

RETÉN SOCIAL

APLICACIÓN DEL RETÉN SOCIAL A TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO
COMO GARANTÍA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

ISABEL CASTILLA URIBE

ANA CRISTINA PALACIO GARCÍA

Monografía realizada para optar por el título de abogado

Asesor: JOSÉ GABRIEL RESTREPO

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

COLOMBIA

2017

Contenido

OBJETIVO GENERAL.....	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO 1: PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL.....	7
¿Qué es?.....	7
Estabilidad Relativa	10
Estabilidad Reforzada	12
Fuero de maternidad	13
Derecho de Asociación	17
Fuero Circunstancial.....	20
Fuero de protección de empleados en estado de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud	21
Estabilidad laboral reforzada por despido masivo	24
Fuero por antigüedad	25
Fuero de protección a las víctimas de acoso laboral	26
CAPITULO 2: EL RETÉN SOCIAL.....	30
¿Qué es?.....	30
SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN	31
MADRE/PADRE CABEZA DE FAMILIA SIN ALTERNATIVA ECONÓMICA	31
PADRE CABEZA DE FAMILIA	34
PERSONA CON LIMITACIÓN FÍSICA, MENTAL, VISUAL O AUDITIVA.....	36
PREPENSIONADO.....	39
PROCESO DE ACREDITACIÓN DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA.....	41
ÁMBITO DE APLICACIÓN	43
¿ESTABILIDAD REFORZADA ABSOLUTA?.....	47
APLICACIÓN EN PROCESOS DE LIQUIDACIÓN Y DE RENOVACIÓN DE ENTIDADES.....	48
TEMPORALIDAD, ¿TIENEN ALGÚN LIMITE EN EL TIEMPO?.....	49
¿POR QUÉ PUEDE ACCEDERSE POR MEDIO DE TUTELA A SU PROTECCIÓN?..	51
¿CÚAL HA SIDO EL SENTIDO DE LOS FALLOS DE LAS ALTAS CORTES EN MATERIA DE RETÉN SOCIAL?.....	52
Corte Constitucional:	52

Corte Suprema de Justicia.....	55
Consejo De Estado	59
CAPITULO 3: APLICACIÓN DEL RETÉN SOCIAL A EMPLEADOS DEL SECTOR PRIVADO.	65
CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	81

OBJETIVO GENERAL

- Analizar el concepto de retén social para establecer la posibilidad de aplicar sus disposiciones tanto a servidores públicos como a trabajadores del sector privado.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer el concepto constitucional del principio de estabilidad.
- Determinar el ámbito subjetivo de aplicación del Reten Social.
- Definir cada categoría de los sujetos a quienes les aplica el Retén Social.
- Analizar jurisprudencialmente el retén social.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad establecer a partir de la construcción de un marco conceptual del retén social, si subsiste o no la posibilidad de aplicar dicha figura a todos los trabajadores indiferentemente de la naturaleza del empleador. Para esto es necesario en primera instancia, delimitar el principio de estabilidad en sus dos acepciones, relativa y reforzada, así como un recuento de las demás modalidades de estabilidad reforzada de las cuales se pueden ver beneficiados los trabajadores en situaciones especiales en Colombia.

Por medio del análisis jurisprudencial, la verificación de la normativa internacional en materia de estabilidad laboral y sujetos de especial protección, así como la lectura sistemática de los principios constitucionales se pretende lograr la finalidad del presente.

Este estudio resulta de vital importancia para abrir camino ante la posibilidad de interpretar esta figura de manera amplia, sin diferenciar entre servidores públicos y trabajadores privados, pretendiendo un mayor grupo de beneficiarios de la misma, gestando en el sistema normativo colombiano un mayor grado de protección a las personas que en razón de su situación particular, así lo requieren.

Con tal propósito, este trabajo se divide en tres capítulos, mediante los cuales se podrá llegar a un conocimiento más amplio de la figura, y de manera recopilatoria se podrá entender cuál ha sido la línea jurisprudencial hasta la fecha en materia de estabilidad laboral reforzada.

En el capítulo uno, acerca del principio de estabilidad se partirá de la premisa que todo empleado sea del sector público o privado tiene un fuero de protección basado en el principio de estabilidad contenido en el artículo 53 constitucional. Esta estabilidad La estabilidad laboral es el derecho del trabajador de conservar su puesto de trabajo, bajo el entendido que, para poder despedir a su trabajador, un

empleador debe basarse en una justa causal de despido o indemnizar a este conforme a la ley, en caso de no subsistir alguna. Así, según las necesidades los trabajadores pueden tener una estabilidad relativa o reforzada.

Sin embargo, en tanto el ordenamiento jurídico colombiano reconoce que hay personas que, acorde a sus circunstancias especiales, no se encuentran en situación de igualdad conforme a otros trabajadores, exhorta la necesidad de proteger a los mismos de una manera más intensa, con el fin de garantizar los derechos fundamentales y prestacionales que se derivan de la relación laboral.

De esta forma, como modalidad del principio de estabilidad laboral, se encuentra la estabilidad laboral reforzada, dividida en 7 categorías que atienden a grupos de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, tales como: las mujeres en estado de embarazo y periodo de lactancia; las personas en situación de discapacidad y los enfermos; los trabajadores sindicalizados y aquellos que han ejercido su derecho a la negociación colectiva; los trabajadores víctimas de acoso laboral; los trabajadores antiguos; los trabajadores víctimas de un despido masivo y por último los trabajadores beneficiarios del retén social.

En el capítulo dos, acerca del retén social se mostrará como de manera excluyente, el retén social como modalidad de estabilidad laboral reforzada, fue concebida para su aplicación frente a un determinado grupo de personas, estas fueron, trabajadores de entidades del sector público central que se encontrasen en el Proceso de Renovación de la Administración Pública (Artículo 12 Ley 790 de 2002) que a su vez, fuesen madres cabeza de familia sin opción económica, personas que estuviesen a tres años de pensionarse y personas con limitación visual o auditiva, física o mental. Denotando la variación del concepto a través del tiempo y su apertura de aplicación ante las dinámicas sociales y las obligaciones derivadas de la concepción de Colombia como Estado Social de Derecho.

En el capítulo tercero se pretende establecer las condiciones por las cuales la aplicación de esta figura puede darse de manera indistinta entre trabajadores del

sector público y privado, en los supuestos de liquidación y reestructuración de entidades o empresas públicas, privadas o mixtas.

Para finalizar se expondrán las conclusiones a las que se llegaron luego del proceso investigativo y de construcción conceptual.

CAPITULO 1: PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL

¿Qué es?

El principio de estabilidad se refiere a la garantía constitucional que tiene todo trabajador para permanecer en el empleo mientras subsistan las causas que dieron origen a su contratación, siempre y cuando no se presente una justa causa de terminación del contrato. De lo contrario, podrá haber lugar a dos situaciones, por un lado, el pago de indemnización por despido sin justa causa y en otras ocasiones específicas la ineficacia del mismo.

El principio de estabilidad se ha definido por diferentes autores, así:

El autor Horacio H. De la Fuente¹ considera que es el derecho que garantiza al trabajador la conservación de su empleo. Así, Fernando Suarez González² establece que la estabilidad laboral es la garantía para el trabajador de que su contrato no puede darse por terminado por la simple voluntad de su empresario.

El profesor Mozart Víctor Russomano³ consigna que la estabilidad laboral es el derecho del trabajador a permanecer en el empleo, incluso contra la voluntad del empresario, mientras no exista causa relevante que justifique su despido. Dentro de ese concepto y en la medida exacta del término, toda estabilidad o es absoluta o no es estabilidad.

El doctrinante Hugo Italo Morales⁴ define la estabilidad laboral como el derecho que se concede a los asalariados, el cual se traduce en la conservación del empleo, siempre que subsistan las condiciones iniciales en que se produjo la prestación del servicio y se cumplan las obligaciones adquiridas en el contrato.

¹ DE LA FUENTE, Horacio H. Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. Argentina: Zavallía, 1976. p.19.

² SUAREZ, Fernando. Tendencias del Derecho del Trabajo en cuanto a la garantía del empleo. En: Derecho Laboral 145. 1967.

³ RUSSOMANO, Mozart Víctor. La estabilidad del trabajador en las empresas. México. 1981.

⁴ MORALES, Hugo Italo. La estabilidad en el empleo. México: Trillas, 1987. p.17.

De otro lado, Rolando Murgas Torrazza⁵ cree que la estabilidad en sentido estricto supone el derecho del trabajador a conservar el empleo mientras no incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones, ni surjan circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o incapacidad técnica o económica que impongan la extinción de la relación de trabajo. Es así como la estabilidad excluye la posibilidad del despido libre, arbitrario, no causal o ad nutum.

El jurista Ricardo Henríquez La Roche⁶ considera que la doctrina distingue entre estabilidad relativa o impropia y estabilidad absoluta o inamovilidad laboral. La ley sustantiva diferencia, con precisión semántica, entre la estabilidad y la inamovilidad. Esta es un derecho a permanecer en el trabajo, en la localidad y en las condiciones que se viene prestando. La estabilidad, en cambio, no es propiamente un derecho que se tiene frente al patrono; es más bien una derivación del derecho y del deber al trabajo. Es decir, en esta expresión se patentizan dos aspectos esenciales: primero, la estabilidad en el trabajo es relativa, acarrea sólo una sanción pecuniaria; segundo, la garantía constitucional del derecho al trabajo oponible al patrono actual está condicionada por esa relatividad.

El catedrático Alfonso Guzmán⁷, sobre la conceptualización de la estabilidad laboral señala que consiste en una garantía contra la privación injustificada del empleo. Es un derecho no patrimonial, análogo al derecho de pertenencia a una persona jurídica; aquel igual que éste, asegura al trabajador el poder de permanecer en la empresa. Desde este punto de vista el derecho a la estabilidad se concibe de una mayor amplitud que el derecho al cargo que concretamente se ocupa en un momento dado.

⁵ MURGAS TORRAZZA, Rolando La extinción de la relación laboral. Lima: AELE, 1987. p.188.

⁶ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Nuevo Proceso Laboral Venezolano. 2 ed. Venezuela: LIBER, 2004. p. 557.

⁷ GUZMÁN, Alfonso. Nueva Didáctica del derecho del trabajo. 2 ed. Caracas, 2001. p. 305.

Mario Pasco Cosmopolis⁸ señala que la estabilidad laboral es la garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legal para su extinción.

En la opinión de Mario L. Deveali⁹ la estabilidad laboral es el derecho del empleado a conservar su puesto durante toda su vida laboral (o sea, en el caso que existan jubilaciones o pensiones para vejez o incapacidad, hasta cuando adquiera el derecho a la jubilación o pensión), no pudiendo ser declarado cesante antes de ese momento, sino por algunas causas taxativamente determinadas.

Augusto Conti¹⁰ afirma que el principio de estabilidad tiene dos expresiones: la primera se endereza, entonces, a mantener la vigencia del contrato mientras el trabajador cumpla con sus responsabilidades o no se presente un comportamiento patronal que precipite su ruptura. La segunda expresión se dirige a lograr que la legislación existente en el momento en que nace el contrato lo regule durante toda su vigencia.

Como se desprende de lo dicho hasta ahora, las principales manifestaciones del principio de estabilidad son la prohibición de despido para ciertos casos, el mandato de mantener el contrato en el evento de la sustitución patronal o cuando el trabajador es llamado a las filas y la obligación de reintegro cuando el despido compromete derechos fundamentales.

La Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que el principio de estabilidad indica la certidumbre que debe asistir al trabajador en el sentido que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en el trabajo, que no significa que el trabajador sea

⁸ COSMOPOLIS, Mario Pasco. Estabilidad en el empleo y contratación precaria. Murcia, Universidad de Murcia, 1989. p. 41.

⁹ DEVEALI, Mario L. Lineamientos del derecho al trabajo. Argentina: TIPOGRAFICA EDITORA ARGENTINA, 1956. p.315.

¹⁰ CONTI, Augusto. Manual de Derecho Laboral: los principios del derecho del trabajo y su dimensión democrática. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 48-51.

inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo o la previsión de sanciones estrictas, incluida la separación o destitución del trabajador, para aquellos eventos en los cuales se comprueba su inoperancia, su banalidad o su bajo rendimiento¹¹.

