con sus hijos menores en el aspecto moral, familiar, afectivo, social y económico, de tal forma que sea él quien está dispuesto a brindar tal apoyo pues no cuenta con la madre ni con otra persona para cumplir con su deber de cuidado, protección integral y sustento.

Es equivocado creer que por el simple hecho de sufragar las necesidades económicas de los miembros de la familia se es padre cabeza de familia, pues se requiere más que un apoyo monetario, una dedicación completa y personal, lo que se desvirtúa si se cuenta con la presencia de la esposa o compañera, pues esa obligación puede ser compartida con ella, así como la atención de los menores, siempre y cuando la pareja no tenga incapacidad

física, mental o moral, no sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre”<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, a medida que nuevas circunstancias de hecho bordean los casos objeto de su estudio, nutre y alimenta la teoría de la estabilidad laboral reforzada, derivada de la ley 790 de 2002, agregando elementos que perfilan y erigen ésta figura, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia del Doctor Juan Angel Palacio Hincapie, en fallo del 26 de abril de 2007, estudió el caso de un padre cabeza de familia, quien en virtud de un proceso de reestructuración fue desvinculado.

En ésta oportunidad se preciso que el Retén social también se predica respecto a los padres de familia que reúnan la condición de no tener otra alternativa económica, esto es, que su única fuente de ingresos y la de su familia sea su salario.

Se afirmó además, que el Retén social es una medida de carácter temporal que no puede extenderse indefinidamente ya que ello vulneraría el derecho a la igualdad de otras personas que ostenten la condición de ser padres o madres cabeza de familia. Se preciso que por ello, se garantiza una estabilidad laboral reforzada frente a dicha población, pero sólo mientras dure el proceso de liquidación de la entidad a la cual aquellos presten sus servicios.

El 10 de mayo de 2007, la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta, limitó la estabilidad laboral reforzada derivada del Retén social hasta la fecha en la cual se extinga la entidad a liquidar.

Se dijo que la solicitud de extender los efectos jurídicos del “Retén social” más allá de la liquidación definitiva de la entidad resultaba inviable, ya que al desaparecer de la vida jurídica la Empresa, los beneficios y garantías otorgados por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, a las personas favorecidas con el “Retén social”, igualmente desaparecerían, generando consigo la extinción de la protección reforzada.

La Sección Cuarta, del Consejo de Estado con ponencia del doctor Juan Angel Palacio Hincapie, en fallo de 17 de mayo de 2007, conoció la situación de varios padres y madres cabeza de familia, quienes en virtud de la ley 790 de 2002, y

---

<sup>23</sup> Radicación No 68001-23-15-000-2006-03023-01(AC). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: Maria Inés Ortiz.

varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en especial la sentencia SU-389 de 2005, fueron beneficiados de la protección especial otorgada por el Retén social.

Esta Corporación precisó que el Retén social no puede revivirse después de que la entidad deje de existir, por tanto, si bien los padres y las madres cabeza de familia, gozan en Colombia de un estatus especial que los hace merecedores de una protección especial, aquella en el presente caso, en cumplimiento de preceptos de orden constitucional como el de igualdad, no puede extenderse indefinidamente implicando incluso su ubicación en otras entidades estatales. Al respecto manifestó:

“(…) Bajo esta circunstancia los padres y madres cabeza de familia de la extinta TELECOM quedan en las mismas condiciones especiales de protección del Estado de todos los demás padres y madres cabeza de familia del territorio nacional, por lo que tendrán las preferencias que contemplan las leyes ordinarias sobre el tema, tales como la adquisición de vivienda de interés social, la aprobación de proyectos de producción económica, etc. Pero no se puede dar a los actores un tratamiento especial como el solicitado (reubicación en cargos de entidades públicas del orden nacional) sin ninguna razón especial que lo sustente dado que, reitera la Sala, el retén social expresamente lo mantuvo la Corte Constitucional hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de TELECOM hecho que se produjo el 31 de enero de 2006 y a partir de allí, los accionantes quedan en las mismas condiciones de los demás padres y madres cabeza de familia. Un pronunciamiento en contrario, sería vulneratorio del derecho a la igualdad que establece un tratamiento igual para personas en igualdad de condiciones.”<sup>24</sup>

El 30 de agosto de 2007, en un fallo de la Sección Primera de la Sala Administrativa de éste alto tribunal, se sienta una célebre posición, respecto a una madre cabeza de familia que ostentaba adicionalmente el carácter de prepensionada; tal providencia esgrimió:

“El legislador en cumplimiento de mandatos constitucionales (relacionados con los flnés últimos del Estado Social de Derecho, la protección del núcleo familiar, de los niños o de las personas de la tercera edad) tiene la obligación de velar por la igualdad real y efectiva de los derechos fundamentales, y en consecuencia debe adoptar medidas a favor de los grupos discriminados y marginados protegiendo a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Radicación No 25000-23-26-000-2007-00256-01(AC) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Juan Angel Palacio Hincapié.

<sup>25</sup> Artículo 13.- “(…). El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá

El cumplimiento de estos cometidos se materializa mediante lo que históricamente se ha denominado “Acciones Afirmativas”, respecto de las cuales la Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse definiéndolas así:

“Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan<sup>26</sup>, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”<sup>27</sup>.

En efecto, el Congreso de la República mediante Ley 790 de 2002<sup>28</sup> quiso materializar el mentado concepto doctrinal, dentro del escenario de la renovación de la Administración Pública, con el fin de que la idea de igualdad sustantiva o material se pudiera hacer exigible y cierta en dicho ámbito.

En este aspecto, debe la Sala ser categórica en aclarar que la protección a la que se ha venido haciendo referencia no deviene de una disposición legal sino de un mandato constitucional e institucional relacionado con la forma de estado que hemos adoptado, cual es, el Estado Social de Derecho; de allí, que la positivización de las denominadas Acciones Afirmativas, como mecanismos de amparo de grupos marginados de la población, encuentre sustento directo en la Carta Suprema y en los principios fundantes de la misma.

En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada no puede verse restringida a la fijación de un criterio estructuralista u orgánico previsto por el legislador cuando hace referencia al plan de renovación de la Rama Ejecutiva en el sector central; sino que debe ser aplicable cuando las condiciones para su existencia se den, esto es, debe ser entendida desde un punto de vista material y no meramente formal, como quiera que se encuentra en suspenso la efectividad de derechos de índole constitucional (como por ejemplo el mínimo vital), derechos estos que se han considerado como elementales para la existencia digna de la persona.

Se advierte además que la condición de madre cabeza de familia se adquiere independientemente de las condiciones formales que la configuren, de modo

---

especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

<sup>26</sup> Alfonso Ruiz Miguel, “*Discriminación Inversa e Igualdad*”, en Amelia Varcárcel (compiladora), *El Concepto de Igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. C-371 de 2001.

<sup>28</sup> Ley 790 del 27 de diciembre de 2002. “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.



que no puede estar subordinada a la existencia de un vínculo laboral con la Administración Pública en el nivel central.”<sup>29</sup>.

En este proveído y ante la inminencia de las circunstancias fácticas que bordearon el caso, el Consejo de Estado mostró una fluidez y claridad magistral desarrollando jurídicamente los alcances de la ley 790 de 2002 y por ende de la estabilidad consagrada por ella.

Esta sentencia, constituyó un hito en la jurisprudencia de ésta Alta Corte, en la que prevaleció la justicia material y en pro de ella, se acudieron a criterios altruistas y netamente constitucionales, salvaguardando desde todo punto de vista los postulados y principios previsto en el bloque de constitucionalidad.

El fallo en comento dio un giro a la jurisprudencia manejada hasta entonces por el Consejo de Estado y sentó un precedente constitucional encaminado a propender por la aplicación sin restricciones de la ley de Renovación de la Administración Pública tanto a nivel central como a nivel territorial.

La postura asumida por este fallo se ve materializada nuevamente en proveído de 27 de Septiembre de 2007, donde se decide el caso de un padre cabeza de familia, desvinculado de su cargo, atendiendo a criterios de diferenciación positiva y de aplicación nacional y territorial de la ley 790 de 2002.

En fallo de 13 de septiembre de 2007, la Sección Segunda Subsección “B”, MP Jesus Maria Lemos Bustamante, estudió el caso de un padre cabeza de familia desvinculado de su cargo en un proceso de liquidación.

Esta Corporación, frente a la materia de examen reiteró lo dicho en fallos precedentes respecto al límite temporal del Retén social, manifestando que la estabilidad laboral reforzada, que cobijó a los beneficiarios del mismo, llegó a su fin y cesó con la terminación de la existencia jurídica de la entidad estatal.

De igual manera, en fallo de 19 de Septiembre de 2007, la Sección Cuarta, trató el caso de un padre cabeza de familia que pretendía ser reintegrado a su trabajo aun después de la terminación jurídica de la entidad a la cual prestaba sus servicios.

En dicha oportunidad, ésta Corporación, en armonía con la jurisprudencia que frente al tema del límite temporal del Retén social se había esbozado, determinó que el amparo que se genera en virtud de la figura introducida por la ley 790 de 2002, no puede extenderse indefinidamente, dado que aquella, sólo se mantiene hasta la terminación definitiva de su existencia jurídica.

---

<sup>29</sup> Radicación No 08001-23-31-000-2007-00160-01(AC). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Rafael E Osteau de Lafont Pianeta

Aclaró, que ello no implicaba que los padres y madres cabeza de familia de dicha entidad podían continuar gozando de las condiciones especiales de protección del Estado,” por lo que tendrían, las preferencias que contemplan las leyes ordinarias sobre el tema, tales como la adquisición de vivienda de interés social, la aprobación de proyectos de producción económica, entre otras”<sup>30</sup>

Concluyó esta Corporación que la decisión de desvincular a los trabajadores en virtud de la terminación definitiva de una entidad, no contradice mandatos superiores consagrados en la Constitución Política ni en la Ley 790 de 2002.

En fallo de 27 de septiembre de 2007, la Sección Segunda – Subsección “A”, con ponencia de Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el Consejo de Estado, examinó el caso de una madre cabeza de familia que en virtud del proceso de reestructuración fue despedida; frente al particular reiteró lo dicho en anteriores oportunidades respecto a que la protección laboral reforzada introducida por el Retén social, tiene como límite para el caso de dicha entidad su desaparición jurídica.

En fallo de octubre 18 de 2007, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramirez de Paez, conoció el asunto de una Universidad que dada su autonomía, consideró que la ley 790 de 2002 no le era aplicable y en virtud de ello, en un proceso de reestructuración desvinculó de su cargo a una madre cabeza de familia.

En éste evento se precisó que la ley 790 de 2002 y su decreto reglamentario 190 de 2003, otorgaron una protección especial entre otras personas, a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, se dijo que dicha protección se predicaba de las personas que ostentasen la condición de titulares de una estabilidad laboral reforzada que ejerzan sus funciones como servidoras públicas, sin que sea de recibo limitar tal garantía a favor de aquellas que ejerzan sus funciones en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, ello en aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 del Estatuto Superior.

Por otra parte, en este fallo se reafirmó lo dicho en pronunciamientos anteriores respecto a que la estabilidad laboral introducida por la ley 790 de 2002, debe ser entendida como una estabilidad laboral reforzada que se predica entre otras personas, respecto de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, entendiendo por aquellas, las mujeres con hijos menores de 18 años o inválidos que dependan económicamente de ellas y cuya única fuente de ingresos sea la que perciban de su desempeño como servidoras públicas.

---

<sup>30</sup> Radicación No15001-23-31-000-2007-00526-01(AC). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: María Inés Ortiz.

En virtud de fallos como el precedente, el Consejo de Estado, en algunos eventos ha hecho extensiva la aplicación del “Retén social” a personas frente a las cuales en principio haciendo un análisis taxativo de la norma aquel no les beneficiaría. En otras circunstancias, ha restringido el alcance de dicha figura al cumplimiento o acreditación de ciertas condiciones que permiten precisar cuándo se está en presencia por ejemplo, de una madre cabeza de familia sin alternativa económica, y en virtud de ello proceder a su protección.

En casos como el que se analizó en ésta oportunidad, se dejan de lado aspectos de simple regulación legal para entrar a analizar las circunstancias propias de cada caso, con lo cual los beneficios del denominado Retén social se hacen extensivos indirectamente a otras personas como lo son los integrantes del núcleo familiar del servidor público desvinculado.

En fallo de 18 de octubre de 2007, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, MP Bertha Lucia Ramirez de Paez, abordó el caso de un trabajador, padre cabeza de familia, quien en virtud de un proceso de liquidación fue despedido.

En esta ocasión, se abordó el tema de si la protección otorgada por el Retén social a las madres cabeza de familia debe entenderse también respecto a los padres cabeza de familia; conclusión afirmativa, respaldada bajo el argumento de salvaguardar al núcleo familiar, en especial los derechos y garantías de los menores de edad, como ya se había reconocido en fallos anteriores.

En sentencia de 27 de marzo de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta, revisó el caso de un padre cabeza de familia, empleado de libre nombramiento y remoción, quien fue desvinculado en un proceso de reestructuración.

En esta oportunidad, se preciso que el Retén social constituye una medida de discriminación positiva a favor de grupos discriminados o vulnerables como lo son los padres y las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a quienes por su especial situación les asiste una protección especial con la finalidad de hacer efectivo su derecho a la igualdad.

En virtud de ello, se debe tener en cuenta, que si bien las medidas de reestructuración de las entidades estatales implican la salvaguarda de intereses de carácter general, ello no debe posibilitar el desconocimiento de los derechos y garantías de los trabajadores, que ostentan la condición de ser titulares de una especial protección que ha sido elevada a rango constitucional, al respecto se afirmó:

“(…) Y es precisamente éste último aspecto el que se pretende proteger a través de la positivización de las Acciones Afirmativas, de modo que se

ponderen los dos valores: el de la necesidad de hacer reestructuraciones administrativas a través de procesos de modificación de la planta de personal de las entidades públicas y, el de la protección a ciertos grupos especialmente vulnerables en esos procedimientos como las madres cabezas de familia

(...)

En este aspecto, debe la Sala ser categórica en aclarar que la protección a la que se ha venido haciendo referencia no deviene de una disposición legal sino de un mandato constitucional e institucional relacionado con la forma de Estado que hemos adoptado, cual es, el Estado Social de Derecho; de allí, que la positivización de las denominadas Acciones Afirmativas, como mecanismos de amparo de grupos marginados de la población, encuentre sustento directo en la Carta Suprema y en los principios fundantes de la misma” .