En últimas, el principio de estabilidad se refiere a “la garantía que tiene el trabajador de no ser despedido salvo por justa causa comprobada”¹².

En la Sentencia C-470 de 1997¹³ la Corte ha venido sosteniendo que

La estabilidad laboral es una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts. 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.¹⁴

Este principio se manifiesta en dos categorías:

Estabilidad Relativa

Es la garantía de la cual goza todo empleado por el solo hecho de serlo. Este tipo de protección es de una intensidad leve, mediante la cual se busca que el empleador

¹¹ Citado por: BARONA BETANCOURT, Ricardo. Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano, Revista Criterio Jurídico garantista Año 2-Numero 2-Enero-Junio-2010. Bogotá, Colombia. Editado por la Facultad de Derecho Autónoma de Colombia, 2010. p. 254.

¹² PINEDO, J. M. El Principio de Estabilidad Laboral en los Pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005. Bogotá D.C: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2006.

¹³ Con anterioridad se hizo referencia a este principio en la Sentencia C-710 de 1996, Sentencia T-179/93, T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero

mantenga unos mínimos frente a las condiciones del trabajo desde el momento en que efectivamente se vincula como durante la realización del vínculo laboral. De esta forma, con el principio de estabilidad se pretende que el empleado tenga una mediana certidumbre acerca de cuánto va a durar el contrato, cuanto será su remuneración, donde debe prestar el servicio, que funciones debe cumplir y en qué condiciones debe hacerlo.

Del principio de estabilidad relativa se deriva entonces que siempre que se varíen las condiciones sustanciales del contrato (tipo de contrato, funciones y salario) deba contarse con la aprobación del empleado, negándose así la posibilidad de modificarlas unilateralmente por parte del empleador.

Además, esta se manifiesta en relación al despido, bajo el entendido que deberá indemnizarse al empleado siempre que no subsista una justa causa de despido a la hora de finalizar la relación laboral de manera unilateral por parte del empleador. Consagra la Corte Constitucional que "(...) Se habla de estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de indemnización (...)" ¹⁵.

En tanto la estabilidad relativa la tiene todo empleado por el hecho de serlo y su fundamento es constitucional, no escapan de su órbita de aplicación los empleados públicos, sobre los que siempre se ha presentado esa incógnita frente a la aplicación del principio de estabilidad relativa, especialmente se ha discutido con relación a los empleados nombrados en provisionalidad. Frente a estos, subsiste siempre la necesidad de motivar el acto administrativo que los releva de su cargo, en aplicación del principio de estabilidad, al debido proceso y a la publicidad¹⁶.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Estabilidad Reforzada

La estabilidad laboral reforzada es la representación constitucional que genera en cabeza del empleador la carga procesal sobreviniente del principio de solidaridad, de continuar el vínculo laboral de manera independiente al tipo de contrato, hasta tanto no obtenga permiso del Inspector del Trabajo para dar por terminado o hacer efectiva la culminación del contrato¹⁷.

“(…) Se habla de estabilidad laboral absoluta (reforzada) cuando se niega al patrono la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada (…)”¹⁸.

La estabilidad laboral reforzada es la representación constitucional derivada de un fuero, que genera en cabeza del empleador la carga procesal sobreviniente del principio de solidaridad, de continuar el vínculo laboral de manera independiente al tipo de contrato, hasta tanto exista una causal legal y obtenga el permiso del Inspector del Trabajo para dar por terminado o hacer efectiva la culminación del contrato de trabajo¹⁹.

Son sujeto de protección especial a través de la estabilidad laboral reforzada:

1. Las mujeres en estado de embarazo y periodo de lactancia.
2. Las personas en situación de discapacidad y los enfermos.
3. Trabajadores sindicalizados y aquellos que han ejercido su derecho a la negociación colectiva.
4. Trabajadores víctimas de acoso laboral.
5. Los trabajadores antiguos.

¹⁷ MENDEZ, Juan David. La Estabilidad Laboral Reforzada desde la Protección de la Salud, Un desarrollo Constitucional. En Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa. Medellín: BIBLIOTECA JURÍDICA DIQUE. p. 145-146.

¹⁸Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ MENDEZ, Juan David. La Estabilidad Laboral Reforzada desde la Protección de la Salud, Un desarrollo Constitucional. En Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa. Medellín: BIBLIOTECA JURÍDICA DIQUE. p. 145-146.

6. Los trabajadores víctimas de un despido masivo.
7. Beneficiarios del retén social.

Fuero de maternidad

Este fuero, que tiene respaldo tanto constitucional como legal, parte del supuesto que ninguna mujer puede ser despedida de su trabajo en razón a la maternidad, esto es, el término concebido entre el periodo de gestación y el período de la licencia de maternidad, el cual asciende a 18 semanas a partir del parto o del momento en que lo indique el médico tratante.

La licencia de maternidad se tenía por un periodo de 14 semanas, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1822 de 2017, el 4 de enero del mismo año. Dicha ley modificó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo la prohibición de despido en los siguientes términos:

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.
2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

En materia de maternidad, las altas cortes se han encargado de precisar este fuero y la construcción jurisprudencial ha sido muy activa en los últimos años, al punto, que ha instado cambios sustanciales en la interpretación de la ley.

Sin embargo, las posiciones entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional varían, en tanto la segunda suele ser más proteccionista en sus fallos que la primera.

Para la Corte Constitucional, el incumplimiento de la autorización para despedir a una mujer en embarazo por parte del Inspector del Trabajo, no solo debe implicar un resarcimiento económico, como lo establece la ley, en tanto la mejor forma de proteger a la mujer que ha sido despedida injustificadamente en razón de su embarazo o lactancia es retornándola a su empleo manteniendo sus condiciones laborales. Es decir, siempre es el reintegro la opción adecuada y que más protege a la mujer²⁰.

En lo referente al periodo de protección que abarca el fuero de maternidad la Corte Constitucional²¹ por su parte, ha tenido fallos donde establece que, el periodo de protección a la madre debe cubrir los primeros 6 meses después del parto, es decir, el primer trimestre referido a la licencia de maternidad, como el segundo trimestre entendido como el periodo de lactancia. Consecuente con esto, el juez de tutela puede, ante el despido de una mujer finalizada su licencia de maternidad (18 semanas), demostrando la madre la relación entre el despido y su estado, ordenar el reintegro de la misma, siempre que no se haya terminado el periodo de lactancia.

Conforme a lo anterior, La Corte Suprema de Justicia²² sostiene que la presunción de despido se da dentro del embarazo y los tres meses posteriores al parto, lo que no debe extenderse hasta seis meses después del mismo, que es lo que constituye el periodo de lactancia. Aunque reconoce que, durante este tiempo, no deberá ser la mujer despedida en razón de su maternidad, de serlo, deberá ella probar que el despido obedece a su estado, en tanto para este tiempo ya no opera la presunción de ley.

Respecto al conocimiento por parte del empleador del estado de embarazo, conforme este conozca del hecho deberá mantener a la empleada en tanto ella está

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-559 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Sentencia en el asunto de radicación 17193 del 10 de julio de 2002, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

protegida por el fuero de maternidad. En caso de no conocer el estado de embarazo, la Corte Constitucional estableció

Sobre el conocimiento del embarazo por parte del empleador, se precisó que “no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de protección [...] Por otra parte, la falta de conocimiento, “dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”²³.

La Corte Suprema de Justicia frente al conocimiento del embarazo por el empleador argumentó que “La protección a la maternidad, a menos que se trate de un hecho notorio (...) inicia desde la noticia del estado de gravidez, de modo que no es posible entender que la decisión de despido comunicada por la empresa a la trabajadora antes de conocer la mencionada situación, le otorgue jurídicamente el fuero materno, porque mientras que el empleador no se encuentre enterado, no es factible presumir que la decisión obedeció al embarazo”²⁴.

En Sentencia T-353 de 2016 la Corte ha señalado que

Cuando sea fácticamente imposible la protección reforzada de la mujer embarazada mediante el reintegro o la renovación, porque han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral, corresponde al juez constitucional aplicar medidas de protección sustitutivas como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, la licencia de maternidad, y el pago de los salarios dejados de cancelar desde el momento en que dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto y además, que se realicen las cotizaciones correspondiente al Sistema de Salud, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.²⁵

En relación con el fuero de maternidad en contratos cuya naturaleza es la finalización conforme al plazo preestablecido, la Corte Suprema de Justicia estableció que para “Garantizar la vigencia del contrato de trabajo a término fijo

²³ Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 19 de octubre de 2011, Radicación: 41075. M.P. Carlos Molina Monsalve

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-353 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

durante el periodo de embarazo y por el término de la licencia de maternidad que se determine en la situación concreta, vencido dicho periodo, si la intención no es prorrogar el contrato, fenecerá la vinculación sin ninguna formalidad adicional, siempre que en este último caso se haya dado el preaviso establecido en la Ley antes del vencimiento del plazo fijo pactado inicialmente”²⁶.

La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a los beneficiarios de dicho fuero y en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional profirió que

Dicho fuero se aplica independientemente de la naturaleza del empleador, y que aun cuando la desvinculación de la trabajadora no obedezca a su condición de embarazada, ni tampoco sea producto de un acto arbitrario o discriminatorio, ello no ha sido impedimento para otorgar como medida de protección supletoria el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, correspondientes al período de gestación posterior a la terminación del vínculo laboral, pues con ello se busca que el sistema le garantice a la madre gestante el reconocimiento y disfrute efectivo de la prestación económica derivada de la maternidad²⁷.

Se aplica independientemente de la naturaleza del empleador, es decir, opera tanto en el sector público como privado, y en lo referente al primero, también resulta indiferente el tipo de nombramiento: i) provisionalidad, ii) propiedad, iii) libre nombramiento y remoción; no obstante, debe recalarse, no toda vinculación laboral, tratándose de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, es inquebrantable, esto es, la protección no opera de forma absoluta en todos los eventos, por cuanto debe atenderse el contexto en que se presenta la presunta vulneración que da lugar a la petición de amparo²⁸.

Adicionalmente, a partir del fallo de constitucionalidad, en Sentencia C-005/17, mediante el cual la Corte amplió el fuero de maternidad al trabajador que tenga la

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 26 de octubre de 2016, Radicación 45060. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 25 de enero de 2017, M.P. Luis Gabriel Miranda Buevas.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 9 de noviembre de 2016, Radicación 65599. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

condición de cónyuge o compañero permanente de la mujer en embarazo o periodo de lactancia, que se beneficie de aquel, en los siguientes términos

En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la). Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas²⁹.

Se deberá entender que, a partir del 2017, el empleador deberá tener conciencia no solo de sus empleadas directamente beneficiarias del fuero, sino de aquellos trabajadores cuyas parejas estén en estado de gravidez y posterior lactancia, para verificar las condiciones procedimentales del despido.

Derecho de Asociación

El llamado fuero sindical, es como se denomina a la garantía que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo, trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin que subsista justa causa y esta sea previamente calificada por el Juez de trabajo (art. 405 CST).

La Corte Constitucional acerca de este tema ha establecido que es una garantía constitucional estrechamente ligada con la protección al ejercicio del derecho de asociación sindical, que tiene como finalidad procurar que los sindicatos, mediante

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 005 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

representantes, puedan ejercer la función para la cual fueron constituidos, esto es, la defensa de los intereses económicos y sociales de sus afiliados. Esta protección va dirigida al amparo del grupo organizado, mediante la estabilidad de las directivas, lo cual redundará en la permanencia de la organización.

Como quiera que el representante está instituido para ejecutar la voluntad colectiva, finalmente indica la alta corporación, que esta garantía implica la intervención obligatoria del Juez para evaluar la justa causa que se invoca por el empleador a efectos de despedir, desmejorar o trasladar a un trabajador representante de la asociación sindical³⁰.

Están amparados por esta protección:

- Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis meses. (literal a art. 406 CST)
- Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción del registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores (literal b art. 406 CST)
- Los miembros de la junta directiva y subdirectivas del sindicato, federación o confederación, sin pasar de cinco principales y cinco suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un principal y un suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y los seis meses siguientes a la finalización del mismo. (literal c art. 406 CST)
- Dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones, por el mismo período de la junta directiva.

Como justas causas de despido del trabajador amparado con fuero sindical, se establecen las siguientes:

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-096 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

- La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento.
- La suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días.
- Las cláusulas enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato. (art. 41 CST)

En los casos de terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por Sentencia de autoridad competente, no se requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso. (art. 411 CST)

La Corte Constitucional ha reiterado acerca de los trabajadores objeto de esta protección vinculados a través de contrato a término fijo que: “Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibidem se ocupan de señalar cuándo existe justa causa para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación previa, vr. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor”. Con base en lo anterior, cuando el contrato laboral a término fijo celebrado con un trabajador aforado concluye por vencimiento del plazo, no es necesaria la calificación judicial previa al despido³¹.

De acuerdo con la Sentencia T-435 de 2011

La labor del juez de cara al despido de un trabajador aforado consiste en calificar la existencia de una justa causa que excuse los efectos de la protección propia del fuero sindical, para que posteriormente, y de manera autónoma, sea el empleador el que disponga la desvinculación, el desmejoramiento o el traslado. Nótese que la disposición no indica que el despido, el desmejoramiento o el traslado deban hacerse por disposición del juez o que el empleador esté en obligación de hacerlo luego de la labor judicial, pues es claro que el análisis del juez se encamina exclusivamente a verificar la ocurrencia de la justa causa que permita al empleador disponer lo pertinente.³²

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

Fuero Circunstancial

Este fuero cobija a todos los trabajadores que, estando sindicalizados o no, hayan presentado ante la empresa un pliego de peticiones. Este fue Instituido a partir del Decreto 2351 de 1965, en su artículo 25, el cual establece que “Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de petición no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral al referirse a este fuero manifestó “ [...] que dicha protección comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”³³.

Para concluir, el fuero circunstancial hace referencia a una protección reforzada que se traduce en la continuidad de la relación laboral, que obliga al pago de los salarios dejados de percibir y que, como lo expresa la jurisprudencia de la Corte Suprema, no apunta hacia la indemnización sino hacia la estabilidad laboral³⁴.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 5 de octubre de 1998. M.P. German Valdés.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-326 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fuero de protección de empleados en estado de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud

Con el fin de proteger a todos los empleados que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a razón de su estado de salud, se creó este fuero que tiene raigambre tanto constitucional como legal.

Legalmente la protección se deriva del artículo 26 de la ley 361 de 1997³⁵, donde se establece que nadie podrá ser despedido en razón de su situación de discapacidad.

Por su parte, en el ejercicio de interpretación de la Constitución y la ley, la Corte Constitucional ha ampliado los sujetos beneficiarios de dicho supuesto, bajo el entendido que nadie puede ser despedido en razón de su situación de discapacidad, enfermedad o en general de su situación de debilidad manifiesta como consecuencia de una merma en la salud física o mental³⁶.

Por lo anterior, serán beneficiarios de esta protección los trabajadores

- En situación de discapacidad calificada o por calificar, los cuales presentan una disminución física, psíquica o sensorial.
- Con incapacidad permanente parcial³⁷, es decir, aquellos que tengan una afectación grave en su salud y en razón de esta tengan impedido o se les dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares y se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho.

³⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1997.

³⁶ Ver Sentencias: T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-996 de 2010, T-1040 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-725 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

³⁷ BARONA BETANCOURT, Ricardo. El principio de Estabilidad Laboral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014. P. 276.

En esta categoría se localizan no solo los empleados incapacitados por más de 180 días sino también aquellos que sin estar incapacitados o calificados, no pueden desempeñarse de la forma exigida en razón de su precario estado de salud³⁸.

El fuero de protección se establece con el fin de oponerse al despido de empleados con ocasión de su situación de discapacidad, incapacidad o enfermedad, evitando así la discriminación laboral y propendiendo a la igualdad como derecho fundamental en un Estado Social de Derecho.

Cuando el empleador se ve en la necesidad de prescindir de los servicios de un empleado en una situación como las mencionadas anteriormente, se deberá proceder de la siguiente manera:

1. Dirigirse ante el inspector del trabajo para solicitar la autorización de despido.
2. Que el empleado esté incurriendo en una justa causa de despido.
3. O sin estar incurso en una justa causa de despido no subsista dentro de la organización la forma de reubicación laboral.

El fuero de protección en este caso se erige bajo la presunción de despido del empleado sin justa causa y en razón de su situación de discapacidad, por lo que se invierte la carga de la prueba y corresponde al empleador demostrar que hay razones justificantes para la terminación del vínculo laboral.

Conforme el empleador no realice el despido con autorización del inspector del trabajo, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional plantean dos vías diferentes para resolver el problema:

La Corte Suprema de Justicia indica que hay lugar a una sanción patrimonial, donde se deberá al empleado afectado seis meses de salario más la indemnización

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

procedente por no subsistir una justa causa de despido. Esto en el caso de los empleados en situación de discapacidad.

Por su parte la Corte Constitucional³⁹, quien ha sido la encargada de abrir la posibilidad para que trabajadores en situaciones de debilidad manifiesta se vean cubiertos por este fuero y así se elimine la discriminación laboral, ha sostenido que dándose un despido sin autorización del inspector del trabajo se ordena el reintegro del empleado, obligando al empleador a ejecutar todas las acciones afirmativas suficientes para la reubicación de este dentro de la organización.

En conclusión, las altas cortes distan sus posiciones con relación a la obligación de reintegro, en tanto la Corte Suprema no lo acepta y la Corte Constitucional lo ordena.

Se debe entender que, para la actualidad, La Corte Constitucional⁴⁰ entiende el reintegro como medida transitoria, otorgando cuatro meses para que el empleado acuda ante la jurisdicción ordinaria. De no hacerse uso de este tiempo, el empleador podrá proceder con el despido, de procederse, no podrá despedirse en tanto culmine el proceso y sea allí donde se tome una decisión definitiva.

Para que proceda el reintegro como medida transitoria deberán acaecer determinados hechos:

1. Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta;
2. Que el empleador tenga conocimiento de tal situación;
3. Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y
4. Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester⁴¹.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Estabilidad laboral reforzada por despido masivo

Esta modalidad de fuero de protección tiene su origen en el artículo 67 de la ley 50 de 1990. Con el fin de establecer quien es beneficiario de esta estabilidad laboral, es necesario determinar cuándo se configura un despido masivo. Así, en tanto se despidan un número importante de trabajadores en un periodo igual o inferior a seis meses, conforme al número de empleados que se tenga:

- Si se tiene más de 1.000 empleados se configura con el despido del 5% de los mismo.
- Si se tiene entre 500 y 1000 empleados se configura con el despido del 7% de los mismos.
- Si se tiene entre menos de 500 y 200 empleados se configura con el despido del 9% de los mismos.
- Si se tiene entre menos de 200 y 100 empleados se configura con el despido del 15% de los mismos.
- Si se tiene entre menos de 100 y 50 empleados se configura con el despido del 20% de los mismos.
- Si se tiene entre menos de 50 y más de 10 empleados se configura con el despido del 30% de los mismos.

Para que el despido en tales magnitudes y en dicho lapso sea conforme a la ley, debe mediar autorización del inspector del trabajo. De esta manera, siempre que esta autorización no exista se dará lugar a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada que para el caso consiste en que se entenderá por ineficaz tal despido y se ordenará por parte del juez de tutela el reintegro de los trabajadores.

Si, por el contrario, media autorización del inspector el empleador “deberá pagar a los trabajadores afectados con la medida, la indemnización legal que le habría

correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal {...}"⁴².

Obtenido el permiso de despido por parte del Inspector del Trabajo, el empleador debe comunicarle la situación a aquellos empleados que se verán afectados por tal medida. La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha reiterado que la comunicación que ordena el art. 67 de la Ley 50 de 1990 no exige ritualidades, formalidades o solemnidades específicas⁴³.

Fuero por antigüedad

De manera simplemente enunciativa, este tipo de protección de carácter legal está consagrada en el párrafo transitorio del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, donde se establece que los empleados que al primero de enero de 1991 llevaran 10 años trabajando para el mismo empleador, en caso de despido sin justa causa podrían elegir entre el reintegro o la indemnización.

En la actualidad, tanto por el tiempo que se exigía al momento de expedida la ley como por el tiempo transcurrido desde la misma, es difícil encontrar trabajadores que puedan hacer uso de esta medida de especial protección.

⁴² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen Reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1990.

⁴³ Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Laboral, Sentencia del 03 de febrero de 2016, Radicación n.º 50948. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Fuero de protección a las víctimas de acoso laboral

Esta modalidad de estabilidad laboral reforzada es de origen legal. A partir de la Ley 1010 de 2006⁴⁴ se definen las conductas y los mecanismos de protección para que la población laboral que se ve afectada por dichas situaciones tenga un amparo.

Conforme a lo establecido por la Ley en su artículo 2, se puede entender el acoso laboral como “toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.

A su vez, se establecen las modalidades generales de este, tales como⁴⁵:

- Maltrato laboral: Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.
- Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de

⁴⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1010 (23, enero, 2006) Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 2006.

⁴⁵ De acuerdo con la Sentencia T-882 de 2006 “los comportamientos que pueden constituir acoso laboral son, entre otros, los siguientes: ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social, falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. Las víctimas, a su vez, suelen sufrir, entre otros síntomas, los siguientes: trastornos de sueño, dolores, síntomas psicossomáticos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares”.

trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

- Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.
- Entorpecimiento laboral: toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.
- Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.
- Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

La Ley, adicionalmente establece la presunción de acoso laboral, en tanto el empleado pueda acreditar la “ocurrencia repetida y pública” de las siguientes conductas:

1. Actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;
2. Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;
3. Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;
4. Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;
5. Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;

6. La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;
7. las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;
8. La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;
9. La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;
10. La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;
11. El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;
12. La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;
13. La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;
14. El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.
15. Demás conductas que, sin estar aquí estrictamente enunciadas, al ser valoradas por la autoridad competente se constituirán como presunción de acoso.

Lo que el legislador quiso garantizar con dichas medidas, es la protección de la dignidad humana, la vida e integridad física, libertad sexual y demás derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior y la necesidad de proteger a las víctimas e instar a la denuncia de las conductas inaceptables ante el inspector del trabajo, se establece

la estabilidad laboral reforzada la cual consiste en dejar sin efecto el despido de un empleado durante los 6 meses siguientes a la petición o queja de acoso “siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento”⁴⁶.

Por su parte si el inspector corrobora la existencia de acoso laboral, le ordenará a la empresa que haga todas las acciones afirmativas procedentes para que cese de manera definitiva las conductas constitutivas de acoso, so pena de afectar patrimonialmente a la empresa mediante la imposición de una multa.

Conforme a esto, el empleado solo podrá ser despedido por justa causa. Por lo cual, de no poderse probar por parte del empleador la ocurrencia de la misma, el Inspector del Trabajo no podrá autorizar el despido.

La Corte Constitucional ha establecido que “La protección al trabajador frente al acoso laboral (...) obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo con los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley. Por lo tanto, excluye de la protección por acoso laboral en las relaciones civiles y comerciales que provengan de un contrato de prestación de servicios, en tanto no es presupuesto de dicha figura contractual la prestación subordinada del servicio”⁴⁷.

Adicionalmente la Corte Constitucional considera que “la persecución laboral constituye un caso de vulneración del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas”⁴⁸.

⁴⁶ Artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-960 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁸ *Ibíd.*

CAPITULO 2: EL RETÉN SOCIAL

¿Qué es?

Dentro de un Estado Social de Derecho, nace para el Estado la obligación de generar medidas que reduzcan el impacto de sus actuaciones sobre la población más vulnerable de verse afectada con estas. Por tal motivo, cuando por medio de la Directiva Presidencial N° 10 de 2002 se planteó la necesidad de realizar una reestructuración del aparato estatal con el fin de reducir los costos de funcionamiento, se advirtió de entrada la obligación de buscar medidas para mitigar los efectos. Acorde a esto, el retén social, como medida contenedora de daños, se formuló como un mecanismo de estabilidad laboral reforzada⁴⁹.

Este mecanismo de protección creado por la Ley 790 de 2002⁵⁰, con el cual se buscó en un primer momento, garantizar el empleo a trabajadores públicos del sector central que fuesen: madres cabeza de familia sin alternativa económica, personas con limitación visual o auditiva, personas con limitación física o mental o personas próximas a pensionarse, vinculadas con alguna entidad dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública⁵¹.