(...)

En virtud de lo anterior, y para hacer plausible el derecho de igualdad, la protección especial conferida a las madres cabeza de familia debe hacerse extensiva a los padres cabeza de familia, con una característica adicional que se traduce en la imposibilidad de contar con otra fuente de ingresos distinta a la que obtienen por la prestación de sus servicios o lo que es lo mismo “sin alternativa económica”.

En este orden de ideas, la estabilidad laboral reforzada, en los casos de reestructuración estatal, se predica respecto de los padres y las madres cabeza de familia.

De igual manera, tal principio no puede estar condicionado a la forma de vinculación del titular de la protección, es decir, resulta irrelevante analizar el tipo de vinculación del servidor público, ya que la estabilidad laboral reforzada, introducida por el Retén social se predica respecto a determinados grupos considerados vulnerables, sin importar la clase de vinculación.

Sin embargo, se debe tener en cuenta, que dicha garantía se confiere cuando se reúnen las condiciones para su exigencia, esto es, la estabilidad laboral para padres cabeza de familia debe ser entendida desde un punto de vista material y no meramente formal, como quiera que se encuentra en suspenso la efectividad de derechos de índole constitucional (como por ejemplo el mínimo vital), derechos estos que se han considerado como elementales para la existencia digna de la persona. Expresando:

“Se advierte además que la condición de madre o padre cabeza de familia se adquiere independientemente de las condiciones formales que la configuren, de modo que no puede estar subordinada a la existencia de una determinada

forma de vinculación laboral con la Administración Pública, sino que debe obedecer a presupuestos materiales que más adelante entrarán a analizarse”

Con lo cual se procedieron a analizar, las condiciones que deben acreditarse para que se esté en presencia de una madre cabeza de familia

“...Para tener dicha condición debe reunir los presupuestos indispensables, como son: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”<sup>31</sup>. (Subrayado fuera de texto)(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

Después de precisar que la protección especial introducida por el Retén social, se constituye en una acción afirmativa a favor de un grupo discriminado como lo es el de los padres cabeza de familia sin alternativa económica, el Consejo de Estado reiteró lo dicho en fallos precedentes respecto a que la estabilidad laboral reforzada debe cobijar no sólo a las madres cabeza de familia sino también a los padres cabeza de familia, ya que se trata de proteger el bienestar e integridad del núcleo familiar y en especial el de los menores que lo integran.

La innovación consistió en introducir una nueva variante, ya que en este evento se otorgó una protección especial ordenando el reintegro del trabajador despedido, pero además, se precisó que la forma de vinculación, para el caso un trabajador de libre nombramiento y remoción, resulta irrelevante para efectos de precisar si se debe o no conceder una estabilidad laboral reforzada, ya que en estos eventos sólo se debe tener en cuenta si se ostenta la condición de ser padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, titular de una especial protección por encontrarse en estado de debilidad manifiesta.

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional. T-303 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

## Cuadro No 2

### Consejo de Estado

#### **¿ES PROCEDENTE APLICAR LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DEL RETÉN SOCIAL FRENTE A EMPLEADOS PÚBLICOS?**

<b>SI</b>		<b>NO</b>
<p>En tanto la misma tiene como propósito proteger a aquellos servidores que por sus especiales circunstancias se encuentran en estado de debilidad manifiesta.</p>	<p>◆Sección Quinta M.P MARIA N HERNÁNDEZ 31-07/2003</p> <p>◆Sección Primera M.P RAFAEL E. OSTEAU 15-06/2006</p> <p>◆Sección Primera M.P RAFAEL E. OSTEAU 27-07/2006</p> <p>◆Sección Primera M.P CAMILO ARCINIEGAS 3-08/2006</p> <p>◆Sección Cuarta M.P MARIA INÉS ORTIZ 5-10/2006</p> <p>◆Sección Primera M.P RAFAEL E. OSTEAU 30-08/2007</p> <p>◆Sección Segunda – Subsección B M.P JESUS MARIA LEMOS 27-09/2007</p> <p>◆ Sección Segunda M.P BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 18-10/2007</p> <p>◆ Sección Segunda-Subsección B M.P BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 18-10/2007</p> <p>◆ Sección Primera M.P RAFAEL E OSTEAU 27-03/2008</p>	<p>◆Sección Quinta M.P DARIO QUÑONEZ P 19-10/2004</p> <p>◆Sección Quinta M.P FILEMON JIMENEZ 8-09/2006</p> <p>◆Sección Cuarta M.P JUAN C HINCAPIE 26-04/2007</p> <p>◆ Sección Primera M.P RAFAEL E OSTEAU 10-05/2007</p> <p>◆ Sección Cuarta M.P JUAN PALACIO 17-05/2007</p> <p>◆ Sección Segunda – Subsección B M.P JESÚS LEMOS 18-09/2007</p> <p>◆ Sección Cuarta M.P MARIA ORTIZ B. 19-09/2007</p> <p>◆Sección Segunda – Subsección B M.P GUSTAVO GOMEZ 27-09/2007</p>

◆ El símbolo indica una sentencia madre dentro de la línea

◆ El símbolo indica una sentencia hito dentro de la línea

### **2.3 CORTE CONSTITUCIONAL – PROCEDENCIA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DERIVADA DEL RETÉN SOCIAL.**

La Constitución Política de 1991, consagra una especial protección a favor de aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, razón por la cual, y con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad, se ha desarrollado bajo el amparo de parámetros constitucionales y legales, medidas de discriminación positiva, en aras de mitigar las consecuencias que esta población debe afrontar.

En virtud de ello, y en pro de garantizar una protección en el ámbito laboral, dentro del programa de renovación de la administración pública, se expide la ley 790 de 2002, instrumento jurídico que consagró una estabilidad laboral reforzada a favor de tres grupos de personas: madres cabeza de familia, discapacitados, y personas próximas a pensionarse; a favor de estas últimas, la ley 790 de 2002, creó un régimen de transición para evitar que sean desvinculados aquellos servidores a los que les faltasen 3 años a partir de su promulgación para adquirir el derecho a una pensión.

El Programa de renovación de la administración pública del orden nacional, autorizó la liquidación y fusión de entidades y la eliminación de cargos en entidades públicas; no obstante, creó un programa de estabilidad laboral para personas cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse. El termino inicial para este beneficio, se limitó al vencimiento de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, para el caso de madres, padres cabeza de familia y discapacitados y para las personas próximas a pensionarse dicho límite se fijó en tres años contados desde la promulgación de la ley.

Dicha figura denominada “retén social” garantizó a sus titulares estabilidad en el empleo, hasta tanto culminara el proceso de renovación de la administración pública, ello por cuanto, los destinatarios de esta protección sui generis, son considerados sujetos de especial protección, debido a la condiciones particulares que bordean y revisten los derechos constitucionales que ostentan.

A la postre, se expidió la ley 812 de 2003 mediante la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006; esta disposición contempló que el contenido del título II de la Ley 790 de 2002, cobijaría madres cabeza de familia, hasta el 31 de enero de 2004; circunscribiendo así los beneficios establecidos por la Ley 790 de 2002, que habían sido fijados hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que la norma otorgaba al Presidente de la República.

Pese a lo anterior, y a la estabilidad reforzada que cobijaba a los servidores públicos beneficiarios del retén social, muchos de ellos fueron retirados de su

cargos, al ser reestructuradas, liquidadas o fusionadas las entidades a las cuales prestaban sus servicios, razón por la cual instauraron acciones de tutela que en sede de revisión fueron conocidas por la Corte Constitucional; fallos que son objeto de este estudio con miras a precisar cuál es el alcance e interpretación que el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional le ha dado al retén social.

Así pues, una vez expedida la ley 790 de 2002 la Corte procedió a verificar la constitucionalidad de la misma, mediante sentencia C-1039 de 2003, MP Alfredo Beltrán Sierra, en la cual se instauró:

“(…) no se protege en situaciones como la que ahora analiza la Corte a la mujer por ser mujer, ni al hombre por ser tal sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia (artículo 5 de la Carta), y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales.

(…) se impone entonces como conclusión necesaria que la protección especial consagrada para las madres, puede ser extensiva a los padres que se encuentren en la misma situación, pues la idea de proteger al núcleo familiar constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales, consagrados en el artículo 44 de la Constitución.”

Desde esta primera sentencia la Corte Constitucional extiende la estabilidad laboral reforzada prevista para las madres cabeza de familia a los padres que se encuentren en las mismas condiciones, en pro de proteger y amparar la familia. Esta sentencia tiene un carácter proteccionista y preservador de los principios y derechos constitucionales que rigen y salvaguardan el orden jurídico; constituyéndose en un importante precedente para las sentencias que definirán casos postrimeros relacionados con la ley 790 de 2002.

A la postre y ante la multiplicidad de casos derivados de la aplicación de la ley de Renovación de la Administración Pública, la Corte Constitucional comienza a revisar tutelas interpuestas bajo efecto y por ocasión de la precitada ley.

Mediante sentencia T- 792 de 2004, con Ponencia del Doctor Jaime Araujo Rentería, la Corte conoce el caso de una madre cabeza de familia retirada de TELECOM el 31 de enero de 2004 (en aplicación del Decreto 190 de 2003, el cual establece un límite temporal hasta el 31 de enero de 2004, respecto a la protección especial consagrada por la ley 790 de 2002, frente a las madres cabeza de familia).



Partiendo de estos supuestos fácticos, la Corte Constitucional acude a las Teorías expuestas por Hans Kelsen y Norberto Bobbio, en virtud de las cuales se asiste a la jerarquía de las normas y a los procedimientos para su creación, en virtud de ello, precisó la Corte que un decreto de inferior categoría como lo era el 190 de 2003, no podía establecer un límite temporal no previsto por una ley de mayor envergadura, es decir, por la ley 790 de 2002.

Esta Corporación en la sentencia en comento estableció que la aplicación del artículo 16 del Decreto 190 de 2003, eliminó la protección especial y el apoyo con que contaban las madres cabeza de familia, pudiendo entonces, a partir del 31 de enero de 2004, ser retiradas de la empresa en liquidación.

De igual manera, el Tribunal Constitucional expone que si bien la accionante no toca la ley 812 de 2003, ella si lo hará, en tanto trata esta temática. Deja en claro que no pretende hacer un examen de constitucionalidad, simplemente hacer un análisis de esta disposición, afirmando:

“El mencionado artículo de la Ley 812 de 2003, que contiene el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 – 2006, consagró que los beneficios establecidos en el capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarían a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de la Administración Pública del orden nacional a partir de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004, repitiendo el contenido normativo previsto por el artículo 16 del Decreto 190 de 2003.

Así mismo dicho artículo estableció que **únicamente** los servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse gozarían del beneficio de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez.

Por lo tanto, las mujeres que ostentan la calidad de madres cabeza de familia, y los discapacitados física, sensorial y psicológicamente, perdieron con la expedición de esta Ley todo beneficio consagrado en la Ley 790 de 2002”.

En este orden de ideas, la Corte procedió a efectuar un test de razonabilidad, de esta disposición, teniendo como sustento el principio de igualdad y estableció:

“1. La norma prevista en el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, recae directamente sobre un grupo marginado y socialmente vulnerable, personas próximas a obtener su pensión de vejez o jubilación.

2. La precitada norma de la Ley 812 de 2003, hace una clara diferenciación entre grupos claramente débiles. De un lado personas próximas a recibir la pensión de vejez o jubilación, y del otro, mujeres cabeza de familia y discapacitados.

3. La terminación de los beneficios consagrados en la Ley 790 de 2002 únicamente para las madres cabeza de familia y discapacitados, crea un privilegio radicado solamente para las personas que se encuentren próximas a pensionarse.

Así las cosas, tenemos que el fin buscado por la norma, proteger a personas próximas a pensionarse, es constitucional y legítimo. En segundo lugar, el medio empleado, es decir, excluyendo a las madres cabeza de familia y a los discapacitados de los beneficios consagrados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no es acorde a la Constitución y finalmente el fin perseguido no es proporcional con el medio empleado, al generar sin razón constitucional una discriminación negativa en cabeza de grupos claramente débiles como son las madres cabeza de familia y los discapacitados.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación concluye, que la norma prevista en la Ley 812 de 2003 creó una desigualdad en favor de un grupo especial de personas que se encuentran próximas a pensionarse, en detrimento de dos grupos claramente discriminados y protegidos por la Constitución, como lo son las madres cabeza de familia y los discapacitados”.

Reforzó esta posición concluyendo:

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

Con fundamento en estos argumentos y acudiendo a la protección constitucional especial que merecen las madres cabeza de familia y los menores tuteló los derechos de la petente.

En este fallo, la Corte Constitucional, recurrió a una argumentación netamente constitucional, que en aplicación íntegra de los principios y postulados contenidos en nuestra Carta, bajo el apoyo de un magnífico sustento doctrinal, aunado a la línea de desarrollo e interpretación mantenida en muchos episodios desde su fundación, permitió sin lugar a dudas la concreción de la justicia material y el mantenimiento del orden jerárquico constitucional.

En sentencia T-876 de 2004 con Ponencia de Alfredo Beltrán, la Corte estudia el caso de un grupo de madres cabeza de familia, a quienes en virtud de la

expedición del Decreto 190 de 2003, se les termina el contrato de trabajo, a pesar de haber sido cobijadas por el retén social contemplado en la ley 790 de 2002.

En esta oportunidad la Corte precisó, que cierto número del grupo de accionantes recibió una indemnización al momento de su retiro, razón por la cual, el pago de la misma, excluía la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales; la Corte argumentó adicionalmente que la indemnización disminuía los efectos negativos de la terminación de la relación laboral.

Afirmó este Tribunal, que si contrario sensu, el trabajador retirado de una empresa no recibió el pago de la indemnización, existió un perjuicio irremediable que hace viable la acción de tutela. En este sentido, se encontró que el restante grupo de impetrantes no había recibido indemnización alguna al momento de su retiro, por lo cual se ordenó el pago de la misma; concediendo de esta manera la protección de sus derechos.

Agregó la Corte, que la Acción de tutela no era la vía idónea para analizar la constitucionalidad de las disposiciones que pusieron un límite temporal a la protección inicialmente pactada.