Así, en el entendido de la Corte Constitucional, el retén social “busca alcanzar el ideal de igualdad material al brindar un escenario más favorable para personas que se verían en una situación especialmente gravosa en el caso de ser desvinculados de los empleos en el marco del proceso de reestructuración, por medio de la

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-897 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada.

⁵⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República. Diario Oficial. Bogotá, 2002.

⁵¹ Artículo 12 de la ley 790 de 2002: “Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

utilización de acciones afirmativas que equilibren de cierta forma su mayor vulnerabilidad”⁵².

Con su consagración legal, surgió la necesidad de desarrollar y reglamentar dicho concepto por medio del Decreto 190 de 2003. Este se encargó de definir los sujetos de especial protección, es decir, que debía entenderse por madre cabeza de familia sin alternativa económica, persona con limitación física, mental, visual o auditiva o por servidor próximo a pensionarse.

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

Para llegar a lo que conceptualmente se entiende hoy por estos sujetos de especial protección, se ha tenido que transitar un largo camino de construcción jurisprudencial, en tanto las definiciones originalmente traídas por la ley se quedaron cortas ante las dinámicas y realidades sociales, así como ante la imperiosa necesidad de leer las disposiciones a la luz de los derechos fundamentales y los tratados internacionales. Veamos:

MADRE/PADRE CABEZA DE FAMILIA SIN ALTERNATIVA ECONÓMICA

El Decreto 190 de 2003 la define como aquella “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 salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”⁵³.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵³ COLOMBIA, EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 190 de 2003. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002. Diario Oficial. Bogotá. 2003.

El artículo 5 de la Constitución Política consagra el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, de la misma manera el artículo 42 estipula la obligación del Estado y de la sociedad de garantizar su integridad. Por ende, se puede afirmar que el apoyo reforzado que gozan las madres cabeza de familia es un mandato constitucional⁵⁴.

La Ley 82 de 1993⁵⁵ estableció las siguientes condiciones que deben estar presentes en una mujer para ser considerada como madre cabeza de familia:

- Ser soltera o casada.
- Tener bajo cargo, económica o socialmente, de forma permanente, hijos menores propios u otras personas en situación de discapacidad imposibilitadas para trabajar, que pertenezcan a su núcleo familiar⁵⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha enunciado los requisitos que deben cumplir las madres cabeza de familia de la siguiente manera:

1. Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar. Este requisito anteriormente enunciado tiene su origen en la Ley 82 de 1993.

En relación con los hijos, se ha establecido que podrán estos tener hasta 25 años y seguir a cargo de la madre siempre que sigan estudiando. En el caso de hijos mayores de 25 años que no estén estudiando, deberá demostrarse su imposibilidad para trabajar y la dependencia económica de la madre, para que efectivamente pueda ser sujeto de protección.

⁵⁴ BARONA BETANCOURT, Ricardo. El principio de Estabilidad Laboral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014. p. 262-263.

⁵⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 82 de 1993. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Diario Oficial. Bogotá, 1993.

⁵⁶ Artículo 2 de la Ley 82 de 1993. "quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar."

En Sentencia T-283 de 2006 la Corte Constitucional, señaló que

No se puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el Programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada.⁵⁷

2. Que la responsabilidad sea de carácter permanente. Es decir, se excluyen las responsabilidades temporales.
3. Que en caso de existir cónyuge o compañero permanente este cese en el cumplimiento de sus obligaciones como padre sin justificación alguna.
4. Que, en caso de existir cónyuge o compañero permanente, esté presente materialmente en el domicilio de familia, más no asuma sus responsabilidades, en razón de una situación de discapacidad física o sensorial.
5. Que el sostenimiento del hogar recaiga totalmente en la madre⁵⁸.

Pese a que se hace mención al cónyuge o compañero permanente, la condición de madre cabeza de familia es independiente de aspectos como el estado civil de la mujer o, la declaración ante notario público sobre dicha condición⁵⁹.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-283 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-388 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas.

⁵⁹ Consultar Sentencias T-650 de 2005, SU-388 de 2005, T-925 de 2004, C-184 de 2003 y C-034 de 1999.

PADRE CABEZA DE FAMILIA

La cabeza visible de una familia puede llegar a ser la madre y es por esto que el Estado y la sociedad deben brindarle un apoyo real a la madre que atraviesa dificultades debido a su estatus especial, sin embargo, este papel también lo puede desempeñar un padre de manera unívoca.

A partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-964 del año 2003, al analizar algunos de los beneficios que la Ley 82 de 1993 reconoce a la mujer cabeza de familia, donde precisa que las expresiones “*mujer*” y “*mujeres*” contenidas en los artículos 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18, y 19 de la Ley 82 de 1993 “por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, se ajustaban a la Constitución Política, siempre y cuando se entienda que los beneficios establecidos para los dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los dependientes del hombre que se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

Para la Corte no existe “Fundamento para establecer una diferencia de trato entre los niños menores y los hijos impedidos que dependen de la mujer cabeza de familia, frente a los que dependen del hombre que se encuentra en la misma situación a que alude el artículo 2 de la Ley 82 de 1993. En uno y otro caso se trata de personas respecto de los cuales el Estado tiene una obligación de protección especialísima (arts. 13 y 44 C.P.) y a los cuales no puede discriminar en función del sexo de la persona de la cual dependan”⁶⁰.

Luego, la misma corporación dentro de esa misma línea de interpretación, en la Sentencia C-1039 de 2003⁶¹ declaró exequible el artículo 12 de la Ley 790 de 2002,

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

por el cual se prohibió el retiro del servicio público de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, cuando ello tuviera ocurrencia en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, siempre y cuando dicha norma fuera interpretada en el sentido de entender que la protección se aplica también a los padres que se encuentren en la misma situación. Lo anterior, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

Hay situaciones de hecho como el abandono o la muerte de la madre que conducen a que sea el padre de familia el encargado en solitario del apoyo y sostenimiento de los hijos, adicional a esto, la protección se otorga no por el hecho de ser mujer, sino de las condiciones específicas de tener a cargo la familia sin tener otra posibilidad económica para subsistir. El retén social, por su fundamentación principialista pretende proteger a quienes realmente están en un estado de indefensión manifiesta dentro los procesos de liquidación y renovación de la administración pública⁶².

Es esencial entender, que la vocación de esta modalidad de protección no solo se fija en virtud de la cabeza de familia, sino en la protección de esos grupos de especial protección constitucional que se encuentran en una familia, sea cual sea su modalidad, es decir, niños, adolescentes, personas de la tercera edad, entre otros.

Es necesario sostener que “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”⁶³. Sin embargo, tendrá que demostrar ante las autoridades competentes algunas de las siguientes situaciones⁶⁴:

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia SU-389 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería

⁶⁴ *Ibíd.*

1. Que, teniendo hijos menores de edad, hasta 25 años estudiando o sin importar la edad, que se encuentren en situación de discapacidad, estén estos a su cuidado, vivan con él, dependan económicamente de él, y sea el padre quien realmente les brinde el cuidado y afecto que estos requieren.
 - Se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.
2. Que la cabeza de la familia no tenga otra alternativa económica: se tiene la manutención exclusiva del núcleo familiar.
 - Implica que, teniendo cónyuge o compañera permanente, este se encuentre en situación de discapacidad, sea de la tercera edad o no pueda laborar debido a la atención de hijos en situación de discapacidad.
3. Deberá dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 82 de 1993, es decir, los mismos requisitos y condiciones establecidas para las madres cabeza de familia.

PERSONA CON LIMITACIÓN FÍSICA, MENTAL, VISUAL O AUDITIVA

En términos generales la Corte Constitucional ha establecido que deberá entenderse por persona beneficiaria de esta modalidad de retén social a todas aquellas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta⁶⁵.

En términos jurisprudenciales deberá entenderse por debilidad manifiesta “Cuando un trabajador padece una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en “condiciones regulares”⁶⁶.

Por su parte el Decreto 190 de 2003 estableció que:

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-263 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Será toda persona con limitación física, mental, visual o auditiva: aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

a) Limitación auditiva: a partir de la pérdida bilateral auditiva moderada / severa, esto es, cuando la persona sólo escucha sonidos a partir de 51 decibeles, con amplificación, lo cual genera dificultades en situaciones que requieren comunicación verbal especialmente en grupos grandes; puede o no haber originado demoras en el desarrollo del lenguaje hablado que reduce la inteligibilidad de su habla si no hay intervención y amplificación;

b) Limitación visual: a partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) Limitación física o mental: quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.⁶⁷

Señala la Corte en Sentencia T-849 de 2010 que

En procesos de reestructuración y reforma institucional, los trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la grave afectación de su estado de salud, tienen derecho a conservar su empleo -o a ser reubicados según la prescripción del médico tratante- 68 hasta el último acto de liquidación de la entidad, previo el cumplimiento de estos requisitos: (i) tener debidamente acreditada la grave y ostensible disminución de su salud; y (ii) haber comunicado oportunamente a la entidad accionada esa situación.⁶⁸

Es decir, por parte del Estado subsiste una obligación de conservar y promover el empleo de las personas con limitaciones físicas o sensoriales, que se deriva de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 9, 53, 54 y 93 C.P.

Conforme a esto, deberán tomarse diferentes mecanismos para cumplir con este fin constitucional, estos van desde la reubicación, traslado o licenciamiento (previa

⁶⁷ COLOMBIA, EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 190 de 2003. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002. Diario Oficial. Bogotá. 2003.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-849 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

autorización de la Oficina de Trabajo bajo la lectura conjunta de la disposición contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997) siempre que la imposibilidad sea temporal o la desvinculación con derecho a percibir -sin solución de continuidad- una pensión que sea proporcional conforme al porcentaje de invalidez ya declarado por el organismo encargado⁶⁹.

Se le impone a su vez una obligación al empleado de acreditar y comunicar la debilidad manifiesta al empleador. No obstante, en algunos procesos de liquidación, es la misma entidad la que se encarga de establecer el procedimiento que debe seguir el empleado para acreditar su situación.

Establece el Decreto en el artículo 13:

Personas con limitación visual o auditiva: los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben solicitar la valoración de dicha circunstancia, a través de la Empresa Promotora de Salud, EPS, a la cual estén afiliados y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, en caso de duda, solicitará por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada al Instituto Nacional para Ciegos (INCI) para las limitaciones visuales; y al Instituto Nacional para Sordos (INSOR) para las limitaciones auditivas;

Personas con limitación física o mental: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Profesionales, ARP, a la cual estén afiliados, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de ⁷⁰personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez.⁷¹

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-513 de 2006. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-849 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷¹ COLOMBIA, EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 190 de 2003. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002. Diario Oficial. Bogotá. 2003.

PREPENSIONADO

Definido en términos del Decreto como “servidor próximo a pensionarse”, es aquel al cual le faltan tres (3) años o menos, 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.

La Corte Constitucional sin embargo le ha dado una interpretación a dicha definición más acorde con los postulados constitucionales y el fin del Estado Social de Derecho, encargándose de establecer los criterios que permiten adquirir dicha calidad, por lo tanto, deberá la persona⁷²:

1. Tener la expectativa legítima de pensionarse en un corto plazo

Dice la Corte Constitucional que el retén social en materia de prepensionados estableció “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”⁷³.

2. Dependere del ingreso que se recibe como contraprestación de su actividad laboral.

Esta situación se ve reflejada en dos sucesos, tanto para aquellas personas que su único ingreso es el salario como para aquellas que, aun teniendo otras fuentes de ingresos, estos no son suficientes para su subsistencia en condiciones mínimas que garanticen la dignidad humana y la realización de derechos fundamentales como la

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

seguridad social, lo que deriva inevitablemente en que se vea afectado el mínimo vital de la persona.

Conforme es plausible tal vulneración, se entiende que no es necesario, en materia de prepensionados demostrar la existencia de un perjuicio irremediable derivado de la falta de salario, así lo ha entendido la Corte:

En otros casos, la Corte Constitucional ha sostenido que la falta de pago de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital. De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva. Así, la Corte ha dicho que es legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde súbitamente su única fuente de subsistencia.⁷⁴

Frente a la limitación temporal, es decir, el momento a partir del cual se deben contar los tres años, la jurisprudencia ha podido establecer tres momentos diferentes. Sin embargo, ha dejado de lado el tiempo establecido originalmente en la Ley y su Decreto reglamentario. Podrán contarse los tres años:

1. El momento en que se presente la “reestructuración efectiva” de la entidad⁷⁵.
2. El momento en que se profiera el decreto que ordene la liquidación⁷⁶.
3. El momento en que se suprima el cargo del servidor y éste sea efectivamente desvinculado, el cual, sin duda alguna, será un momento posterior a aquel en que se profiere el decreto de inicio del proceso de liquidación de la entidad⁷⁷.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁷⁵ Ver Sentencias: T-009, T-106, T-254 de 2008.