En este fallo, se observa el claro y diametral distanciamiento de la sentencia antes estudiada; la Corte alejó un análisis de fondo, descartando la confrontación que surgía entre el caso puesto a su conocimiento y los postulados constitucionales. Este tribunal por tanto, asumió una posición netamente formalista y alejada de sus funciones y quehacer constitucional y legal, generando una posición opuesta y reservada frente a la inicialmente planteada.

A su vez, la Sentencia T - 964 de 2004, MP Humberto Antonio Sierra Porto, estudió la Acción de Tutela interpuesta por un grupo de madres cabeza de familia retiradas de TELECOM, en virtud de la aplicación del Decreto 190 de 2003, quienes solicitan la inaplicación del Decreto en mención y su reintegro a los cargos que venían ocupando.

En la resolución del caso en comento, la Corte expresó que cuando se está frente a la vulneración flagrante de un derecho fundamental por una norma jurídica y se hace necesario otorgar una protección de manera inmediata, el juez de tutela se encuentra excepcionalmente facultado para ordenar su inaplicación, sin que ello signifique que se desconozca la competencia atribuida a los órganos judiciales para decidir definitivamente y con efectos *erga omnes* sobre su constitucionalidad o ilegalidad. En esta providencia agregó:

“(…) la situación de las personas que demandan en calidad de madres cabeza de familia o discapacitados dentro de un proceso de reestructuración, corresponde a sujetos constitucionalmente protegidos de manera especial, por

lo que el análisis del perjuicio irremediable “no puede ser idéntico dada la especial protección que se predica de dichos sujetos y la particular vulnerabilidad de los mismos. En nada quedaría la especial protección debida a las madres cabeza de familia y a sus hijos menores si se les aplicaran las mismas reglas que a los demás trabajadores afectados en un proceso de reestructuración.”

Razón por la cual:

“(…) para los casos analizados no es aplicable la jurisprudencia que ordena negar la tutela de carácter transitorio porque media el pago de una indemnización, puesto que los accionantes interpusieron las acciones de tutela precisamente para evitar un perjuicio irremediable resultado de la desvinculación en los términos establecidos en el artículo 24 del decreto 1615 de 2003”.

En este orden de ideas esta providencia ordenó el reintegro de los accionantes, haciendo la salvedad, de dejar sin efectos la indemnización percibida y reiterando la obligación de su restitución.

En este proveído, la Corte nuevamente transita por caminos de justicia material, dando cabal cumplimiento al sentido y al espíritu constitucional, y protegiendo desde todo punto de vista los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por su parte la sentencia C-991 de 2004, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró inexecutable el límite impuesto al retén social contenido en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, por la ley 812 de 2003, artículo 8, literal D, último inciso en el aparte que señaló “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”, imposición mediante la cual se excluyó a las madres cabeza de familia, y los discapacitados física, sensorial y psicológicamente del beneficio previsto en la ley 790 de 2002. Este fallo consideró:

“(…) que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de *“proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”*(art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición *prima facie* se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional.

Así las cosas, el legislador desconoció tanto la prohibición de retroceso en la protección como el mandato de trato diferenciado derivado del artículo 13 C.P.”

La T- 1161 de 2004 MP Álvaro Tafur Galvis, estableció:

“Una vez analizado el asunto de la referencia, la Sala estima que el reintegro solicitado por la actora debe ser denegado, por cuanto la exigencia contemplada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que a la letra dice: *“no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública **las madres cabeza de familia sin alternativa económica**”* (negrilla y subrayado adicionado), no se cumple para el caso.

En efecto en el asunto sub exámine se observa que la actora es una persona profesional que se encuentra en plena capacidad productiva, situación que ella misma lo reconoce en la demanda.

Ahora bien, en lo que atañe al no pago de indemnización por ser una funcionaria en provisionalidad, la Sala no comparte la justificación esgrimida por la entidad demandada y en cambio considera que el reconocimiento económico si procedía aunque la tutelante se encontrara en provisionalidad, pues el cargo que venía ejerciendo la actora era de carrera administrativa, su vinculación se remontaba al año de 1988, tal situación fue además tolerada por la entidad accionada, quien dentro del término establecido en la ley, no procedió a desvincularla del cargo por este motivo, ni al parecer tampoco convocó a concurso como era su deber”.

La tutela T-081 de 2005 con ponencia de Alvaro Tafur Galvis, es clara en afirmar la protección que se debe a la madre cabeza de familia, no obstante en el caso analizado en este proveído, tal consideración es desvirtuada, debido a la ausencia de material probatorio que corrobore tal situación.

En sentencia T-182 de 2005, Ponente Alvaro Tafur Galvis, se estudia el caso de una madre cabeza de familia, a quien TELECOM, terminó su contrato, en aplicación del Decreto 190 de 2003, y sin atender a su condición de tal.

En este fallo la Corte reitera la inaplicabilidad del Decreto en mención por cuanto conculca derechos fundamentales y desatiende los postulados y la jerarquía normativa (ley 790 de 2002); la decisión de reintegro en este caso es sustentada adicionalmente en las especiales condiciones que afronta una madre cabeza de familia.

En la Sentencia SU 385 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria, la Corte estudió el caso de trabajadores de TELECOM, que alegaban su condición de padres cabeza

de familia y de trabajadores próximos a pensionarse, a fin de mantenerse en dicha entidad. En tal proveído la Corte sentó varios supuestos entre ellos:

“- La extensión del beneficio contemplado inicialmente en la ley a la madres cabeza de familia (retén social como garantía de estabilidad laboral), hacia los padres que ostenten tal condición; tal extensión partió del hecho de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad. La aplicabilidad de esta prerrogativa se aclaró, es procedente siempre y cuando se demuestre o sustente desde el punto de vista jurídico (ley 82 de 1993) y fáctico tal supuesto.

- La procedibilidad de la Acción de Tutela para aplicar el retén social cuando éste beneficio ha sido desconocido injustificadamente por la administración pública al retirar del servicio a personas que son destinatarias de tal beneficio, previendo las siguientes subreglas constitucionales:

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

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

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

**iv)** Según la jurisprudencia, no pueden coexistir el pago de una indemnización y además la posibilidad de reintegro, por ello, se optó en unos casos por conceder plenamente la protección solicitada hasta la terminación definitiva del último acto de liquidación de la empresa, cuando se demostró que no tenían aún la indemnización correspondiente (T-792 de 2004), en otros casos fueron denegadas en punto a la petición de reintegro ante la comprobación de

que existía el pago de una indemnización, y ello desvirtuaba la existencia de un perjuicio irremediable (T-876 de 2004) y en otros eventos se permitió el reintegro con la consecuente posibilidad de que el beneficiado devolviera a la entidad lo recibido por concepto de indemnización en caso de que quedasen saldos a favor de la empresa (T-925 de 2004 y T-964 de 2004).<sup>32</sup>

Adicionalmente, esta sentencia ordenó inaplicar el límite temporal indebidamente creado en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y en la Ley 812 de 2003, a los trabajadores que fueron desvinculados de TELECOM en liquidación a partir del 1 de febrero de 2004, siempre y cuando los extrabajadores:

“ (i) reunieren los requisitos para permanecer en la entidad, (ii) prueben haber presentado ante TELECOM reclamación de su condición de padres cabeza de familia, (iii) demuestren encontrarse en alguna de las circunstancias enunciadas en el título 4 de las consideraciones y fundamentos de este fallo, (iv) a la fecha de esta sentencia hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y, (v) que sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubiesen sido resueltos desfavorablemente. Quienes así lo deseen, si se encuentran en las condiciones descritas, deben acudir directamente ante el liquidador de TELECOM, para solicitar su reintegro y el pago de acreencias laborales.”<sup>33</sup>

En esta sentencia, la Corte realmente hizo avances progresistas y destinados desde toda perspectiva a salvaguardar el orden constitucional y los derechos fundamentales que le asisten a todos y cada uno de los coasociados.

Así pues, este fallo instituyó, subreglas constitucionales de aplicación retroactiva frente a aquellos trabajadores cuyos derechos y prerrogativas habían sido menoscabados por normas de inferior jerarquía.

Esta providencia, constituyó un hito en el estudio que la Corte Constitucional le había venido dando a la ley de Renovación de la Administración Pública, haciendo prevalecer el bloque de constitucionalidad y proveyendo de justicia formal y material a los ciudadanos afectados por tal disposición legal.

La Sentencia SU 388 de 2005, MP Clara Inés Vargas, después de los múltiples fallos de tutela analizados por la Corte Constitucional, unificó la jurisprudencia en torno al retén social derivado de la ley 790 de 2002, manifestando:

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 385 de 2005. MP Jaime Araujo Renteria

<sup>33</sup> Ibidem.

“La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

(...)

(...) por tratarse de un proceso de liquidación cuya fecha límite es relativamente próxima (a más tardar el 12 de junio de 2007), la acción de tutela se proyecta como el mecanismo apropiado para asegurar un verdadero respeto de los derechos fundamentales.

(...)

(...) en tratándose de sujetos de especial protección, como las madres cabeza de familia, el derecho a la estabilidad reforzada es susceptible de protección mediante tutela en procesos de reestructuración del Estado, precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales.

(...) la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia consiste en ordenar su reintegro y dejar sin efecto las indemnizaciones reconocidas. De hecho, el pago de la indemnización debe ser concebida como la última alternativa para reparar el daño derivado de la liquidación de la empresa, por cuanto corresponde al derecho en cabeza de todos los servidores públicos y no sólo de los sujetos de especial protección.”

La Corte, hace extensiva la sentencia objeto de estudio a todas aquellas madres cabeza de familia que en aplicación del límite temporal establecido en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y la Ley 812 de 2003, fueron desvinculadas de TELECOM a partir del 1 de febrero de 2004; pues, “a juicio de la Corte no existe ninguna justificación para no amparar a quienes presentaron la acción de tutela y sus asuntos no fueron seleccionados para revisión o en todo caso fueron decididos en forma adversa a sus pretensiones”. Tal protección es concedida bajo los siguientes supuestos:



“ (...) siempre y cuando las ex trabajadoras (i) reunieren los requisitos para permanecer en la entidad, (ii) hayan acreditado su condición de madres cabeza de familia y Telecom hubiere reconocido dicha calidad mediante las certificaciones correspondientes, (iii) a la fecha de esta sentencia hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y, (iv) sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubieren sido resueltos desfavorablemente. De esta manera, aquellas madres cabeza de familia que así lo deseen, si se encuentran en las condiciones descritas, deben acudir directamente ante el Liquidador de TELECOM para solicitar su reintegro y el pago de acreencias laborales.”

En la SU 388 de 2005, la Corte abandona la posición según la cual cuando se presenta indemnización no es procedente el reintegro. De igual manera fija en términos precisos y claros quien debe entenderse por madre cabeza de familia.

Por su parte la sentencia SU 389 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria, frente a la situación de los padres cabeza de familia en los procesos de reestructuración estableció:

“No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio. (i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el

parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.”

Este proveído manifestó adicionalmente:

“**i)** El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 709 de 2002. **ii)** El retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a la mujer cabeza de familia de no ser desvinculada con ocasión del proceso de renovación de la administración pública; **iii)** Se ha demostrado que en estos eventos existe perjuicio irremediable, pues con la aplicación del Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, las madres cabeza de familias como beneficiarias del retén social pierden el empleo “del que derivan su único sustento”, con lo que queda desprotegido su núcleo familiar y en particular se ven afectados los derechos fundamentales de sus hijos menores. **iv)** Según la jurisprudencia que se ha citado, no pueden coexistir el pago de una indemnización y además la posibilidad de reintegro, por ello, las sentencias mencionadas optaron en unos casos por conceder plenamente la protección solicitada hasta la terminación definitiva del último acto de liquidación de la empresa, cuando se demostró que no tenían aún la indemnización correspondiente (T-792 de 2004), en otros casos fueron denegadas en punto a la petición de reintegro ante la comprobación de que existía el pago de una indemnización, y ello desvirtuaba la existencia de un perjuicio irremediable (T-876 de 2004) y en otros eventos se permitió el reintegro con la consecuente posibilidad de que el beneficiado devolviera a la entidad lo recibido por concepto de indemnización en caso de que quedasen saldos a favor de la empresa (T-925 de 2004 y T-964 de 2004). Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo.”

Esta sentencia hizo extensivos sus efectos a quienes en aplicación del límite temporal creado en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y en la Ley 812 de 2003, fueron desvinculados de esa empresa a partir del 1 de febrero de 2004, cuando:

“ **(i)** reunieren los requisitos para permanecer en la entidad, **(ii)** prueben haber presentado ante TELECOM reclamación de su condición de padres cabeza de familia, **(iii)** demuestren encontrarse en alguna de las circunstancias enunciadas en el título 4 de las consideraciones y fundamentos de este fallo, **(iv)** a la fecha de esta sentencia hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y, **(v)** que sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubiesen sido resueltos desfavorablemente. Quienes así lo deseen, si se encuentran en las condiciones descritas, deben acudir directamente ante el liquidador de TELECOM, para solicitar su reintegro y el pago de acreencias laborales.”

A la postre en la Sentencia T-493 de 2005, con ponencia del Doctor Manuel José Cepeda, y atendiendo a los efectos modulativos y los presupuestos contenidos en la sentencia antedicha, se decide dar continuidad a los postulados y presupuestos allí contenidos, es decir, inaplicar el límite temporal indebidamente creado en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y en la Ley 812 de 2003, respecto a los trabajadores que fueron desvinculados de TELECOM en liquidación a partir del 1 de febrero de 2004, siempre y cuando los tutelantes encajen dentro de los postulados allí señalados.

En este punto, la Corte Constitucional, da continuidad a la línea estructurada en la sentencia de unificación antes referida, circunscribiendo su ámbito de acción a determinar los factores configurativos de las particularidades que reviste cada caso.

La Sentencia T-583 de 2005, MP Alfredo Beltrán Sierra, plantea los casos de madres cabeza de familia desvinculadas de TELECOM, en virtud del límite temporal impuesto por el decreto 190 de 2003, en dicho proveído se establece que la acción de tutela es el mecanismo procedente, por cuanto las otras vías judiciales de defensa podrían resultar ineficaces ante la próxima e inexorable desaparición de la empresa. De igual manera, la Corte considera que en tratándose de sujetos de especial protección, como las madres cabeza de familia, el derecho a la estabilidad reforzada es susceptible de protección mediante tutela en procesos de reestructuración del Estado, precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la Corte ordenó el reintegro de las accionantes, de igual manera ordenó que en los casos en que se hubieran recibido indemnizaciones se efectuara el cruce de cuentas correspondiente.

En la Sentencia T-650 de 2005, con Ponencia de Manuel José Cepeda, la Corte asume el conocimiento del caso de una madre cabeza de familia trabajadora de CAPRECOM, quien es tratada como si estuviera cobijada por el denominado “retén social” y luego es despedida de la entidad accionada supuestamente en desarrollo de políticas diferentes a la aplicación del Programa de Renovación de Administración Pública.

En este caso, la Corte analizó el carácter de empresa industrial y comercial del Estado de CAPRECOM, y la inexistencia de razones o conceptos que excluyan a esta entidad de la ley de Renovación de la Administración Pública, en contravía de la violación de derechos fundamentales derivados de la Carta Política y de la ley 790 de 2002, razones por las cuales y atendiendo a la jurisprudencia precedente ordenó el reintegro de la tutelante.

En este sentido, la Corte Constitucional conserva la línea asumida por sentencias anteriores y salvaguarda los derechos de la accionante, haciendo prevalecer el orden jurídico frente a aseveraciones temerarias, las cuales carecían de fundamentos jurídicos y fácticos. Así pues, este Tribunal cumple su encomiosa labor de protección y salvaguarda del Ordenamiento Constitucional.

En Sentencia T - 664 de 2005, MP Rodrigo Escobar Gil, se trató casos de madres cabeza de familia desvinculadas de TELECOM, el 1 de febrero de 2004, no obstante, se da aplicación a la Sentencia SU 388 de 2005 y previa verificación de condiciones, se ordenó el reintegro de las impetrantes.

La Corte, en este momento se ciñe a los postulados contenidos en la sentencia de unificación 388 de 2005 y salvaguarda los derechos de las madres cabeza de familia en aplicación del retén social consagrado en la ley de Renovación de la Administración Pública.

En la sentencia T-773 de 2005, con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil, se trató el caso de una madre cabeza de familia desvinculada de CAPRECOM; en el fallo en mención se estableció:

“En síntesis, puede afirmarse que por expreso mandato constitucional, en los procesos de reforma institucional existe la obligación del Estado de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres cabeza de familia en sus empleos. Lo anterior obliga a las entidades públicas a adoptar medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia, de manera que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por la estabilidad en el empleo de la madre, y por la garantía de que de manera continuada pueda seguir sosteniendo a sus menores hijos o a aquellos personas que dependen económica o afectivamente de ella.

Sin embargo, la protección que se otorga a las madres cabeza de familia no opera de manera automática pues se exige que la mujer que solicita la salvaguarda de sus derechos, cumpla con los requisitos que han fijado la ley y la jurisprudencia para que se le considere como madre cabeza de familia”.

Concluyendo:

“- Que las autoridades públicas, y de manera específica el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, tienen la facultad constitucional de adelantar procesos de reforma institucionales a través de los cuales pueden suprimir, fusionar o reestructurar internamente las diferentes entidades estatales, con el fin de cumplir los flnés esenciales del Estado y de garantizar los principios de la función administrativa consagrados en la Carta Política.

- Que tal potestad constitucional no es absoluta, pues repercute directamente en dos sectores específicos que a su vez limitan la competencia constitucional de la administración para adelantar dichos procesos: De un lado, el proceso de reforma genera un impacto en la sociedad en general, a quien está dirigida la actividad administrativa y, en concreto, la prestación de los servicios públicos que necesitan ser satisfechos en el territorio nacional por parte del Estado. Por otro lado, el proceso de reforma institucional afecta directamente a los trabajadores de la entidad reestructurada pues generalmente supone la reducción de las plantas de personal de dichas entidades públicas.

- Que con el propósito de armonizar los criterios de eficiencia e interés general y los derechos de los trabajadores involucrados en un proceso de reestructuración, la jurisprudencia constitucional ha condicionado el ejercicio de tal facultad a una actuación diligente de la administración pública que presupone la adopción de medidas razonables y proporcionadas, con los que se busca causar el menor impacto en los derechos de los trabajadores que puedan resultar afectados.

- Que dentro de estas medidas, la ley y la jurisprudencia han previsto que, de ser posible, el Estado adopte políticas que tiendan a procurar la permanencia del funcionario en el servicio público, ya sea en la entidad objeto de reestructuración o en otras instituciones del Estado; en su defecto, las autoridades públicas deben optar por el pago de una indemnización anticipada, lo cual se constituye en la forma tradicional de minimizar el daño causado.

- Que tratándose de sujetos de especial protección -como ocurre con las madres cabeza de familia- la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el Estado debe dirigirse a garantizar su estabilidad laboral, de tal manera que la indemnización se constituya en la última alternativa. Tal posición se explica pues esta clase de trabajadores pertenece a los grupos sociales más

vulnerables, razón por la cual requieren en algunas circunstancias, de una protección especial privilegiada a través del diseño e implementación de acciones afirmativas en su favor, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

- Que no obstante lo anterior, incluso en el caso de las madres cabeza de familia, la protección constitucional de la estabilidad laboral tampoco se constituye en una prerrogativa absoluta por ejemplo, cuando haya lugar a la liquidación definitiva de la entidad pública y no sea materialmente posible su reubicación. En este sentido, la protección constitucional a los grupos tradicionalmente marginados y discriminados no puede constituirse en un obstáculo insuperable para llevar a cabo el ejercicio de la competencia constitucional de la administración pública de reformar la administración pública.

- Que la acción de tutela resulta procedente para proteger los derechos de aquellas madres cabeza de familia que se ven afectadas con la actuación de una entidad pública que se encuentra en un proceso de reforma institucional. Sin embargo, la tarea del juez de tutela no se restringe a adelantar una verificación formal de los requisitos legales de la condición de madre cabeza de familia; sino que se le exige además, evaluar si la administración fue diligente y buscó causar el menor impacto sobre los derechos constitucionales de los trabajadores, particularmente de aquéllos que son sujetos de especial protección.

- Que para evaluar dicha diligencia, el juez constitucional debe realizar un estudio de la idoneidad de los mecanismos institucionales adoptados por la entidad, con el fin de garantizar simultáneamente el respeto por los principios de interés general y de eficiencia que debe comportar un proceso de reestructuración, pero también el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las madres y de su núcleo familiar dependiente. Adicionalmente, surge la necesidad de que el juez revise, en las particulares circunstancias del caso concreto, si las condiciones personales del peticionario ameritan su protección por vía de tutela, con el fin de evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.”

En este entendido, la Corte a medida que avanza en sus pronunciamientos reitera elementos y alimenta su teoría de protección y salvaguarda a las madres cabeza de familia, atendiendo a las connotaciones históricas que revisten tal situación y a la preservación de derechos fundamentales en este orden.

En la sentencia T-834 de 2005, MP Clara Inés Vargas, se trató el caso de una extrabajadora de TELECOM, quien consideró que al ser desvinculada de la entidad se desconoció su calidad de madre cabeza de familia; a fin de resolver el

presente caso la entidad acudió a los supuestos de la SU-388 de 2005, al tenor de la cual:

“Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable **(i)** que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; **(ii)** que esa responsabilidad sea de carácter permanente; **(iii)** no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; **(iv)** o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; **(v)** por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

Estableciendo:

“La sola circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia temporal, por prolongada y desafortunada que resulte, no establecen elementos desde los que se pueda afirmar que una madre tiene la responsabilidad única del hogar en su condición de madre cabeza de familia. La condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica sino de los aspectos materiales que la establecen.

Así entonces, no es el desempleo de la pareja la circunstancia exigida por la ley para considerar a una madre como cabeza de familia, sino el que éste se sustraiga de manera permanente de sus obligaciones como padre, haya abandonado el hogar, o se encuentre en incapacidad física, síquica, sensorial o mental.”

Con base en estos fundamentos, la Corte se abstiene de fallar en el sentido requerido por la impetrante, no obstante, lo anterior el criterio aquí esgrimido por la Corte, deslinda los supuestos fácticos en los cuales es procedente la aplicación del retén social previsto en la ley de administración de justicia.

En la sentencia T-845 de 2005 con Ponencia de Rodrigo Escobar Gil, la Corte trató el caso de una madre cabeza de familia, desvinculada del SENA, sin tener en cuenta su condición de tal.

En este evento el Tribunal Constitucional reiterando las pautas jurisprudenciales contenidas en la sentencia SU 388 de 2005, proveyó jurisprudencia relativa a las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia; la relación entre tales acciones y los procesos de reforma institucional y la procedencia de la

acción de tutela para obtener el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada en esta clase de procesos.

A su vez la Sentencia T-1030 de 2005, protege el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia, retomando y siguiendo la argumentación de la Sentencia SU 388 de 2005, sentencia que perfila y define el contenido y fallo de la providencia en comento.

Por su parte la sentencia T-1035 de 2005 MP Jaime Araujo Renteria, estudió el caso de varias madres cabezas de familia retiradas del INCORA, desconociendo los derechos que aparejaban su condición. En este fallo, la Corte estableció el alcance de la protección constitucional de las madres cabeza de familia, estudió la condición de la mujer cabeza de familia en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública y reiteró los planteamientos jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar el reintegro con fundamento en la inconstitucionalidad del límite temporal al retén social impuesto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, el reconocimiento de que la protección a las madres cabeza de familia conlleva además la protección del grupo familiar que de ellas depende, en especial a los niños, los discapacitados y las personas de la tercera edad y, la validez de las acciones afirmativas diseñadas por el legislador las cuales deben ser acatadas por las demás autoridades, en aras de superar la exclusión histórica del escenario laboral de la cual han sido objeto las mujeres y, de la misma manera, reconocer especial valor al trabajo como expresión de una opción personal y profesional.

La Sentencia T-1183 de 2005 con Ponencia de la Doctora Clara Inés Vargas, abordó la temática de una madre cabeza de familia desvinculada de su cargo sin atender esta peculiar circunstancia y la improcedencia de los términos fijados para que la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social prospere. Para tal efecto acude la Corte a reiterar la jurisprudencia contenida en las sentencias C-991 de 2004 y SU 388 de 2004; protegiendo de esta forma los derechos fundamentales de la tutelante bajo el amparo de la estabilidad laboral reforzada conferida por la ley de Renovación de la Administración Pública.

La Sentencia T-200 de 2006, con Ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, pone de presente los fundamentos contemplados en la Sentencia SU-388 de 2005 y pone de manifiesto que la tutela es procedente a fin de amparar la estabilidad laboral reforzada contemplado en la ley 790 de 2002, aun cuando haya transcurrido un lapso amplio entre la terminación del contrato y la interposición de la acción de tutela, sin que se desconozca el principio de inmediatez que rige esta acción, siempre y cuando en dicho espacio se hayan adelantado gestiones tendientes a propugnar por el reintegro.

La sentencia T-206 de 2006, MP Humberto Antonio Sierra, trata el caso de un padre cabeza de familia desvinculado de TELECOM desconociendo la estabilidad



laboral que esta situación le otorgaba; a este respecto la Corte esgrimió que este trabajador no podía ser desvinculado de la entidad, pues con tal determinación se desconoce la garantía de estabilidad laboral reforzada que le ha sido otorgada en razón de la protección debida a sus hijos menores de edad.

Bajo esta perspectiva la Corte Constitucional una vez deprecados los supuestos que dan origen al temario de estudio, termina protegiendo y aplicando principios Constitucionales que desvirtúan apreciaciones parciales o escindidas de la ley.

La Sentencia T-231 de 2006 con Ponencia de Rodrigo Escobar Gil, estableció que:

“(…) el amparo laboral conferido a las madres cabeza de familia consiste, por un lado, en la obligación que tiene el empleador, durante los procesos de reestructuración, de no desvincular a las personas que hayan acreditado su condición de madre cabeza de familia, y por el otro, en la posibilidad que tiene la trabajadora de invocar su condición especial para que sea reintegrada cuando el empleador incumpla la obligación anteriormente mencionada, de modo que se restablezca una situación injustamente alterada y que ha sido alegada oportunamente por la madre cabeza de hogar. “

En este particular, bajo éste supuesto, la Corte instauró que no era dable incluir a la tutelante en el retén social toda vez que ésta no había invocado su condición de madre cabeza de familia y en este entendido bajo el desconocimiento de los supuestos fácticos TELECOM, no podía haber otorgado protección alguna.

En Sentencia T-232 de 2006, MP Jaime Araujo Renteria, la Corte estudio el caso de una persona próxima a adquirir el derecho de pensión de jubilación, razón por la cual solicita ser cobijado por el retén social previsto en la Ley 790 de 2002; no obstante lo anterior, la Corte decide no conceder la tutela, al considerar que se desconoció la inmediatez que subyace a la acción de tutela, puesto que el transcurso de más de dos años, sin que exista en el expediente razón o causa válida que justifique la demora en el ejercicio de la tutela, ni el surgimiento de hechos nuevos que obliguen a la protección actual de los derechos alegados, muestra el poco interés en el asunto y sugiere que la presunta vulneración de los derechos invocados no es actual.

Como puede apreciarse en fallos como el precedente, la Corte Constitucional, hace que la procedencia de la acción de tutela, dependa del activismo con el cual haya procedido el actor, en aras de buscar la protección de los derechos que considera conculcados, en virtud del principio de inmediatez, niega la procedencia de éste mecanismo de protección de derechos.

En este fallo, la Corte hace a un lado la proyección real que deriva del Retén social, y se enmarca dentro de la procedencia de la Acción de Tutela como tal,

dejando de lado un estudio profundo y meticulado del caso.

La Sentencia T-303 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, la Corte conoce la tutela interpuesta por una madre cabeza de familia contra CAPRECOM por no otorgar estabilidad en razón a su condición, no obstante tal argumento, la Corte no otorgó el amparo, al considerar que no se constataron los requisitos establecidos para ser cobijada por el retén social.

En la Sentencia T-538 de 2006, MP Nilson Pinilla y en la Sentencia T-570 de 2006, con MP Jaime Córdoba; se abordó el caso de padres cabeza de familia desvinculados de TELECOM, a quienes no se les concedió el beneficio del retén social, por cuanto había fenecido la existencia jurídica del sujeto pasivo y por cuanto no acreditaron los requisitos para ser considerados como tal.