⁷⁶ Ver Sentencias: T-254 de 2008; C-795 de 2009; T-194 y T-261 de 2010.

⁷⁷ Ver Sentencias: T-993 de 2007; T-089 y T-112 de 2009; y T-034 de 2010.

Conforme a lo anterior, es necesario indicar que la Corte Constitucional ha usado los tres momentos en sus fallos por lo que no se puede predicar de manera unívoca cual debe ser el tiempo para contabilizar los tres años.

En el artículo 13 del nombrado Decreto, se establece el trámite a seguir para hacer efectiva la estabilidad laboral comúnmente denominada como Retén Social. Para esto deberá el trabajador:

Acreditar la causal de protección: el servidor público que considere encontrarse en este grupo deberá adjuntar los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

PROCESO DE ACREDITACIÓN DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional ha señalado que el empleado deberá siempre acreditar ante la entidad su calidad como beneficiario de alguna de las tres modalidades de retén social, si se quiere hacer a la protección laboral reforzada, en tanto, de no hacerlo, no es posible que la Corte otorgue por vía de acción de tutela una protección sobre una calidad no conocida por parte de la entidad, la cual, bajo el principio de buena fe, actuó en relación con lo que debía hacer con el fin de liquidar o renovar la entidad.

En palabras de la Corte “Para la Sala el agotamiento por parte del actor de estas instancias administrativas era necesaria, pues además de dar a conocer su situación, hubiera permitido a la entidad en sede gubernativa valorar y controvertir

la condición legal y laboral alegada por el peticionario, e incluso rectificar cualquier irregularidad que por el motivo invocado se hubiera podido incurrir”⁷⁸.

Adicionalmente, se le impone al trabajador la obligación de informar su situación en un tiempo razonable, con el fin de que la entidad tenga el tiempo para planear las acciones afirmativas pertinentes a su modalidad de protección según sea prepensionado, padre o madre cabeza de familia o persona en situación de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud. Para esto, la Corte Constitucional fijó las siguientes reglas:

1. En empresas en liquidación, el liquidador deberá dar un tiempo prudencial al inicio del proceso liquidatorio para que los que consideren ser beneficiarios del retén social, acrediten su situación. Acreditada la calidad, la empresa deberá ejecutar las acciones afirmativas que correspondan.
2. En empresas en liquidación, pasado el tiempo para acreditar la calidad, se acredite extemporáneamente en razón a situaciones sobrevinientes que hagan acreedor al trabajador de una protección especial o reforzada.⁷⁹

¿Qué pasa con los beneficiarios del retén social que se encuentran dentro del RAIS?

En tanto se establece que el tiempo es de tres años para acceder a la pensión desde el momento en que se entienda que debe comenzarse a contabilizar el término, la norma establece una dificultad interpretativa, por ende, para aquellos que están en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se señala una edad para lograr la pensión, es decir, en principio el único requisito para acceder a la misma es alcanzar el capital suficiente, el cual se configura como “el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

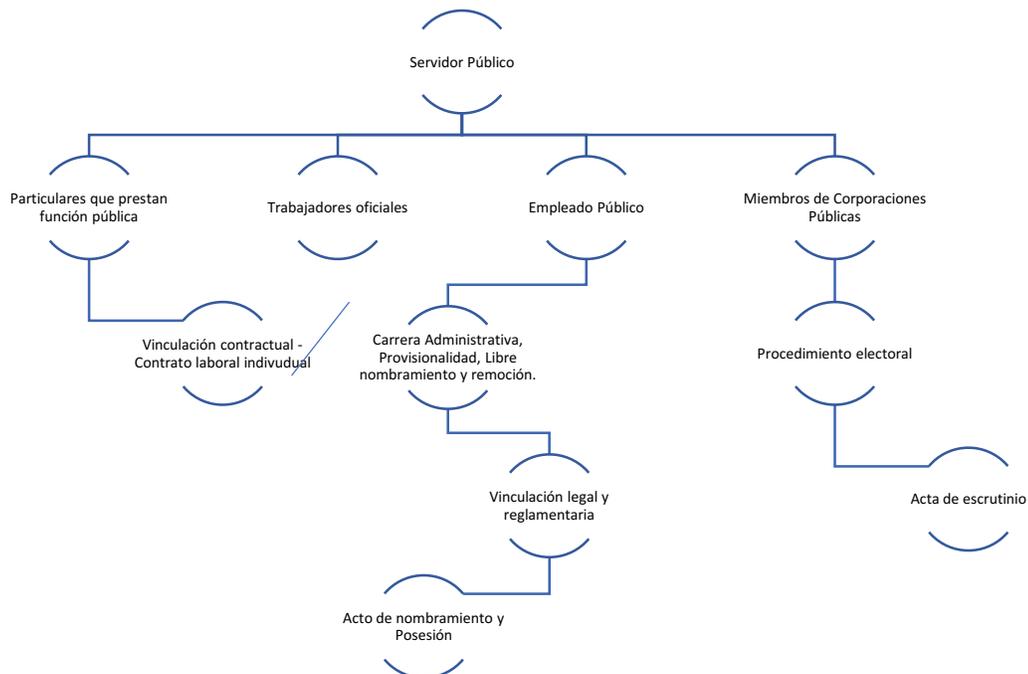
consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar”.

De acuerdo con esto, se deberá realizar el cálculo de cuanto equivalen las semanas cotizadas en años, con el fin de computar tales como edad.

En cuanto a los cotizantes en el RAIS que deben redimir el bono pensional para poder así alcanzar la pensión, es necesario señalar que estos tendrán como referente de edad la exigida para la redención de los bonos pensionales, es decir, de acuerdo con los artículos 65 y 67 de la Ley 100 de 1993, 62 años si es hombre o 57 años si es mujer.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Con el fin de determinar el ámbito de aplicación de la figura es necesario establecer la diferencia entre regímenes laborales y no laborales que hay al interior del Estado.



Dentro de la organización del Estado se pueden encontrar diferentes regímenes de contratación de sus servidores, diferenciación que se da en razón a las funciones propias, a los mecanismos para llegar al cargo, al tipo de entidad o corporación al que efectivamente se vincula el servidor y las prerrogativas que este podrá o no ejercer.

Dentro del concepto general de servidor público encontramos a los trabajadores que se vinculan por medio de contrato laboral individual y por lo tanto se les aplican las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, estos son, los trabajadores oficiales y los algunos de los trabajadores privados que prestan función pública⁸⁰.

Por otro lado, los empleados públicos y los miembros de Corporaciones Públicas, los cuales se vinculan al Estado mediante un acto administrativo⁸¹ y se regulan por medio de leyes específicas para el desempeño de sus funciones.

Dentro de los empleados públicos se encuentran los empleados de carrera administrativa, los nombrados en provisionalidad y los de libre nombramiento y remoción.

En el artículo 13 de la Constitución Política se establece el principio de igualdad. Este se erige como la piedra angular que permite que, sin dar lugar a interpretaciones, todo servidor público pueda verse cubierto con este fuero de protección especial. Por esto, tanto los servidores públicos en provisionalidad como los de libre nombramiento y remoción, podrían hacerse a dicha protección especial en tanto no hacerlo vulneraría el derecho a la igualdad, así como a otros derechos dependiendo del origen de la protección⁸². Se ven también beneficiados aquellos empleados públicos que trabajan en entidades del Estado sometidas a procesos de

⁸⁰ Hay excepciones a esta regla, ya que algunos trabajadores particulares que prestan función pública tienen un régimen propio, tal es el caso de los Notarios.

⁸¹ El empleado público queda finalmente vinculado al Estado a través de un **Acta de Nombramiento y debida aceptación y posesión**.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-862 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

reestructuración y liquidación que no hacen parte del poder central⁸³, es decir, empresas industriales y comerciales de diferentes niveles del Estado, así como los empleados oficiales de las empresas sociales del Estado.

Entendiendo que a todo servidor público le aplican los beneficios del retén social, es necesario comprender que, por su naturaleza, hay categorías que al inicio de la aplicación de la estabilidad laboral no operaban puesto que no se creía por parte de la administración que todos los empleados estuviesen en un plano de igualdad.

Los empleados nombrados en provisionalidad, es uno de los grupos que antes de los fallos de la Corte Constitucional, se veía fuertemente desprotegido en materia de estabilidad laboral. Esto se debe a que siendo un grupo de empleados cuya principal característica es la ejecución de la labor limitada en el tiempo, ya que la estabilidad en el cargo dependerá, sea de la cesación de la situación administrativa que separó al titular del cargo del mismo o porque se nombra en propiedad o en periodo de prueba a otra persona que haga parte de la lista de elegibles producto de un concurso de méritos, no se veía como posible que se debiese conservar a estas personas en sus cargos cuando se buscaba terminar con la vida jurídica de la entidad o la renovación de la misma por medio de la reducción de cargos⁸⁴.

En razón a esto, reiteró la Corte Constitucional en Sentencia T-623 de 2011 que “la distinción, para efectos de determinar los beneficiarios del retén social, entre quienes ocupan cargos de forma permanente y aquellos que están en provisionalidad, no tiene un fundamento constitucional que la avale y, por el contrario, vulnera los derechos a la igualdad, a la seguridad social en pensiones y, en ocasiones, al mínimo vital”⁸⁵.

En materia de provisionalidad, se debe entender que el beneficio del retén social, es que indiferentemente de la categoría que lo vincule, la protección permita que la persona no sea retirada del cargo solo por estar nombrado en provisionalidad. Por

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia SU-897 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-623 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

ende, “(...) eventos como la provisión del cargo por concurso o el retorno del titular del cargo son motivos legítimos para que al servidor que ocupa un cargo en provisionalidad sea separado del mismo”⁸⁶.

Por otro lado, se genera cierta incertidumbre en el caso de variación de régimen laboral. Inicialmente no subsistiría duda de qué pasaría cuando se migra de régimen estando dentro del sector público, puesto que ya así lo analizó la Corte Constitucional y refiriéndose al principio de igualdad no encontró diferencia alguna subyacente, por lo que la estabilidad podría aplicarse sin problemas a cualquier servidor público sea cual sea su forma de vinculación con el Estado.

Cuando se entra a hablar de cambio de régimen de servidor público a trabajador del sector privado⁸⁷, no hay sentencias que den una luz, acerca de cuál es el tratamiento que se debe dar a este grupo de personas. El problema subyace en tanto, estos trabajadores de manera legítima venían desempeñándose en sus cargos teniendo un decálogo de garantías constitucionales y legales de las cuales podían hacer uso. Al migrar de régimen, perderían la posibilidad de verse cubiertos por esta estabilidad laboral.

Para poder seguir dándole cobertura a este tipo de trabajadores que migraron de régimen de contratación, la única manera sería aplicando el retén social en el sector privado.

Frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, en Sentencia T-802 de 2012 estableció la Corte Constitucional que “En esa medida, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, aunque gozan de una estabilidad laboral precaria, deben tener un tratamiento igualitario a los demás tipos de servidores cuando reúnan los requerimientos para acceder a la protección especial consagrada

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Situación que podría ocurrir cuando la empresa industrial y comercial del Estado es vendida a un particular y sus empleados deben migrar de régimen. Cuando es vendida podría entrar en un proceso de reestructuración.

en el “retén social” durante los procesos de renovación de la administración pública”⁸⁸.

¿ESTABILIDAD REFORZADA ABSOLUTA?

Es correcto afirmar que ninguna estabilidad, aun siendo reforzada, es absoluta.

En materia de retén social, en tanto su naturaleza es la protección durante los procesos liquidatorios o de reforma de las entidades estatales, sean del sector central o no, “(...) la Corte ha señalado que la protección laboral reforzada no es de carácter absoluto. Lo anterior implica que si bien estos sujetos [de especial protección] no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso”⁸⁹.

Con base en lo anterior, se le impone la obligación al empleador de demostrar que existió una justa causa de despido, además de obtener la autorización de despido por parte de la Oficina del Trabajo en los casos de trabajadores en situación de debilidad manifiesta en razón a su estado de salud. En caso de no probarse tal, el despido deberá entenderse como inválido.