En este periodo las sentencias se tornan más modestas y simplemente se acude a conceptos formales y procedimentales.

La Sentencia T-556 de 2006, MP Humberto Sierra Porto, trató el caso de un padre cabeza de familia desvinculado de TELEUPAR, a quien no se le concedió el beneficio del retén social, por cuanto la accionada había dejado de existir en el mundo jurídico y por cuanto el tutelante ostentaba la calidad de trabajador privado y no de servidor público.

Como puede apreciarse, en fallos como el que antecede, la Corte Constitucional, precisa que la estabilidad laboral reforzada, otorgada a favor de los grupos considerados vulnerables, en los programas de renovación de la administración, sólo cobija a aquellos trabajadores catalogados como servidores públicos, excluyendo la posibilidad de que el retén social pueda ser invocado por trabajadores del sector privado.

Por su parte, la sentencia T-592 de 2006, MP Jaime Araujo Renteria, amparó los derechos de un padre de familia desvinculado de TELECOM, con fundamento en las Sentencias SU- 388 y 395 de 2006.

La Sentencia T-646 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, no tuteló la estabilidad laboral reforzada de un padre de familia, al considerar que no se cumple con la exigencia hecha por la Corte Constitucional, en el sentido que:

“(...) resulta necesario demostrar que se hubiere interpuesto acción de tutela con anterioridad a la fecha en la que se profirió la sentencia de unificación, mediante la cual se solicitara la inclusión en el retén social y el consecuente reintegro, puesto que la acción de tutela que presentó el accionante en el año 2003 no tenía el propósito descrito, sino que pretendía que la entidad respondiera si efectivamente había sido despedido y si había sido incluido en

el retén social, interrogantes que el actor planteó mediante un derecho de petición respecto del cual alegaba no haber obtenido respuesta.

En efecto, sostiene que para cumplir con el requisito señalado por la Corte Constitucional no basta que se haya interpuesto acción de tutela con cualquier tipo de pretensión, sino que ésta ha debido estar dirigida a atacar la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo, ya que si el empleado recibió la correspondiente indemnización por parte de Telecom en liquidación, sin realizar ningún tipo de reclamo judicial, se entiende que la misma llenó sus expectativas y que, por lo mismo, no estima vulnerados sus derechos fundamentales con tal decisión. “

En la sentencia T-677 de 2007, con Ponencia de Clara Inés Vargas, se instituyó:

“(…) la tutela puede proceder para garantizar el cumplimiento de las sentencias proferidas por las diferentes autoridades judiciales. Con esto, es decir, a partir del respaldo brindado por el amparo, además de declarar que una sentencia hace parte esencial del Estado de Derecho y que contiene la definición de determinados derechos fundamentales, se garantiza que eventualmente su cumplimiento se pueda hacer efectivo rápida y definitivamente mediante el conjunto de herramientas previstas en el Decreto 2591 de 1991.

Así pues, a partir de este marco conceptual es posible rescatar la importancia que tiene, dentro de nuestro esquema jurídico, el cumplimiento de todas las decisiones judiciales. A su vez podemos concluir que las determinaciones proferidas por los jueces, en su condición de protectores del Estado de Derecho, a través de las acciones ordinarias, tienen pleno respaldo en la Constitución y, por tanto, deben ser cumplidas sin tardanza por todos. En este orden de ideas, la acción de tutela puede servir como herramienta para garantizar que una sentencia proferida en la jurisdicción ordinaria sea respetada y que los derechos fundamentales inmersos en la misma sean resguardados. De cualquier forma, la orden de protección contenida en el amparo constitucional, tendrá como garantes a las diferentes herramientas previstas por el decreto 2591 de 1991 en sus artículos 27 y 52.”

La Sentencia T-971 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, instituyó:

“En este contexto se evidencia que las condiciones para que los padres cabeza de familia accedan al retén social están dirigidas a salvaguardar los derechos e intereses de aquellas personas que en su condición de debilidad manifiesta, ya sean los menores o las personas incapacitadas para trabajar, tienen como único apoyo económico y emocional al hombre responsable del hogar. Esto quiere decir que, a la hora de examinar los requisitos para constituirse como padre cabeza de familia, los mismos deben ser observados

en función de las personas sobre las cuales se pretende hacer efectivo el beneficio, y no se debe hacer una valoración en abstracto del comportamiento del padre de familia, ni del cumplimiento de obligaciones que pueda tener con terceros que, a pesar de tener algún vínculo familiar o afectivo con el hombre cabeza de hogar, no se encuentran dentro del grupo familiar que la ley busca proteger especialmente.”

En Sentencia T- 463 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, la Honorable Corte Constitucional, analizó la situación de una ex funcionaria de ELECTROLIMA, quien en virtud de su liquidación fue desvinculada, previo pago de la indemnización respectiva.

En esta oportunidad, la accionante, madre cabeza de familia, solicitó que en aplicación del retén social, y en amparo de los derechos fundamentales tanto de aquella como de sus menores hijos, se ordene su reintegro.

Pese a lo anterior, la Corte decretó la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto la actora instauró la acción respectiva, tres años después de su desvinculación, desconociendo con ello el principio de inmediatez, en virtud del cual aquella debe ejercitarse dentro de un plazo razonable y oportuno.

Mediante fallo T-993 de 2007, esta Corporación, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinoza, conoció el caso de ex funcionarios de ADPOSTAL, quienes en virtud de su liquidación fueron desvinculados, en esta oportunidad, el amparo constitucional buscaba el reintegro de quienes acreditaban la condición de padres y/o madres cabeza de familia y de los llamados prepensionados.

En el caso sub examine, la Corte protegió los derechos de quienes acreditaron efectivamente su condición de padres y/o madres cabeza de familia, hasta que se finalice el proceso de liquidación de dicha entidad.

Frente a los funcionarios próximos a pensionarse, estableció que los tres años a partir de los cuales una persona adquiere dicha calidad, deben contabilizarse a partir de la reestructuración efectiva de la correspondiente entidad de la administración pública, en virtud de la Ley 812 de 2003, y no desde la entrada en vigencia de la ley 790 de 2002. Al respecto manifestó

“La Sala entiende que la extensión del retén social establecido por la Ley 812 de 2003 hace inaplicable el término señalado por la Ley 790 de 2002 en lo que se refiere a la fecha inicial. El lapso dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a la pensión como condición para ser cobijada por la protección del retén social fue determinado como un régimen de transición de tres años en los que se protegerían los derechos en vía de adquisición.”

En Sentencia T-1045 de 2007, con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, un caso de similares características, fue asumido por ésta Corporación. En este evento, se abordó el caso de ex funcionarios de ADPOSTAL, quienes fueron desvinculados de sus cargos, en virtud de la liquidación de dicha entidad, faltándoles pocos años para adquirir su derecho a pensionarse de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo que se encontraba vigente.

En esta oportunidad, los funcionarios, solicitaron su protección en sede de tutela, bajo el argumento de que en su calidad de prepensionados, deberían beneficiarse del denominado “*retén social*”, y por ello deberían ser reintegrados a sus cargos, hasta tanto cumplan con los requisitos para acceder a su pensión.

Al respecto manifestó la Corte Constitucional:

“(…) El límite inicial para este beneficio se fijó en el vencimiento de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República para el caso de madres y padres cabeza de familia y discapacitados y para las personas próximas a pensionarse dicho límite se fijó en tres años contados desde la promulgación de la ley. A su vez, la Ley 812 de 2003, la cual tenía como uno de sus objetivos la eficiencia de la administración pública a través aplicación del beneficio para madres y padres cabeza de familia, en el 31 de enero de 2004, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 991 de 2004. En lo relacionado con el límite a la aplicación del beneficio para personas próximas a pensionarse, la Ley 812 de 2003 guardó silencio con respecto al momento hasta el que debía aplicarse y en su lugar, en el artículo 8, literal D), inciso último, estableció que esta garantía se debía mantener hasta tanto las personas cumplieran con los requisitos para pensionarse. Por lo tanto se debe entender que la Ley 812 de 2003 derogó de manera tácita el límite establecido por la Ley 790 de 2003 de 3 años contados desde la promulgación de esta ley, para completar los requisitos de pensión”.

Más adelante señaló

“(…) El concepto de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse de acuerdo con el término de liquidación de las empresas objeto del Programa de renovación de la administración pública, es decir, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica. La proximidad en la consolidación del derecho a obtener pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso concreto de acuerdo con criterios de razonabilidad, con el objeto de aplicar esta protección a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho”.

En virtud de lo anterior, y tal como ocurrió en oportunidades anteriores, ordenó a ADPOSTAL reintegrar a sus cargos a quienes estaban próximos a pensionarse, estableciendo que la protección frente a aquellos se mantendría hasta tanto cumplan con los requisitos para pensionarse, dentro de los dos años durante los cuales se liquide dicha empresa o durante su prórroga, o hasta tanto se liquide la empresa y se extinga su personalidad jurídica.

Esta posición fue reiterada en fallo T- 1076 de 2007, con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, donde se abordó un caso similar al anteriormente tratado.

En Sentencia T-1062 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinoza, el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, conoció el asunto de ex trabajadores de TELE CARTAGENA SA ESP, quienes fueron desvinculados de sus cargos, a raíz de la liquidación de dicha entidad.

Los ex funcionarios, iniciaron las acciones judiciales pertinentes ante la Jurisdicción Laboral competente, sin embargo, instauraron acciones de tutela cuatro años después de su desvinculación, impetrando su reintegro, arguyendo su condición de padres cabeza de familia, y por tanto beneficiarios del retén social.

En esta oportunidad, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela, respaldando su decisión en tres argumentos: a) La tutela fue instaurada cuatro años después de la desvinculación, desconociendo el principio de inmediatez. b) los accionantes no probaron su condición de ser padres cabeza de familia. c) Los impetrantes nunca solicitaron a la entidad a la cual prestaban sus servicios su inclusión en el retén social. Con fundamento en ello, negó el amparo solicitado.

Frente a la protección laboral reforzada predicada a favor de los prepensionados, vale la pena citar las Sentencias T-009 de 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-106 de 2008 M.P Jaime Araujo Renteria y Sentencia T-254 de 2008 M.P Humberto Sierra Porto, en las cuales, se abordó el caso de ex funcionarios de ADPOSTAL, quienes habían sido desvinculados de sus cargos argumentando, que el retén social introducido a favor de ellos por la Ley 790 de 2002, sólo se mantendría durante los tres años siguientes a la entrada en vigencia de la precitada Ley.

En vista de ello, los ex funcionarios acudieron a la acción de tutela, para solicitar su reintegro. En ésta oportunidad, la Corte Constitucional, estableció

“(…) el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó, a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho. Así, mediante el artículo citado, el legislador garantizó la preservación de un derecho en vías de adquisición, no de una mera expectativa, pues las personas que en menos de tres años adquirirían el derecho a pensionarse

configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas”.

Frente a lo anterior, la Corte analizó la fecha a partir de la cual deben empezar a contabilizarse los tres años, en este análisis ésta Corporación introdujo la aplicación de un nuevo principio denominado “*pro homine*”, en virtud del cual, se debe adoptar la decisión que más se ajuste a la garantía de los derechos fundamentales.

En cumplimiento de lo anterior, dicha Corporación señaló que los tres años deben empezar a contabilizarse, a partir de la fecha de reestructuración de la entidad, siempre y cuando aquella se realice dentro del programa de reestructuración de la administración pública.

A partir de esos pronunciamientos, la Corte Constitucional aseguró que el retén social no tenía límite temporal alguno, es decir, que las normas que lo integraban se prolongaban hasta la liquidación definitiva de la entidad, es decir, hasta la culminación jurídica de la misma.

En una posterior oportunidad, en las sentencias T-231 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández, T-242 de 2008, T-453 de 2008 M.P Manuel José Cepeda Espinoza , la Corte Constitucional se ocupó nuevamente de personas quienes en su calidad de padres cabeza de familia, solicitaron en ejercicio de la acción de tutela, su reintegro a la entidad donde habían prestado sus servicios.

Sin embargo, en ésta oportunidad éste Tribunal negó el amparo tutelar, puesto que los accionantes, actuaron temerariamente, al acudir con anterioridad a dicho mecanismo sin obtener resultados favorables. Al respecto manifestó:

“(…) Particularmente, en lo que se refiere al uso inapropiado de la acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991 define en su artículo 38, que la conducta merecedora de castigo se concreta en la “*duplicidad del ejercicio de la acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto*”.

En el caso sub examine, los hechos que fundaron la acción y la finalidad de la misma fueron los mismos por tal razón, la Corte negó el amparo deprecado, más aún cuando los accionantes no lograron demostrar su calidad de padres cabeza de familia.

En Sentencia T -338 de 2008, M.P Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional estudio el caso de un ex funcionario desvinculado a causa de la reestructuración, a la cual fue sometida la entidad para la cual laboraba; no obstante, con posterioridad, y estando el tutelante desvinculado, se ordenó la liquidación de la entidad donde aquel prestaba sus servicios.

El actor invocaba su condición de prepensionado para beneficiarse del retén social, y ser reintegrado a la entidad que afrontaba el proceso liquidatorio, sin embargo, dicha calidad nunca antes había sido esgrimida.

La Corte expresó:

“(…) Así, la noción de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse en relación con el término de liquidación de las empresas objeto del programa de renovación de la administración pública. Por tanto, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica”.

El tribunal constitucional arguyó que tal estatus, debió ser alegado para que se le otorgue una estabilidad laboral al momento de su desvinculación, y de esta manera, lograr no sólo controvertir la decisión de la administración, sino que ésta corrija los errores en los que pudo haber incurrido.

Adicionalmente, al demostrar que la desvinculación del actor obedeció a la reestructuración de la entidad a la cual aquel prestaba sus servicios y no a su posterior liquidación, que se ordenó por razones distintas; se explicó que el beneficio del retén social, no podía extenderse hasta cuando sea liquidada definitivamente la entidad, puesto que la supresión de su cargo y su retiro se produjo bajo condiciones diferentes e independientes al proceso liquidatorio. En virtud de lo anterior, negó el amparo solicitado.

Un fallo similar al precedente, ocupó la atención de la Corte Constitucional, quien en Sentencia T- 587 de 2008 M.P Humberto Sierra Porto, abordó el caso de ex funcionarias de la extinta TELECOM, quienes invocaban su condición de madres cabeza de familia para que en virtud del retén social, sean ubicadas en cualquier entidad pública.

Al respecto ésta Corporación, consideró que si bien las madres cabeza de familia merecen una especial protección que ha sido garantizada por la Constitución y la ley, y que prueba de ello, es la estabilidad que les fue concedida a través del retén social, el amparo que aquel otorgó no puede ser temporalmente ilimitado, puesto que como ha considerado en oportunidades anteriores, dicha protección sólo puede extenderse mientras dure el proceso liquidatorio de la entidad respectiva; pero una vez haya culminado, y haya sido extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir.

En Sentencia T-989 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández, la Corte estudió el caso de una ex funcionaria de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, quien



invocó su calidad de prepensionada para ser reintegrada, luego de que la entidad donde había prestado sus servicios fue sometida a un proceso liquidatorio.

En este evento, la Corporación analizó la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro de trabajadores, precisando, que dicho mecanismo procede en dos oportunidades: como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y como mecanismo definitivo, cuando existiendo otros medios de defensa judicial aquellos no resulten eficaces ni idóneos para proteger los derechos fundamentales amenazados.

En el caso sub examine, indicó que si bien en principio la actora debía acudir a la jurisdicción laboral que es la competente para resolver esta clase de asuntos, también lo es que el trámite que se surte en aquella puede durar un lapso temporal prolongado, tiempo para el cual la entidad accionada ya habría desaparecido del mundo jurídico. Razón por la cual, consideró que la acción de tutela en el caso que se estudia es procedente.

Posteriormente, la Corte Constitucional, entró a analizar la protección que otorga el retén social a los prepensionados, para lo cual reiteró lo dicho en fallos precedentes, respecto al límite conferido por el retén social, al respecto manifestó

“ (...)Por lo tanto, para evitar un trato diferenciado e injustificado de quienes alcanzaron a cumplir con los requisitos de pensión en los términos de la Ley 790 de 2002, antes del 27 de diciembre de 2005, y quienes (i) los cumplieron con posterioridad por efecto de que las liquidaciones de las entidades en las cuales laboraron se produjeron después del 27 de diciembre de 2005 o porque (ii) no les fue posible el cumplimiento de los requisitos antes de la fecha citada, se hace necesario aplicar esta interpretación para evitar tratos jurídicos discriminatorios”.

En Sentencia T-1070 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional conoció la situación de una ex funcionaria de TELECOM quien había sido desvinculada de dicha entidad, sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de familia.

En este caso, la Corte consideró que la accionante no podía ser considerada madre cabeza de familia, puesto que en su núcleo familiar habían personas que podían contribuir económicamente con la manutención del hogar; por tal razón se negó el amparo solicitado.

En sentencia T-1166 de 2008 M.P Jaime Araujo Renteria, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de la situación de tres ex funcionarias de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, quienes en virtud de su liquidación fueron desvinculadas desconociendo su situación de prepensionadas. En ésta oportunidad, la máxima

autoridad de la Jurisdicción Constitucional, tuteló los derechos de las actoras y ordenó su reintegro, arguyendo que

“(…) la protección que se otorga a los “prepensionados” el “retén social” se extiende hasta que se reconozca la pensión o se de la liquidación definitiva de la entidad, lo primero que ocurra, pero que no puede interpretarse que la existencia de éste impida la liquidación definitiva de la entidad. Dentro de este marco y asumiendo que son dos los supuestos que alternativamente dan lugar a la cesación de los efectos de la protección, esta Sala considera que el argumento del Tribunal carece de fundamento. Adicionalmente –en el parecer de esta Corporación- dicha tesis ignoró la realidad de los procesos de liquidación, que son complejos y que, en la mayoría de los casos deben ser prorrogados; ello ocurrió efectivamente en el caso de la E.S.E demandada, pues el 20 de agosto de 2008, mediante decreto 3057 de 2008, el gobierno nacional decidió extender el proceso de liquidación hasta el 24 de febrero de 2009. Desea expresar la Sala con claridad, que el hecho de la terminación de la liquidación pone fin a la protección social, pero no puede servir a ningún juez de tutela como excusa para dejar de ordenar el restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados si la demanda de tutela se presenta antes de que la entidad demandada sea liquidada definitivamente”.

En Sentencia T-1211 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández, la Corte conoció la situación de una ex funcionaria de la Clínica Rafael Uribe Uribe, quien en virtud de su liquidación fue desvinculada, pese a que aquella invocaba su condición de madre cabeza de familia para beneficiarse de la estabilidad consagrada en el retén social.

En esta ocasión, la Corte, después de hacer un análisis de la especial protección que merece la mujer madre cabeza de familia por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad, precisó que en aras de garantizar su derecho a la igualdad, se han diseñado las acciones afirmativas que deben entenderse como aquellas políticas o medidas que se adoptan a favor de ciertas personas, con la finalidad de reducir desigualdades de tipo económico, cultural o social.

Estableció, que prueba de este tipo de acciones, es el llamado retén social, como una garantía de estabilidad laboral reforzada a favor de ciertos grupos discriminados entre los que se encuentran las madres cabeza de familia.

En sentencia T-1238 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional conoció nuevamente el caso de ex funcionarios de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, desvinculados a pesar de ostentar la calidad de prepensionados, estableciendo:

“(…) La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución Política confiere una protección especial a las personas que ven

cerca la adquisición del derecho a pensionarse y ha señalado que la ley puede establecer mecanismos de protección de esa expectativa legítima frente a posibles cambios de regulación o de régimen jurídico.

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

Aunque en este punto es evidente que es al legislador al que le corresponde determinar quiénes están más cerca o más lejos de adquirir el derecho a la pensión, también lo es que, una vez se establece la diferencia, los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad imponen un tratamiento más benigno para quienes más cerca están de pensionarse. De allí que se justifique que sus expectativas de adquisición sean protegidas con mayor rigor que las comunes, y que se les permita pensionarse de conformidad con el régimen al cual inicialmente se acogieron. “

En virtud de las anteriores consideraciones, y a pesar de que el proceso liquidatorio de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, se debió a una situación financiera y no al proceso de renovación de la Administración Pública, la Corte protegió los derechos de los actores, considerándolos sujetos titulares de una protección laboral reforzada, por cuanto en el Decreto que ordenó la liquidación de la entidad accionada, se acogió la figura del retén social.

La anterior posición fue reiterada en las sentencias T-089 de 2009 M.P Humberto Sierra Porto, T-112 de 2009 M.P Clara Inés Vargas Hernández, T -178 de 2009 Cristina Pardo Schlesinger, T -128 de 2009 M.P Humberto Sierra Porto

Esa misma posición fue corroborada en Sentencia T-1239 de 2008, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en el caso de ex funcionarios de INCODER que fueron desvinculados faltándoles menos de tres años para pensionarse; frente a ellos se ordenó el reintegro, agregando que el hecho de ser empleados provisionales o en propiedad no es un hecho relevante para otorgar la estabilidad laboral reforzada, constituida a través del retén social.

En Sentencia T-098 de 2009, M.P Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional conoció el caso de ex funcionarios de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, quienes en su calidad de padres cabeza de familia, solicitaban su reintegro en aplicación del retén social.

La Corte, negó el amparo solicitado, argumentando el uso de la acción de tutela en una oportunidad anterior, incurriendo con ello en temeridad.

Luego del basto recorrido de los fallos en materia de retén social, emitidos por el Tribunal Constitucional, puede apreciarse, que el mismo, ha supeditado la aplicación de la estabilidad que introdujo el retén social, al cumplimiento o acreditación de ciertos requisitos de carácter formal, en otras oportunidades ha sido más progresista y en aplicación de principios y mandatos de rango constitucional y legal ha protegido de manera efectiva a quienes han acudido a los estrados judiciales en aras de reivindicar sus derechos.

La posición que ha asumido ésta Corporación ha ido en la mayoría de los fallos, en una misma línea, siempre que los diferentes actores hayan demostrado el cumplimiento de los requisitos que los hace merecedores de la estabilidad laboral reforzada. Pese a lo anterior, en ocasiones retrocede en los avances que ha desarrollado y desconoce la especial situación que afronta dicha población.

### Cuadro No 3

#### Corte Constitucional

## ¿ LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA OTORGADA EN VIRTUD DE LA FIGURA DEL RETÉN SOCIAL A FAVOR DE MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS PUEDE CONSIDERARSE DE APLICACIÓN INDISCRIMINADA?

SI		NO
<p>Por cuanto, aquellos grupos considerados vulnerables son titulares de una estabilidad laboral reforzada y con dicha medida de discriminación positiva se garantizar su derecho a la igualdad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♣ C-1039/2003 MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA</li> <li>♦ T-794/2004 MP JAIME ARAUJO RENTERIA</li> <li>♦ T-964/2004 MP HUMBERTO SIERRA</li> <li>♣ C- 991/2004 MP MARCO GERARDO MONROY</li> <li>♦ T-081/2005 MP ALVARO TAFUR</li> <li>♦ T-182/2005 MP ALVARO TAFUR</li> <li>♣ SU- 385/2005 MP JAIME ARAUJO RENTERIA</li> <li>♦ SU- 388/2005 MP JAIME ARAUJO RENTERIA</li> <li>♦ SU- 389/2005 MP CLARA INÉS VARGAS</li> <li>♦ T-493/2005 MP MANUEL JOSE CEPEDA</li> <li>♦ T-583/2005 MP ALFREDO BELTRÁN</li> <li>♦ T-650/2005 MP MANUEL JOSE CEPEDA</li> <li>♦ T-654/2005 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</li> <li>♦ T-773/2005 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</li> <li>♦ T-834/2005 MP CLARA INÉS VARGAS</li> <li>♦ T-846/2005 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</li> <li>♦ T-1030/2005 MP HUMBERTO SIERRA</li> <li>♦ T-1035/2005 MP JAIME ARAUJO RENTERIA</li> <li>♦ T-1183/2005 MP CLARA INÉS VARGAS</li> <li>♦ T-200/2006 MP MARCO GERARDO MONROY</li> <li>♦ T-206/2006 MP HUMBERTO SIERRA</li> <li>♦ T-231/2006 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</li> <li>♦ T-303/2006 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</li> <li>♦ T-538/2006 MP NILSON PINILLA PINILLA</li> </ul>	<p>Por cuanto, dicha población para ser merecedora de una estabilidad laboral reforzada, requiere acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, y haber actuado oportunamente en aras de impetrar la protección aludida.</p>

**¿ LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA OTORGADA EN VIRTUD DE LA FIGURA DEL RETÉN SOCIAL A FAVOR DE MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS PUEDE CONSIDERARSE DE APLICACIÓN INDISCRIMINADA?**

SI		NO
<p>Por cuanto, aquellos grupos considerados vulnerables son titulares de una estabilidad laboral reforzada y con dicha medida de discriminación positiva se garantizar su derecho a la igualdad.</p>	<p align="center">♦ T-570/2006 MP JAIME CÓRDOBA</p> <p>♦T-592/2006 MP JAIME ARAUJO RENTERIA</p> <p>♦T-677/2006 MP CLARA INÉS VARGAS</p> <p>♦T-971/2006 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</p> <p align="center">♦ T-993/2007 M.P MANUEL CEPEDA E.</p> <p>♦T-1045/2007 M.P RODRIGO ESCOBAR GIL</p> <p>♦T-1076/2007 M.P RODRIGO ESCOBAR GIL</p> <p>♦T-009/2008 M.P MARCO GERARDO MONROY</p> <p>♦T-106/2008 M.P JAIME ARAUJO RENTERIA</p> <p>♦T-254/2008 M.P HUMBERTO SIERRA</p> <p align="center">♦T-989/2008 M.P CLARA INÉS VARGAS H.</p> <p>♦T-1166 /2008 M.P JAIME ARAUJO RENTERIA</p> <p align="center">♦T-1211/2008 M.P CLARA INÉS VARGAS</p>	<p align="center">♦ T-556/2006 MP HUMBERTO SIERRA</p> <p align="center">♦T-646/2006 MP RODRIGO ESCOBAR GIL</p> <p align="center">♦ T- 463 /2007 M.P NILSON PINILLA</p> <p align="center">♦T-1062/20 07 M.P MANUEL CEPEDA E.</p> <p>♦T-231/2008 M.P CLARA INÉS VARGAS</p> <p>♦T-242/2008 M.P MANUEL CEPEDA E.</p> <p>♦T-338 /2008 M.P CLARA INÉS VARGAS</p> <p>♦T-453/2008 M.P MANUEL CEPEDA E.</p> <p>♦T-587/2008 M.P HUMBERTO SIERRA</p> <p align="center">♦T-587/2008 M.P CLARA INÉS VARGAS H.</p> <p align="center">♦T-1070 /2008 M.P MARCO GERARDO MONROY</p>

**¿ LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA OTORGADA EN VIRTUD DE LA FIGURA DEL RETÉN SOCIAL A FAVOR DE MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS PUEDE CONSIDERARSE DE APLICACIÓN INDISCRIMINADA?**

<b>SI</b>		<b>NO</b>
<p>Por cuanto, aquellos grupos considerados vulnerables son titulares de una estabilidad laboral reforzada y con dicha medida de discriminación positiva se garantizar su derecho a la igualdad.</p>	<p>♦T-1238 /2008 M.P MARCO GERARDO MONROY</p> <p>♦T-1239 /2008 M.P MARCO GERARDO MONROY</p> <p>♦T -089 /2009 M.P HUMBERTO SIERRA</p> <p>M.P CLARA INÉS VARGAS</p> <p>♦T -128/2009 M.P HUMBERTO SIERRA PORTO.</p> <p>♦T -178/2009 M.P CRISTINA PORTO</p>	<p>Por cuanto, dicha población para ser merecedora de una estabilidad laboral reforzada, requiere acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, y haber actuado oportunamente en aras de impetrar la protección aludida.</p>

- ♣ El símbolo indica una sentencia madre dentro de la línea
- ♣ El símbolo indica una sentencia hito dentro de la línea

***PROCEDENCIA DEL RETÉN SOCIAL COMO FIGURA DE DESARROLLO  
CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL AMBITO LABORAL: MADRES Y PADRES  
CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS***



### **3. IMPLICACIONES DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DEL RETÉN SOCIAL.**

La ley 790 de 2002, en virtud de la cual se inicio el Programa de Renovación de la Administración Pública, implicó serios desafíos de protección y desarrollo de principios y derechos constitucionales, en pro de preservar y materializar la dignidad y la igualdad de grupos poblacionales catalogados como vulnerables.