La protección derivada del retén social solo podrá mantenerse en tanto la persona jurídica sea viable. Es decir, cuando esta deje de serlo, con el último acto liquidatorio, deberá finalizarse consecuentemente la protección al empleado.

La protección derivada del retén social, se le dará al empleado siempre que este pueda acreditarla ante la entidad o se conceda vía judicial. A partir de allí, variará el

⁸⁸Corte Constitucional, Sentencia T-802 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

tipo de acción afirmativa implementada de acuerdo con el estado del proceso liquidatorio, el tipo de beneficiario de la medida, el plan de reubicación, entre otros.

APLICACIÓN EN PROCESOS DE LIQUIDACIÓN Y DE RENOVACIÓN DE ENTIDADES

Con la promulgación de la ley 790 de 2002 se concretó el Plan de Renovación de la Administración Pública, sin embargo, con el paso de los años y la obligación por parte del Estado de proteger a sus empleados que se encontraban en procesos similares al PRAP⁹⁰, es decir, liquidación obligatoria de entidades como reestructuración de las mismas, la Corte Constitucional ha sostenido que

El amparo laboral especial contemplado en la Ley 790 de 2002, se deriva de mandatos especiales de protección incluidos en la Constitución Política, entre los que se encuentra el principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Por lo tanto, sin importar si una institución hace parte o no del plan de renovación de la administración pública (PRAP), le son absolutamente vinculantes los mandatos de protección reforzada contenidos en distintos artículos constitucionales, así como la obligación de implementar medidas especiales de protección se acuerdo con lo preceptuado por el artículo 13 de la Constitución Política.⁹¹

Adicional a esto, la Corte Constitucional en materia de aplicabilidad sostiene de manera unívoca que, en tanto esta figura ostenta un carácter supralegal, debe aplicarse en función de los principios y derechos fundamentales que se ven afectados dentro de un proceso liquidatorio o de renovación de entidades estatales, a todas aquellas personas que se encuentran en un plano de desigualdad frente a otros empleados de la misma entidad⁹².

⁹⁰PRAP: Programa de Renovación de la Administración Pública

⁹¹Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹²Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha Sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo

Conforme a lo anterior se puede decir que el Retén social se puede aplicar 1) cuando la entidad a la que están vinculados se encuentra en el programa de renovación de la administración pública, 2) en los casos de liquidación forzosa de entidades⁹³ y 3) queda abierta la posibilidad de ser aplicado en otros supuestos, incluso en términos de relaciones laborales del sector privado por su carácter supralegal.

TEMPORALIDAD, ¿TIENEN ALGÚN LIMITE EN EL TIEMPO?

El Decreto 190 de 2003 en su artículo 16 sobre la aplicación en el tiempo estableció que:

“Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1° de septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004”.

El Consejo de Estado, en Sentencia del 19 de abril de 2005, expediente 3701-03 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo el artículo anterior en tanto limitaba temporalmente la aplicabilidad del retén social. Se entiende que la

13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado || En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho .”

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

estabilidad debe reconocerse hasta tanto cesen las circunstancias que justifican el reconocimiento del beneficio, sin limitaciones temporales provenientes de la ley⁹⁴.

Por su parte, el artículo 8 literal D de la Ley 812 de 2003⁹⁵ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario" establecía una limitación temporal para el acceso al retén social de personas en estado de debilidad manifiesta a causa de su estado de salud, como de madres cabeza de familia, mientras que no establecía tal para el grupo de beneficiarios prepensionados.

A partir de la Sentencia C-991 de 2004, la Corte aseguró que el retén social no tenía límite temporal alguno, es decir, que las normas que lo integraban se prolongaban hasta la liquidación definitiva de la entidad, esto es, hasta la culminación jurídica de la misma⁹⁶.

De igual manera, el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 que establecía un límite temporal para la aplicación del retén social, dejó de existir, con la Sentencia

⁹⁴ CÓRDOBA, J. I. Derecho Administrativo Laboral: Empleo Público, Sistema de Carrera Administrativa y Derecho a la Estabilidad Laboral. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009.

⁹⁵ Ley 812 de 2003, art. 8 literal D. "LA RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: El Gobierno Nacional promoverá una renovación de la administración pública basada en tres componentes:

"[...]Los beneficios consagrados en el Capítulo 2 de la Ley 790 de 2002, se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, a partir del 1º de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004.

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

Ante la demanda por cargos de inconstitucionalidad frente a la Corte Constitucional de dicha diferenciación de trato entre las categorías de beneficiarios del retén social que traía la ley 812 de 2003, mediante Sentencia C-991 de 2004 se decidió eliminar toda temporalidad diferenciada, bajo el entendido que esta disposición no solo era violatoria del principio de igualdad establecido en el artículo 13 constitucional, adicional a esto, se establecía como una norma regresiva conforme a los derechos proteccionistas en materia laboral que establecía el artículo 12 de la ley 790 de 2002, ante lo cual, subsiste una prohibición expresa para el legislador de crear normas regresivas sin una justificación real.

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-991 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

mencionada con anterioridad. En esta la Corte Constitucional se inhibió de pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo en cuestión por carencia de objeto, sin embargo, al darse la declaratoria de inexecutable del literal D del art. 8 de la Ley 812 de 2003, debe entenderse que no hay hoy en el ordenamiento jurídico un límite temporal para la aplicación del retén social.

Lo único que se exige, como se mencionaba con anterioridad, es que el empleado informe a la entidad en un tiempo prudencial su condición, con el fin de garantizarle a esta sus derechos para actuar por vía administrativa frente a la solicitud de inclusión en el retén social por parte del empleado.

¿POR QUÉ PUEDE ACCEDERSE POR MEDIO DE TUTELA A SU PROTECCIÓN?

Bajo el entendido del juez constitucional, puede hacerse uso de la acción de tutela cuando se pretenda perseguir la aplicación del retén social como mecanismo de estabilidad laboral reforzada, siempre que el trabajador haya solicitado el ingreso como beneficiario frente a la entidad y este lo hubiese negado. Por lo que, entendiendo la premura que se genera, no es posible esperar al Juez ordinario o contencioso administrativo, puesto que la lesión a los derechos fundamentales involucrados va a proseguir y solo con el paso del tiempo se va a consolidar el daño. Es decir, la Corte Constitucional considera que la vía ordinaria en casos de estabilidad laboral reforzada es carente de idoneidad y eficacia⁹⁷.

⁹⁷ Ver Sentencias: T-1031 de 2006; T-1239, T-989 y T-009 de 2008; T-178 de 2009; T-802 de 2012

¿CÚAL HA SIDO EL SENTIDO DE LOS FALLOS DE LAS ALTAS CORTES EN MATERIA DE RETÉN SOCIAL?

Corte Constitucional:

El Juez constitucional ha sostenido de manera generalizada que en materia de retén social

Debe orientarse a obtener el reintegro, siempre y cuando ello sea posible, y sólo de manera subsidiaria el pago de una indemnización. Es decir, que el pago de la indemnización debe ser la última de las alternativas que se debe contemplar para reparar el perjuicio producto del respectivo proceso liquidatorio. De esta forma, la Corte ha decidido en los casos en los cuales el reintegro es posible conceder el amparo reitegrando al accionante y dejando sin efecto las indemnizaciones reconocidas.⁹⁸

Los fallos han sido variados, veamos:

1. En materia de prepensionados en Sentencia SU-879 de 2012 se ordenó a la entidad la previsión de los aportes pensionales hasta tanto alcanzara la pensión de vejez el accionante, más no ordenó su reintegro al considerarlo una acción que retrasaría el desarrollo del PRAP.

“la protección a los pre pensionados consistirá en que, una vez que en desarrollo del PRAP se haya suprimido el cargo desempeñado, la entidad deberá hacer la previsión presupuestal que le permita continuar cancelando los aportes al correspondiente régimen pensional, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, así dicho término se cumpla luego de liquidada la entidad”⁹⁹.

2. En la Sentencia T-178 de 2009, la Corte ordenó el reintegro de los accionantes en un cargo igual o superior al que desempeñaban al momento de la liquidación de la empresa. Dicha orden de reintegro se debía entender vigente hasta el momento

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-989 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-879 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

en que se les reconociera la pensión de vejez o se diera el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurriese primero. Se señala también en el fallo la necesidad de realizar un cruce de cuentas, entre lo que se les había pagado a los trabajadores por concepto de indemnizaciones con lo correspondiente a lo dejado de percibir por el tiempo de cesación del empleo¹⁰⁰.

3. En Sentencia T-435 de 2011 se adoptó la misma fórmula de fallo para el caso anterior

“que Jaime Hernán Suárez Torres complete los requerimientos para pensionarse y sea incluido en la nómina como pensionado del Seguro Social, o (ii) finalice o sea inminente la finalización del proceso de liquidación de la entidad y sea indispensable terminar la relación laboral entre Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE En liquidación y Jaime Hernán Suárez Torres”¹⁰¹.

4. En Sentencia T-498 de 2011, al tratarse de una accionante cuyo cargo era de provisionalidad, pero se encontraba como beneficiaria del retén social, estableció la Corte que:

Se ordenará a la entidad demandada, que restituya en el cargo que desempeñaba la señora Florinda Urrego Jiménez, o uno similar, sin llegar a desmejorar su condición laboral, y mantenerla vinculada a su nómina, hasta tanto ocurra alguno de los dos eventos que se señalan a continuación: a) se provean en periodo de prueba o propiedad la totalidad de cargos disponibles en la Secretaría de Educación para docentes en el área que se desempeña la actora, o b) la accionante termine de cotizar las semanas que le hacen falta para obtener los requisitos de su derecho a la pensión de vejez, y reciba una respuesta de la entidad pensional correspondiente; en caso que su solicitud sea aceptada, deberá mantenerla vinculada hasta que la misma sea incluida en nómina de pensionados.¹⁰²

5. En Sentencia T-001 de 2010, al tratarse de una accionante madre cabeza de familia, la Corte ordena el pago de “los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, los salarios y las prestaciones sociales, causados desde el 12 de mayo de 2008, fecha de la desvinculación laboral, hasta el 6 de noviembre de 2009,

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-178 de 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

fecha del último acto de liquidación de la entidad. Ello, realizando el cruce de cuentas y compensaciones a que haya lugar en caso de que la accionante hubiese recibido efectivamente indemnización al momento de su despido”¹⁰³.

6. En la T-513 de 2006, la Corte al analizar un caso donde el accionante se encontraba en una situación de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud, ordenó a la entidad que esta debía disponer todo lo necesario para que la accionante tuviese la asistencia médica requerida -sin solución de continuidad- hasta que la prestación fuese efectivamente realizada por el sistema de salud. Adicionalmente, ordenó a la entidad tramitar la autorización frente a la Oficina de Trabajo para el despido de la misma, en los términos del artículo 26 de la Ley 367 de 1997 en caso de no poder reubicar a la actora¹⁰⁴.

7. De manera general, desde la Sentencia SU-388 de 2005, viene la Corte sosteniendo como debe operar las compensaciones o restituciones entre el beneficiario del retén social y la entidad:

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

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

Por último, si todavía quedaren saldos pendientes con la entidad llegado el día de la terminación de la empresa y la desvinculación definitiva del actor, en ese momento habrá lugar a las restituciones y compensaciones mutuas que hasta entonces estuvieren pendientes.¹⁰⁵

8. En la Sentencia SU-377 de 2014 se ordena que

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-513 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-388 de 2005, M.P. Clara Inés Vagas. Ver entre otras, Sentencia T-602 de 2005.

En el término máximo de tres (3) meses, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, adopten un plan de reubicación de las personas cabeza de familia que hubieran sido desvinculadas de TELECOM como consecuencia del proceso liquidatorio. En dicho plan, deben ser incluidos con prioridad quienes obtengan protección específica en esta Sentencia, en virtud del retén social. El plan deberá asegurarles, a todas esas personas, en el plazo máximo de un (1) año contado desde el momento en que se notifique este fallo, un derecho preferencial a ingresar a un empleo en condiciones al menos iguales a las que tenían en la hoy liquidada TELECOM. Por lo cual, si se presenta una vacante para un empleo con tales condiciones, tengan preferencia sobre candidatos que no cuenten con sus mismas condiciones constitucionales. Ello no obsta para que en los casos en que los empleos estén sujetos al ingreso por carrera administrativa, tales personas deban, mientras no se haya convocado concurso, ser nombradas en provisionalidad, o cuando sea convocado el concurso de méritos, presentar las pruebas correspondientes para ser vinculadas.¹⁰⁶

En esta Sentencia lo que se buscó fue, que la empresa realizara un plan de reubicación, puesto que al no ser posible el reintegro, la entidad al menos debía no solo indemnizar sino propender a que las personas beneficiarias de la estabilidad pudiesen hacerse a un empleo en condiciones similares a las que tenía antes del proceso liquidatorio.