La estabilidad laboral derivada de ésta ley, tuvo como propósito garantizar a aquellos servidores públicos considerados vulnerables por las circunstancias que deben afrontar, una protección especial en aras de efectivizar sus derechos.

En este orden de ideas, las entidades públicas sujetas a este programa, debieron asumir la tarea de respetar e implementar los lineamientos establecidos por ésta preceptiva legal.

No obstante, la claridad de la ley y el fin ultimo que esta perseguía, ciertas entidades bajo presupuestos disgregados y alejados de la realidad fáctica, se apartaron del texto legal, desconociendo la calidad de madres y padres cabeza de familia, personas próximas a pensionarse y personas que padezcan una discapacidad física, mental, visual o auditiva.

En este momento, los trabajadores oficiales del Estado, quienes con las actuaciones de las entidades estatales, resultaron afectados, al no ser incluidos en el denominado retén social, acudieron a la justicia ordinaria, con la finalidad de que valorados los supuestos fácticos y el acervo jurídico, se enmiende su situación laboral.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia comienza a analizar casos particulares y concretos, en los cuales según los accionantes no se dio aplicación a la figura del retén social.

Es entonces, cuando la Corte comienza a desarrollar y desplegar su labor jurídica estableciendo parámetros de interpretación y aplicación jurisprudencial.

No obstante, el desarrollo de la acción de tutela en el nuevo ordenamiento jurídico y su especial avance hacia la preservación de los derechos fundamentales, el máximo tribunal de la justicia ordinaria, limitó sus efectos y se concentró en el carácter formal que éste procedimiento reviste.

En consecuencia, la Corte, precisó omitir tan magnifico instrumento, para lograr materializar los postulados constitucionales y legales y de esta manera, materializar la igualdad real y revestir justicia material.

Es entonces, la posición formalista y apegada a la estructura, lo que impidió a la Corte Suprema de Justicia, ahondar en los profundos cimientos y raigambres del retén social, como una estructura de protección de población vulnerable y de discriminación positiva.

A pesar de que sus pronunciamientos constituyeron, óbices en el progreso de su jurisprudencia, ciertos fallos, en menor medida, pretendieron contener avances positivos, pero el arraigamiento a procesos y formas, permanece incólume.

La labor realizada por éste Tribunal, permitió establecer medidas y orientaciones jurídicas dentro de ésta jurisdicción, medidas que a tenor de las disquisiciones de la Corte, permitirían resolver casos atinentes al retén social sometidos a su conocimiento.

Dentro de este panorama, se desprenden de la jurisprudencia de la Corte, aplicaciones constantes construidas, dentro de su campo de acción, aplicaciones de común y reiterativa viabilidad, a la cual se sujetan los asuntos puestos a su conocimiento.

El Consejo de Estado por su parte, una vez conocidas las acciones impetradas por servidores públicos, quienes consideraban desconocidos sus derechos a efectos de ser incluidos en el retén social, comenzó a efectuar el estudio atinente.

La disertación adelantada por el Consejo de Estado, aparejo ciertas posiciones progresistas y apegadas a la realidad de cada una de los asuntos que conoció.

Entonces, derivó situaciones jurídicas con posiciones favorables a los accionantes, no obstante existieron fallos que restringieron los efectos de la figura del retén social.

Es decir, si bien es cierto que el Tribunal de lo contencioso administrativo, desplegó luces jurídicas y teorías que permitieron la aplicación y el avance de la ley 790 de 2002, también lo es, que su avance pudo ser mayor y más estructurado, punto en el cual aun subsisten visos leguleyos y formalistas.

A pesar de ello, el Consejo de Estado logró significativos avances en su producción jurídica, delimitando presupuestos valiosos instituidos en su jurisprudencia, que contribuyen al conocimiento y al despliegue de su quehacer jurídico.

Por su parte, la Corte Constitucional, en su condición de máximo guardián de la Carta Fundamental, y por ende garante y protector de los derechos y principios que en ella se han consagrado, en múltiples de sus fallos, ha asumido el estudio de la protección especial instituida a través de la ley 790 de 2002, protección que se traduce en una estabilidad laboral reforzada, a favor de tres grupos

poblacionales: madres y padres cabeza de familia, personas próximas a pensionarse y personas que padezcan una discapacidad física, mental, visual o auditiva.

Tal protección, obedece a las condiciones que deben afrontar los padres y madres cabeza de familia, no sólo por el cuidado que deben asumir respecto de sus hijos menores de edad, sino por el hecho de proveer de manera exclusiva los recursos económicos para solventar sus necesidades básicas.

Por ende, la protección que se otorga a los padres y madres cabeza de familia, tiene un propósito adicional, proteger el núcleo familiar del servidor público, y en especial los derechos de los menores de edad que a él pertenezcan.

Pese a lo anterior, en algunos de sus fallos, la Corte Constitucional ha asumido una posición legalista y formal frente a la estabilidad laboral derivada del retén social para padres o madres cabeza de familia, ello por cuanto, supedito la aplicación de tal figura, a la acreditación en tiempo oportuno de todos y cada uno de los requisitos para ser considerados como tales.

La Corte Constitucional es menos exegeta, al momento de reconocer una estabilidad laboral reforzada a las madres cabeza de familia, contrario censu de lo que ocurre con los padres cabeza de familia.

El segundo grupo a favor del cual la ley 790 de 2002, otorgo protección fueron las personas próximas a cumplir con los requisitos exigidos por la ley o por la convención colectiva, para acceder al derecho a pensionarse.

En estos eventos, la discusión se centró en precisar a partir de cuándo debe contabilizarse el término de tres años que prevé la ley, para otorgar una estabilidad laboral, a favor de estas personas. Lo anterior se suscito principalmente, cuando se promulgo el decreto 190 de 2003, y la ley 812 de 2003, que introdujeron un limite a la estabilidad laboral respecto a los prepensionados, limite que fue establecido hasta el 31 de enero de 2004.

Respecto a ello, la postura de la Corte Constitucional como pudo apreciarse en la línea jurisprudencial reseñada en un capitulo anterior, fue constante en reiterar que el término de tres años debe contabilizarse mientras dure el proceso de liquidación de la entidad respectiva, y cesara cuando se expida el último acto que ponga fin a la existencia jurídica de la misma.

La Corte Constitucional precisó, que la discusión respecto a si el servidor público debe acreditar el cumplimiento los requisitos convencionales o legales, debe ser ventilada ante la jurisdicción competente, ya que la misma no puede ser objeto de una acción de tutela.

Igualmente, el máximo Tribunal Constitucional, ha sido enfático en reiterar, que la estabilidad laboral reforzada, frente a padres y madres cabeza de familia, y frente a prepensionados, no puede considerarse ilimitada, pues la hace extensiva hasta la extinción jurídica de la entidad.

Pese a que la ley 790 de 2002, otorgó estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que adolezcan algún tipo de discapacidad, dicha situación no fue objeto del presente estudio, ya que la misma fue abordada en investigación precedente.

### **3.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

La Corte Suprema de Justicia en su quehacer jurídico y frente al estudio de casos en los cuales se aplican los postulados de retén social contenidos en la ley 790 de 2002, respecto a sujetos de especial protección en caso de retiro del servicio; ha forjado una línea de fallos, la cual determina el criterio jurídico empleado por esta Corporación, criterio del cual se derivan postulados de aplicación jurisprudencial en esta jurisdicción.

#### **3.1.1 Subreglas frente a la estabilidad laboral reforzada Corte Suprema de Justicia**

- La Corte Suprema de Justicia no acepta la acción de tutela como medio idóneo, a efectos de obtener reintegro en aplicación del retén social, debido a su carácter residual y subsidiario, pues considera, que para ello se debe acudir a través de las acciones señaladas ante la jurisdicción competente.

- La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que el reintegro no procede cuando hubo lugar a indemnización.

- Según ésta Corporación, la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social, sólo puede concederse durante el proceso liquidatorio de la entidad respectiva y culminará con el último acto que ponga fin a la vida jurídica de la misma.

- La Corte, en virtud del principio de favorabilidad, extiende la aplicación de la estabilidad laboral reforzada en virtud del retén social tanto a servidores públicos provisionales como a servidores públicos titulares de cargos de carrera administrativa.

### **3.2 CONSEJO DE ESTADO**

De los múltiples fallos emanados por el Consejo de Estado, en lo atinente al retén social derivado de la ley 790 de 2002, ésta Corporación ha elaborado una rica jurisprudencia que permite esbozar su posición frente al asunto, disgregando las circunstancias y hechos particulares que bordean cada caso.

### **3.2.1 Subreglas frente a la estabilidad laboral reforzada Consejo de Estado**

- Es dable aplicar retrospectivamente la ley 790 de 2002, en virtud del principio indubio pro operario y de favorabilidad.
- El Consejo de Estado ha manifestado que la ley 790 de 2002, no fue contemplada para los trabajadores retirados con ocasión de la supresión y liquidación, sino para aquellos trabajadores que “ocupaban cargos de las plantas de personal de las entidades de derecho público afectadas con el programa de renovación de la administración pública del orden nacional, en cuanto implicaba supresión de empleos.”<sup>34</sup>
- La estabilidad laboral reforzada derivada del retén social es una medida de carácter temporal, en tanto dure el proceso de liquidación.
- Resulta irrelevante analizar el tipo de vinculación del servidor público, ya que la estabilidad laboral reforzada, introducida por el retén social se predica respecto a determinados grupos considerados vulnerables, sin importar su vinculación.

### **3.3 CORTE CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional, en los casos puestos a su conocimiento donde se abordó la aplicación del retén social, ha asumido posiciones diversas, que varían la línea jurisprudencial que ha elaborado.

#### **3.3.1 Subreglas Jurisprudenciales frente a la protección de madres cabeza de familia.**

- “(...) No se protege en situaciones como la que ahora analiza la Corte a la mujer por ser mujer, ni al hombre por ser tal sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia (artículo 5 de la Carta), y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales”. (Sentencia T-1039 de 2003, MP Alfredo Beltrán Sierra)
- “La situación de las personas que demandan en calidad de madres cabeza de familia o discapacitados dentro de un proceso de reestructuración, corresponde a sujetos constitucionalmente protegidos de manera especial, por lo que el análisis del perjuicio irremediable “no puede ser idéntico dada la especial protección que

---

<sup>34</sup> Radicación No 25000-23-15-000-2005-01681-01(ACU) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Filemon Jiménez Ochoa

se predica de dichos sujetos y la particular vulnerabilidad de los mismos”. (Sentencia T - 964 de 2004, MP Humberto Antonio Sierra Porto)

- “El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad”. (Sentencia SU 385 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria)

- La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. (Sentencia SU 388 de 2005, MP Clara Inés Vargas)

- “En síntesis, puede afirmarse que por expreso mandato constitucional, en los procesos de reforma institucional existe la obligación del Estado de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres cabeza de familia en sus empleos. Lo anterior obliga a las entidades públicas a adoptar medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia, de manera que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por la estabilidad en el empleo de la madre, y por la garantía de que de manera continuada pueda seguir sosteniendo a sus menores hijos o a aquellos personas que dependen económica o afectivamente de ella. (Sentencia T-773 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “La protección que se otorga a las madres cabeza de familia no opera de manera automática pues se exige que la mujer que solicita la salvaguarda de sus derechos, cumpla con los requisitos que han fijado la ley y la jurisprudencia para que se le considere como madre cabeza de familia”. (Sentencia T-773 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “Tratándose de sujetos de especial protección -como ocurre con las madres cabeza de familia- la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el Estado debe dirigirse a garantizar su estabilidad laboral, de tal manera que la indemnización se constituya en la última alternativa. Tal posición se explica pues esta clase de trabajadores pertenece a los grupos sociales más vulnerables, razón

por la cual requieren en algunas circunstancias, de una protección especial privilegiada a través del diseño e implementación de acciones afirmativas en su favor, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política. (Sentencia T-773 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “Incluso en el caso de las madres cabeza de familia, la protección constitucional de la estabilidad laboral tampoco se constituye en una prerrogativa absoluta por ejemplo, cuando haya lugar a la liquidación definitiva de la entidad pública y no sea materialmente posible su reubicación. En este sentido, la protección constitucional a los grupos tradicionalmente marginados y discriminados no puede constituirse en un obstáculo insuperable para llevar a cabo el ejercicio de la competencia constitucional de la administración pública de reformar la administración pública”. (Sentencia T-773 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “ El amparo laboral conferido a las madres cabeza de familia consiste, por un lado, en la obligación que tiene el empleador, durante los procesos de reestructuración, de no desvincular a las personas que hayan acreditado su condición de madre cabeza de familia, y por el otro, en la posibilidad que tiene la trabajadora de invocar su condición especial para que sea reintegrada cuando el empleador incumpla la obligación anteriormente mencionada, de modo que se restablezca una situación injustamente alterada y que ha sido alegada oportunamente por la madre cabeza de hogar “. (Sentencia T-231 de 2006 M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “Si bien las madres cabeza de familia merecen una especial protección que ha sido garantizada por la Constitución y la ley, y que prueba de ello, es la estabilidad que les fue concedida a través del retén social, el amparo que aquel otorga no puede ser temporalmente ilimitado, puesto que como ha considerado en oportunidades anteriores, dicha protección sólo puede extenderse mientras dure el proceso liquidatorio de la entidad respectiva, pero una vez haya culminado, y haya sido extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir”. (Sentencia T -338 de 2008, M.P Clara Inés Vargas Hernández)

### **3.3.2 Subreglas frente a la estabilidad laboral reforzada garantizada a padres cabeza de familia.**

- “La extensión del beneficio contemplado inicialmente en la ley a la madres cabeza de familia (retén social como garantía de estabilidad laboral), hacia los padres que ostenten tal condición; parte del objetivo de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad”. (Sentencia SU 385 de 2005, MP Jaime Araujo Rentería)

- Frente a la extensión de los beneficios conferidos a las madres cabeza de familia, respecto a los hombres que ostenten tal condición, la Corte Constitucional ha previsto ciertas exigencias, que aquellos “ **(i)** reunieren los requisitos para permanecer en la entidad, **(ii)** prueben haber presentado ante TELECOM reclamación de su condición de padres cabeza de familia, **(iii)** demuestren encontrarse en alguna de las circunstancias enunciadas en el título 4 de las consideraciones y fundamentos de este fallo, **(iv)** a la fecha de esta sentencia hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y, **(v)** que sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubiesen sido resueltos desfavorablemente. Quienes así lo deseen, si se encuentran en las condiciones descritas, deben acudir directamente ante el liquidador de TELECOM, para solicitar su reintegro y el pago de acreencias laborales. (Sentencia SU 385 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria)

- “No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio. (i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieren para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.” (Sentencia SU 389 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria)



- “En este contexto se evidencia que las condiciones para que los padres cabeza de familia accedan al retén social están dirigidas a salvaguardar los derechos e intereses de aquellas personas que en su condición de debilidad manifiesta, ya sean los menores o las personas incapacitadas para trabajar, tienen como único apoyo económico y emocional al hombre responsable del hogar. Esto quiere decir que, a la hora de examinar los requisitos para constituirse como padre cabeza de familia, los mismos deben ser observados en función de las personas sobre las cuales se pretende hacer efectivo el beneficio, y no se debe hacer una valoración en abstracto del comportamiento del padre de familia, ni del cumplimiento de obligaciones que pueda tener con terceros que, a pesar de tener algún vínculo familiar o afectivo con el hombre cabeza de hogar, no se encuentran dentro del grupo familiar que la ley busca proteger especialmente.” (Sentencia T-971 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil)

### **3.3.3 Subreglas frente a la protección especial otorgada por el Retén social frente a trabajadores próximos a pensionarse.**

- “La Sala entiende que la extensión del retén social establecido por la Ley 812 de 2003 hace inaplicable el término señalado por la Ley 790 de 2002 en lo que se refiere a la fecha inicial. El lapso dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a la pensión como condición para ser cobijada por la protección del retén social fue determinado como un régimen de transición de tres años en los que se protegerían los derechos en vía de adquisición.” (Sentencia T-993 de 2007 MP Manuel José Cepeda Espinoza)

- “Frente a los funcionarios próximos a pensionarse, los tres años a partir de los cuales una persona adquiere dicha calidad deben contabilizarse a partir de la reestructuración efectiva de la correspondiente entidad de la administración pública, en virtud de la Ley 812 de 2003, y no desde la entrada en vigencia de la ley 790 de 2002”. (Sentencia T-993 de 2007 MP Manuel José Cepeda Espinoza).

- “El concepto de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse de acuerdo con el término de liquidación de las empresas objeto del Programa de renovación de la administración pública, es decir, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica. La proximidad en la consolidación del derecho a obtener pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso concreto de acuerdo con criterios de razonabilidad, con el objeto de aplicar esta protección a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho”. (Sentencia T-1045 de 2007 M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “El artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó, a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada

la proximidad de la adquisición del derecho. Así, mediante el artículo citado, el legislador garantizó la preservación de un derecho en vías de adquisición, no de una mera expectativa, pues las personas que en menos de tres años adquirirían el derecho a pensionarse configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas”. (Sentencias T-009 de 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra)

- En aplicación del Principio pro homine se debe adoptar la decisión que más se ajuste a la garantía de los derechos fundamentales.

- “La protección que otorga a los “prepensionados” el “retén social” se extiende hasta que se reconozca la pensión o se de la liquidación definitiva de la entidad, lo primero que ocurra, pero que no puede interpretarse que la existencia de éste impida la liquidación definitiva de la entidad”. (Sentencia T-1166 de 2008 M.P Jaime Araujo Renteria)

- “La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución Política confiere una protección especial a las personas que ven cerca la adquisición del derecho a pensionarse y ha señalado que la ley puede establecer mecanismos de protección de esa expectativa legítima frente a posibles cambios de regulación o de régimen jurídico”. (Sentencia 1238 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra)

- “Los mecanismos de protección de las expectativas legítimas de adquisición de derechos sociales se fundan en el reconocimiento de la calidad de los aspirantes. En efecto, estos mecanismos protegen las esperanzas de personas que ingresaron a trabajar con anticipación considerable, que han cotizado al sistema por lo menos la mitad de su vida laboral y han cifrado parte de su futuro en un retiro próximo, con el anhelo de disfrutar del mismo hasta una edad probable promedio. No son, pues, las expectativas lejanas de quienes apenas se vinculan al mercado laboral, empiezan a cotizar al régimen de pensiones o guardan energías para diseñar su retiro en un futuro incierto”. (Sentencia 1238 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra)

- “Aunque en este punto es evidente que es al legislador al que le corresponde determinar quiénes están más cerca o más lejos de adquirir el derecho a la pensión, también lo es que, una vez se establece la diferencia, los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad imponen un tratamiento más benigno para quienes más cerca están de pensionarse. (Sentencia 1238 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra)

- Las controversias que se susciten en torno al régimen legal aplicable para efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión deben ventilarse ante la jurisdicción competente.

### **3.3.4 Subreglas Jurisprudenciales frente a la discriminación introducida por el decreto 190 de 2003 y la ley 812 de 2003, respecto a discapacitados y madres y padres cabeza de familia.**

- “Con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”. (Sentencia C-991 de 2004, MP Marco Gerardo Monroy Cabra)

- “Se ha demostrado que en estos eventos existe perjuicio irremediable, pues con la aplicación del Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, las madres cabeza de familias como beneficiarias del retén social pierden el empleo “del que derivan su único sustento”, con lo que queda desprotegido su núcleo familiar y en particular se ven afectados los derechos fundamentales de sus hijos menores” .(Sentencia SU 385 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria)

- “ La norma prevista en la Ley 812 de 2003 creó una desigualdad en favor de un grupo especial de personas que se encuentran próximas a pensionarse, en detrimento de dos grupos claramente discriminados y protegidos por la Constitución, como lo son las madres cabeza de familia y los discapacitados”. (Sentencia T- 792 de 2004, M.P Dr: Jaime Araujo Renteria)

### **3.3.5 Subreglas jurisprudenciales frente a la procedencia excepcional de la Acción de Tutela para efectivizar el derecho a una estabilidad laboral reforzada.**

- “Cuando se está frente a la vulneración flagrante de un derecho fundamental por una norma jurídica y se hace necesario otorgar una protección de manera inmediata, el juez de tutela se encuentra excepcionalmente facultado para ordenar su inaplicación, sin que ello signifique que se desconozca la competencia atribuida a los órganos judiciales para decidir definitivamente y con efectos erga omnes sobre su constitucionalidad o ilegalidad”. (Sentencia T - 964 de 2004, MP Humberto Antonio Sierra Porto)

- “El trabajador retirado de una empresa no recibió el pago de la indemnización se considerará que existe un perjuicio irremediable que hace viable la acción de tutela.” (Sentencia T-876 de 2004 M.P Dr Alfredo Beltrán Sierra)

- “En tratándose de sujetos de especial protección, como las madres cabeza de familia, el derecho a la estabilidad reforzada es susceptible de protección mediante tutela en procesos de reestructuración del Estado, precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales”. (Sentencia SU 388 de 2005, MP Clara Inés Vargas)

- “La mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia consiste en ordenar su reintegro y dejar sin efecto las indemnizaciones reconocidas. De hecho, el pago de la indemnización debe ser concebida como la última alternativa para reparar el daño derivado de la liquidación de la empresa, por cuanto corresponde al derecho en cabeza de todos los servidores públicos y no sólo de los sujetos de especial protección.” (Sentencia SU 388 de 2005, MP Clara Inés Vargas)

- “La acción de tutela resulta procedente para proteger los derechos de aquellas madres cabeza de familia que se ven afectadas con la actuación de una entidad pública que se encuentra en un proceso de reforma institucional. Sin embargo, la tarea del juez de tutela no se restringe a adelantar una verificación formal de los requisitos legales de la condición de madre cabeza de familia; sino que se le exige además, evaluar si la administración fue diligente y buscó causar el menor impacto sobre los derechos constitucionales de los trabajadores, particularmente de aquéllos que son sujetos de especial protección”. (Sentencia T-773 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil)

- “El juez constitucional debe realizar un estudio de la idoneidad de los mecanismos institucionales adoptados por la entidad, con el fin de garantizar simultáneamente el respeto por los principios de interés general y de eficiencia que debe comportar un proceso de reestructuración, pero también el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las madres y de su núcleo familiar dependiente. Adicionalmente, surge la necesidad de que el juez revise, en las particulares circunstancias del caso concreto, si las condiciones personales del peticionario ameritan su protección por vía de tutela, con el fin de evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.” (Sentencia T-773 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil)

### **3.3.6 Subreglas jurisprudenciales frente a la improcedencia de la Acción de Tutela para efectivizar la estabilidad laboral reforzada introducida por la Ley 790 de 2002.**

- “ La Acción de tutela no es la vía idónea para analizar la constitucionalidad de las disposiciones que pusieron un límite temporal a la protección inicialmente pactada”

(Sentencia T-876 de 2004 M.P Dr Alfredo Beltrán Sierra)

### **3.3.7 Subreglas Jurisprudenciales frente a las consecuencias de haber percibido una indemnización dentro de un proceso de liquidación o reestructuración de una entidad pública**

- Es valido decretar el reintegro con la consecuente posibilidad de que el beneficiado devolviera a la entidad lo recibido por concepto de indemnización en caso de que quedasen saldos a favor de la empresa”. (Sentencia SU 385 de 2005, MP Jaime Araujo Renteria)

- “Para cumplir con el requisito señalado por la Corte Constitucional no basta que se haya interpuesto acción de tutela con cualquier tipo de pretensión, sino que ésta ha debido estar dirigida a atacar la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo, ya que si el empleado recibió la correspondiente indemnización por parte de Telecom en liquidación, sin realizar ningún tipo de reclamo judicial, se entiende que la misma llenó sus expectativas y que, por lo mismo, no estima vulnerados sus derechos fundamentales con tal decisión. “ (Sentencia T-646 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil).

#### 4. CONCLUSIONES

La estabilidad laboral reforzada ha sido abordada como una herramienta fundamental e imprescindible, al momento de amparar judicialmente los derechos constitucionales y legales de los servidores públicos – madres/padres cabeza de familia y prepensionados- que han padecido separación de sus cargos.

Tal figura jurídica, ha contribuido a dignificar y a equiparar las cargas en la relación laboral, que existe entre el Estado y los trabajadores oficiales, y en la relación legal y reglamentaria, que existe entre aquel y los empleados públicos, ampliando y complementando los deberes y derechos que entrañan el vínculo laboral.

Así pues, es a través del derecho a la estabilidad reforzada, como los grupos tradicionalmente catalogados en situación de vulnerabilidad, han merecido una especial protección y salvaguarda de sus derechos.

En Colombia, la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social es de desarrollo jurisprudencial; constituyéndose en su propulsor el Tribunal Constitucional Colombiano, quien vislumbró la necesidad de aplicar y hacer efectivos los postulados de la Carta a través de éste medio; sin desconocer la labor efectuada por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La figura en mención, es una extensión y derivación del entramado constitucional; emana de derechos catalogados como fundamentales, ya sean de carácter individual (igualdad, dignidad humana) o social (trabajo, seguridad social, la familia), aunque cobra independencia y concreción práctica al punto de poder ser catalogada como un derecho constitucional.

En este contexto, tal estabilidad puede ser tratada como un derecho constitucional, pues encuentra sustento en el principio rector y derecho fundamental a la igualdad; presentando tres elementos característicos: a) un titular, b) un destinatario y c) un objeto; siendo el titular el servidor público, padre/madre cabeza de familia o prepensionado; el destinatario la administración pública, y el objeto, la protección especial derivada de la calidad que aquellos ostentan.

Así mismo, la estabilidad laboral reforzada para este grupo poblacional, deviene en un derecho constitucional, per se, es decir, por sí mismo; pues su procedencia y desarrollo se derivan de la Constitución.

Si bien este derecho ha sido desarrollado en la historia reciente de la jurisprudencia constitucional Colombiana, el impacto que ha merecido es grande, y

la concreción que de la igualdad material y no meramente formal - aplicando la diferenciación positiva-, se ha logrado, ha propiciado la progresión de derechos en un colectivo tradicionalmente discriminado.

Es entonces como el desarrollo jurisprudencial y legal de la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social, ha trasmutado las esferas públicas de la sociedad colombiana, logrando focos de avance en la materialización del articulado constitucional; permitiendo elevar su connotación y desarrollo a una envergadura superior, que logre y trascienda los enfoques y parámetros al momento de administrar y desarrollar la gestión pública.

## **RECOMENDACIONES**

La estabilidad laboral reforzada derivada del retén social ha permitido flexibilizar y crear un campo de aplicación no sólo de derechos fundamentales, sino también colectivos y sociales, ampliando el panorama constitucional y legislativo en el país.

La jurisprudencia emanada de las Altas Cortes ha constituido sin duda alguna un precedente de aplicación judicial en el país, permitiendo fundar reglas dentro que deberán ser aplicadas en casos particulares y concretos, frente a grupos considerados vulnerables.

La encomiosa labor de las Cortes Colombianas, ha permitido fundar un precedente, que debe ser atendido por los operadores jurídicos al momento de resolver casos similares, con la finalidad de efectivizar los derechos constitucionales.

Así pues, se recomienda no sólo a los jueces sino también a las diferentes esferas públicas con vinculación directa en procesos de renovación de administración pública el acatamiento de las normas constitucionales y legales y de los fallos jurisprudenciales que han dado lugar a esta construcción constitucional, legal y judicial.



## BIBLIOGRAFIA

1. Constitución Política de Colombia. Legis. Novena Edición.2002
2. < [http:// www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/)>
3. < [http:// www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co) >
4. < [http:// www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co) >
- 5.<[http://www.ramajudicial.gov.co/cs\\_j\\_portal/jsp/frames/index.jsp?iidsitio=6&ruta=../Jurisprudencia/consulta.jsp](http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/jsp/frames/index.jsp?iidsitio=6&ruta=../Jurisprudencia/consulta.jsp)>
6. < [http:// www.secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co)>
7. < [http:// www.dafp.gov.co](http://www.dafp.gov.co)>