Dicha Sentencia sentó precedente frente a otras entidades que, encontrándose en situaciones similares, decidieron iniciar el plan de reubicación antes que los empleados desvinculados, solicitaran haciendo uso de la presente Sentencia de unificación la aplicación de las mismas órdenes a sus casos particulares¹⁰⁷.

Corte Suprema de Justicia

En Sala de Casación Laboral la Corte ha tenido que definir algunos casos, sin embargo, esta no se ha dedicado a conceptualizar como tal el retén social, se ha limitado a darle aplicación a la línea jurisprudencial ya construida por la Corte Constitucional. Esta ha fallado así:

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

1. Ha negado la inclusión de los accionantes al Retén social por no haber acreditado efectivamente que los hijos dependían económicamente de la madre/padre cabeza de familia como única opción económica¹⁰⁸.
2. Ante la no inclusión como beneficiaria del retén social de la accionante la Corte ordenó el pago de una suma por concepto de indemnización¹⁰⁹.
3. En varias oportunidades la Corte se ha referido a la necesidad de probar efectivamente que se es beneficiario del retén social y de que categoría, en tanto no lo hagan, el juez ordinario no puede acceder a otorgar el beneficio. Es necesario recordar que es obligación del empleado acreditar no solo ante el empleador, sino ante el juez sea constitucional u ordinario su calidad de sujeto de especial protección constitucional¹¹⁰.
4. Conforme a la expedición de la Sentencia SU 377 de 2014 de la Corte Constitucional, donde se ordena a TELECOM como entidad en liquidación la ejecución de un plan de reubicación de empleados. la Corte Suprema ordena a la entidad que continúe con las acciones encaminadas a realizar las gestiones para la posible reubicación laboral, en tanto considera que se deben realizar acciones que sea efectivas, no simples acciones aisladas por cumplir la Sentencia pero que efectivamente no logren el fondo de la misma, esto es, la efectiva protección de los beneficiarios del retén social¹¹¹.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 4 de julio de 2012, Radicación N° 44915. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 17 de mayo de 2011, Radicación N° 42064. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación N° 42064. 17 de mayo de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 22 de julio de 2015, Radicación 59963. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 12 de febrero de 2015, Radicación 43118. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 19 de octubre de 2016, Radicación 45165. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 14 de marzo de 2016, Radicación 62521. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

5. La Corte estableció que en tanto la entidad hubiese realizado un plan de reubicación laboral de los beneficiarios del retén social, la entidad estaría cumpliendo su obligación, por lo que no habría lugar a aplicar a otras entidades lo ordenado en la SU 377 de 2014. Adiciona la Corte que “no hay porque exigir una protección que exceda la protección más allá de la finalización de la persona jurídica”¹¹².
6. La Sala no accede a considerar a la actora como beneficiaria del retén social como madre cabeza de familia, en tanto interpreta de manera errónea el artículo 12 de la ley 790 de 2002, alejándose de lo establecido por la Corte Constitucional en materia de aplicación del principio de igualdad frente a los servidores públicos y la aplicación fuera de entidades bajo el PRAP, puesto que alegan que esta no cumple los “requisitos (...) como quiera que dicha normatividad fue expedida para reglamentar los parámetros que debían tenerse en cuenta dentro del proceso de renovación de la administración pública de las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva, dentro de las cuales, evidentemente, no se encuentra incluida la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Dado que no se encuentra en liquidación, tal como lo prevé la citada norma”¹¹³.
7. La Sala no accede a considerar a la actora como beneficiaria del retén social como persona en estado de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud, en tanto interpreta de manera errónea el artículo 12 de la ley 790 de 2002, alejándose de lo establecido por la Corte Constitucional en materia de aplicación del principio de igualdad frente a los servidores públicos y la aplicación fuera de entidades bajo el PRAP, puesto que alegan que esta no cumple los “requisitos

¹¹²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 13 de abril de 2016, Radiación 64513. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 11 de mayo de 2016, Radicación 65445. M.P. Fernando Castillo Cadena.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de agosto de 2016, Radicación 68211. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

(...) como quiera que dicha normatividad fue expedida para reglamentar los parámetros que debían tenerse en cuenta dentro del proceso de renovación de la administración pública de las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva, dentro de las cuales, evidentemente, no se encuentra incluida la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Dado que no se encuentra en liquidación, tal como lo prevé la citada norma”¹¹⁴.

8. No se accede a la protección en tanto considera la Sala que la calidad de madre cabeza de familia debe probarse de manera suficiente, con lo que no basta simplemente acreditar que tiene hijos. De igual manera sucede con el sostener que se está en un estado de debilidad manifiesta en razón del estado de salud, por lo cual, al no probarse ninguna de las dos categorías que alegaba ostentar, se niega la protección especial¹¹⁵.
9. En este caso, la Sala ordena a “la fiduciaria administradora del patrimonio autónomo de remanentes de la entidad en liquidación que inicie las gestiones necesarias para continuar con el plan de reubicación laboral que inicio la entidad, con base en lo establecido en la Sentencia SU-377 de 2014 con el fin de garantizarle a la accionante un derecho preferencial a ingresar a un empleo en condiciones al menos iguales a las que tenía en la entidad liquidada¹¹⁶. En este caso, se solicita nuevamente la aplicación de la SU-377 de 2014 y se concede el amparo en los términos de la misma.

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Radicación 68291. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Radicación 68417. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 3 de noviembre de 2015. Radicación 62179. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

Consejo De Estado

Respecto a los fallos del Consejo de Estado en materia de retén social, es posible verificar que se han pronunciado sobre la nulidad de disposiciones, así como el otorgamiento o negación de la calidad de beneficiario de este mecanismo, sin embargo, es poco lo que se puede encontrar. Podría entenderse que la razón de esto, es la preferencia de acceder por vía acción de tutela a la protección del mismo, puesto que esta es más expedita en tanto se ponen en riesgo derechos fundamentales que no son capaces de soportar sin ser reducidos a sus mínimos, los tiempos de la jurisdicción contenciosa, la cual no es ágil para la protección de derechos de este rango.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, quien debería ser el encargado de conceptualizar este mecanismo de estabilidad laboral, ya que al suponerse que su aplicación se limita a los servidores públicos, el juez natural es el contencioso administrativo, se ha conformado con referirse a lo establecido por la Corte Constitucional. Veamos:

1. El Consejo de Estado ha dicho que esta modalidad de protección se da sobre aquellos que tienen la expectativa de alcanzar su pensión de vejez indiferentemente del régimen aplicado¹¹⁷.
2. Se le otorga la calidad de prepensionado al accionante, incluso ante la negativa del mismo de serlo, ya que considera la sección que cumple con los requisitos para serlo¹¹⁸.

¹¹⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 30 de junio de 2011, Radicación 25000-23-25-000-2003-04222-01 (0270-09). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹⁸ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia del 30 de junio de 2011, Radicación Número: 25000-23-25-000-2003-04222-01 (0270-09). C.P. Gerardo Arenas Monsalve

3. Mediante el restablecimiento del derecho, se obliga a la “Comisión Nacional de Televisión a reintegrar a la actora al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior jerarquía, sólo en el evento de que aún no se le hubiere reconocido la pensión de jubilación, y a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde el momento en que se hizo efectivo el retiro hasta la fecha en que se verifique el reconocimiento y pago de esta prestación”¹¹⁹.
4. Se le otorga la calidad de prepensionado, se asevera además que la entidad le dio la protección indicada, aun así, el accionante no estuviese de acuerdo¹²⁰.
5. Se le otorga la protección a la accionante como madre cabeza de familia sin alternativa económica al demostrar suficientemente su calidad¹²¹.
6. En Sentencia del 19 de abril de 2005, expediente 3701-03 de la Sección Segunda del Consejo de Estado: producto del ejercicio de la acción de nulidad, se declara nulo el límite temporal establecido en el decreto 190 de 2003, al entenderse que al haber desaparecido el límite temporal establecido en el artículo 8 literal D de la ley 812 de 2003, es posible concluir que tales normas deben correr igual suerte, pues se produce el fenómeno de inconstitucionalidad por consecuencia, lo que impone su declaratoria e nulidad al tenor del artículo 84 inciso 2 del C.C.A.

¹¹⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicación Número: 25000-23-25-000-2003-05388-01(1585-08). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹²⁰ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 7 de abril de 2011, Radicación Número: 11001-03-25-000-2007-00048-00 (1013-07). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹²¹ Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda-Subsección "A", Sentencia del 3 de marzo de 2011, Radicación No: 19001-23-31-000-2010-00403-01. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE RETÉN SOCIAL

El bloque de constitucionalidad se introduce con la Constitución de 1991 por medio del artículo 93¹²² y 53. La Corte Constitucional lo ha interpretado como

Aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.¹²³

Así mismo ha dicho que

El contenido y alcance de este derecho a la estabilidad laboral reforzada ha de ser definido con base en los distintos instrumentos internacionales sobre la materia que integran el llamado bloque de constitucionalidad. Es así como en virtud del inciso segundo del artículo 93 y con base en el artículo 53° constitucional, los instrumentos internacionales y regionales para la protección de los derechos humanos en la materia y los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, se deben entender como parte del ordenamiento jurídico colombiano¹²⁴.

Algunos de estos instrumentos son:

En materia de estabilidad laboral, La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su artículo 23, establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo¹²⁵.

¹²² ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-116 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

¹²⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

De igual forma, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que los Estados deben reconocer el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar ese derecho¹²⁶.

Madres y padres cabeza de familia

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, ha ayudado a determinar el alcance de los derechos de los niños cuando dependen solo de un padre, dada la situación de debilidad en la que se encuentran los menores en estas circunstancias, por la ausencia del padre o de la madre, y la necesidad de hacer prevalecer sus derechos, se ha otorgado a los derechos de los niños una especial prevalencia sobre los demás derechos, por expreso mandato constitucional.

Debilidad Manifiesta

En este sentido, el derecho internacional ha sido activo, por lo cual son varios los instrumentos internacionales de los cuales se puede hacer uso, tales como:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 en su artículo 23; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 6; la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas de 1975; la Observación general N° 5 del Comité DESC de 1994 relativa a las personas con discapacidad; la Observación General No. 18 del Comité DESC de 2005 sobre derecho al trabajo; el Convenio No. 159 de la OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas con discapacidad) de 1983¹²⁷; las Normas uniformes sobre la igualdad de

¹²⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

¹²⁷ El Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación Profesional del Empleo ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989, señala que se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo quedan sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia físico o mental debidamente reconocida. Por tal razón, los Estados deben considerar que la finalidad de la

oportunidades para las personas con discapacidad, proclamadas por la Asamblea General en su resolución 48/96, de 20 de diciembre; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de Diciembre de 2006 y la Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad CIDDM—2 de la Organización Mundial de la Salud de 1999, entre otros.

Ahora bien, en el ámbito de regulación regional el parámetro de interpretación es la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y la Convención Interamericana de la OEA para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999.

En el ámbito internacional no se ha logrado un consenso real sobre el alcance que tienen las múltiples acepciones de discapacidad, invalidez, deficiencia, minusvalía, limitación, que permita determinar con exactitud quienes merecen una protección especial y reforzada en el ámbito laboral.

Sin embargo, en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, se percibe una flexibilización o ampliación del margen de apreciación del concepto de discapacitado cuando se establece que la discapacidad puede revestir la forma de una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental las cuales pueden ser de carácter permanente o transitorio.

Pues bien, esta definición de discapacitado en sentido amplio fue acogida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General No. 5 al reconocer que “todavía no hay una definición de aceptación internacional del término ‘discapacidad’, pero de momento basta con basarse en el enfoque seguido por las normas uniformes aprobadas en 1993”. El Comité reiteró en esta ocasión que si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. [...] la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos [...]” y por lo tanto “las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto.”

Fue precisamente este panorama jurídico internacional y el afán del legislador por cumplir los mandatos constitucionales que le imponían el deber de establecer políticas públicas para acabar con la marginación social en que había permanecido la población discapacitada a lo largo de la historia, la razón por la cual se promulgó en Colombia la Ley 361 de 1997.¹²⁸

readaptación profesional es la de permitir que una persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración de esta persona en la sociedad.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-116 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

Prepensionados

La protección especial que se le brinda a los prepensionados a través del retén social, tiene como fundamento el derecho a la seguridad social con el que cuentan todos los ciudadanos, de acuerdo a las diferentes normatividades internacionales la seguridad social salvaguarda a los ciudadanos que se encuentran física y mentalmente impedidos para adquirir los recursos necesarios que le faciliten su manutención y la de su familia, como consecuencia de una enfermedad, la vejez o el desempleo.

Existen diferentes instrumentos internacionales orientados a proteger el derecho fundamental a la seguridad social de las personas, como lo son: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual en su artículo consagra que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social”, así mismo otras normatividades como¹²⁹ el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9)¹³⁰, El Código Iberoamericano de la Seguridad Social (art. 1º)¹³¹, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22)¹³² y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16)¹³³.

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-638 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³⁰ “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

¹³¹ “El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano. Este derecho se concibe como garantía para la consecución del bienestar de la población, y como factor de integración permanente, estabilidad y desarrollo armónico de la sociedad”.

¹³² “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

¹³³ “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, a la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

CAPITULO 3: APLICACIÓN DEL RETÉN SOCIAL A EMPLEADOS DEL SECTOR PRIVADO.

Si bien este fuero de protección especial o reforzada tiene un origen legal, la Corte Constitucional ha dejado establecido que en tanto busca proteger a personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, la protección asciende y se concreta como algo supralegal, en tanto es la Constitución la encargada de velar por esto, como fin esencial del Estado mismo.

Teniendo en cuenta que el retén social en su desarrollo jurisprudencial, se ha legitimado más allá de su origen legal, ha sido su carácter constitucional el que ha dado lugar a que este fuero vincule a personas más allá del programa para el cual fue creado, es decir el PRAP.

El retén social como mecanismo para la protección de personas en un estado de vulnerabilidad manifiesta, permite no solo el acceso a la estabilidad laboral, sino que involucra, dependiendo de la categoría, la protección a otros derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital, los principios mínimos fundamentales en relación con el trabajo, el derecho a la salud y a la vida, el derecho a la igualdad, así como los contenidos en los artículos 5, 25, 44 y 45 de la Constitución Política, y como fin último al principio de principios, la no vulneración y el respeto a la dignidad humana.

SEGURIDAD SOCIAL

Este derecho está directamente relacionado con la categoría de prepensionado. Ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia T-164 de 2013 que “Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por

el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad”¹³⁴.

De lo anterior se deriva que las ramas del poder público están obligadas no solo por la Constitución, sino por instrumentos de derecho internacional a garantizar el derecho a la seguridad social, situación que vincula de igual manera a los empleadores en el sector privado. Bajo el entendido que el retén social quiere proteger dicho derecho, no en personas bajo circunstancias normales, sino en personas que por sus condiciones específicas se encuentran en un estado de desigualdad conforme al resto, en tanto se les finaliza su relación laboral dentro de procesos de liquidación y reestructuración de empresas o entidades, cuando, bajo una expectativa legítima estaban a 3 años o menos, en edad y semanas, indiferentemente del régimen pensional, de hacerse a la pensión de vejez.

Si se entiende que la protección se otorga a personas que están a tres años de consolidar materialmente su derecho a una pensión, es posible establecer que el rango de edad debe ser superior a los 50 años tanto para hombres como para mujeres¹³⁵, lo que implica que las probabilidades de acceder al mercado laboral nuevamente son más bajas, situación que crea una desprotección a la persona, quien no va a tener las mismas posibilidades de concretar efectivamente el derecho a la seguridad social, puesto que no va a tener como continuar cotizando al sistema pensional.

Adicionalmente, dicha persona tiene en una expectativa legítima de acceder a esa pensión, no un derecho adquirido en tanto efectivamente no la ha causado, pero si una expectativa que debe ser respetada y protegida por el Estado. Ha dicho la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades que las expectativas legítimas tienen

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-164 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹³⁵ De acuerdo al “Informe Mensual de Mercado Laboral: La población mayor en el mercado laboral colombiano” realizado por FEDESARROLLO en octubre de 2015, las personas mayores de 50 años presentan tasas de informalidad cercanas al 81%, que se deben a múltiples factores, pero que están orientados a la dificultad de entrar al mercado laboral luego de esta edad y bajo las condiciones propias de dicha generación, es decir, menor calidad y cantidad de la educación obtenida.

una protección intermedia, que debe darse en razón a criterios de razonabilidad y proporcionalidad del asunto específico¹³⁶.

Inicialmente, una protección a estas expectativas legítimas se consagró por parte del legislador mediante la figura del retén social, sin embargo, a partir de la SU-897 de 2012 “la Sala Plena de la Corte estimó que la salvaguarda de las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse que hacen parte del retén social no se salvaguarda mediante la tutela de la estabilidad laboral, sino a través de la garantía del derecho a la seguridad social”¹³⁷.

Al ser la seguridad social un derecho irrenunciable, el Estado debe propender por que las condiciones necesarias para que una persona llegue a pensionarse, se den efectivamente.

MÍNIMO VITAL

Este derecho innominado ha sido construido por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-426 de 1992 se indicó que: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario- es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”¹³⁸.

Conforme al paso de los años el concepto ha adquirido mayor entidad y se ha reconocido en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, entendiendo que este debe ser evaluado en cada caso concreto “haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-832a de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-897 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992. M.P. Mauricio González Cuervo.

necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana”¹³⁹.

Puede relacionarse con los tres grupos de beneficiarios en tanto si la persona depende únicamente del salario que devengaba o que, teniendo ingresos extras, son insuficientes para garantizar una vida digna, se afecta el mínimo vital, tanto del trabajador como de las personas que podría este tener a su cargo y que dependen únicamente de los ingresos del mismo.

De esta forma, el prepensionado no tendría como seguir cotizando al sistema, generando así la imposibilidad de acceder a una pensión, quedando desprovisto en su vejez de un sustento económico fijo, tanto para este como para su grupo familiar en caso de subsistir dependencia económica.

En materia de madres y padres cabeza de familia, la vulneración al mínimo vital es aún más profunda, en tanto estos como cabeza del hogar y sustento del mismo, son los que proveen las condiciones mínimas a su grupo familiar para que puedan estos llevar una vida digna.

Consecuentemente, de la garantía de mínimo vital del padre o madre cabeza de familia sin opción económica, dependerá que los niños y adolescentes puedan desarrollarse y tener a su vez un mínimo vital garantizado.

En relación a aquellos en estado de debilidad manifiesta, ya sumidos en una situación física o psíquica que los hace vulnerables, la falta de ingresos económicos derivados del ingreso salarial, hace que los mismos pierdan posibilidad de acceder a los mínimos que toda persona necesita, más aun cuando su precariedad derivada de su estado de salud, así lo amerita.

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-581A de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

ARTÍCULO 53 C.P. PRINCIPIOS MÍNIMOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON EL TRABAJO

En el artículo 53 se establecen¹⁴⁰ las obligaciones que por constitución subsisten entre empleador y empleado, sea cual sea la naturaleza de los mismos, es decir, el empleador tendrá que garantizar la estabilidad en el empleo, garantizar la seguridad social, la protección especial a la mujer y una remuneración mínima vital, entre otras.

El retén social como mecanismo para garantizar la estabilidad en el empleo, es concreción de los mínimos a los que hace referencia dicho principio.

Así, ha dicho la Corte Constitucional que

Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono.¹⁴¹

Partiendo de lo anterior, no hay justificación alguna que permita concluir el trato diferencial que hace la ley para trabajadores públicos y privados en materia de estabilidad laboral, en tanto si bien subsisten diferencias en los regímenes laborales,

¹⁴⁰ “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 1998. M.P. Fabio Moron Diaz

no debe subsistir en materia de derechos y mínimos, pues estos se derivan de la constitución, de la lectura sistemática de los artículos 13 y 53 C.P. Las garantías constitucionales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado¹⁴², no en razón del régimen laboral o contractual por medio del cual se desempeña una labor. ¿En que quedarían los derechos fundamentales y las garantías que se desprenden de ellas, si supeditáramos la aplicación de los mismos al régimen laboral que se tiene?

PROTECCIÓN A LA FAMILIA, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (ARTÍCULOS 5, 44 Y 45 C.P)

Por su parte, frente a las madres/padres cabeza de familia sin alternativa económica, cuando se ven desprovistos de protección laboral especial o reforzada, se ven afectados los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, toda vez que la protección a las madres y padres cabeza de familia, se deriva de la especial protección a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, los cuales conforme a lo señalado en el artículo 5, 44 y 45 de la Constitución Política tienen prevalencia sobre los demás y como consecuencia le corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia protegerlos.

El artículo 5 de la C.P consagra que, sin discriminación alguna, primaran los derechos inalienables de la persona y el amparo a la familia como institución básica de la sociedad. Tras la lectura del mismo puede concluirse que es la protección a la institución de la familia, lo que hace que antes de tomarse decisiones sobre un trabajador en particular, se entienda que todo correlativamente afectará a ese núcleo básico de la sociedad.

Si adicionalmente se acepta que las familias, en sus múltiples formas, pueden estar compuestas por niños y adolescentes, se debe proteger a esta institución de manera

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-768 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

más intensa, en tanto se deben garantizar específicamente los derechos de estos, que de acuerdo con el artículo 44 y 45 de la Constitución son: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación, entre otros.

La posibilidad de permitir el goce de estos derechos en los niños y adolescentes disminuye, en tanto no haya condiciones económicas que puedan garantizarlas.

Por consiguiente, la protección del padre/madre cabeza de familia sin opción económica, garantiza la viabilidad para la concreción de los derechos de su grupo familiar, puesto que, de no subsistir un sustento económico, se afectará en gran medida el mínimo vital y la dignidad humana.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA (ARTÍCULOS 49 Y 11 C.P)

Se protegen ambos derechos cuando se da lugar a la protección por parte de la estabilidad laboral del retén social. Es decir, ante la situación de debilidad manifiesta de un empleado, si este sencillamente es expulsado del cargo, no tendrá las herramientas económicas suficientes para subsistir con su padecimiento de salud. Adicionalmente, la desvinculación produce, entre otros, la finalización de la afiliación al régimen de salud, lo que lleva a concluir tratamientos que podrían haberse iniciado, lo que pondrá en mayor riesgo a la persona y la dejará en una situación de debilidad aún mayor.

En relación a la protección de personas en situación de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud, se percibe la vulneración al derecho fundamental a la salud, a la dignidad humana y en últimas podría verse comprometido el derecho a la vida.

Frente a los empleados del sector privado, esta modalidad de retén social, encuentra su equivalente, aplicándose lo respectivo a la estabilidad laboral reforzada en razón de la enfermedad, la incapacidad laboral y al tratamiento médico.

PRINCIPIO DE IGUALDAD (ARTÍCULO 13 C.P)

Al realizar el test de igualdad integrado con el juicio de proporcionalidad, con el fin de verificar el trato diferencial y la afectación al principio de igualdad en materia de estabilidad laboral, para los trabajadores del sector privado en relación con los trabajadores del sector público se encuentra que:

Paso 1: Se debe examinar “si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido”¹⁴³.

El Retén social es un medio idóneo para realizar las obligaciones que se derivan de ser un Estado Social de Derecho, en cuanto el Estado debe realizar acciones positivas para igualar a los que no son iguales, proteger y contener los actos negativos, que impactan a grupos de personas en condiciones especiales, mediante el despliegue de la actuación estatal. Por tal razón, esta figura de carácter supralegal, es óptima para la protección de las personas que se encuentren en una condición especial.

Paso 2: Analizar “si el trato diferente es o no necesario o indispensable”¹⁴⁴

En consideración, el trato diferencial por parte de la ley al otorgar protección laboral reforzada a madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica y a personas prepensionadas que laboran para el Estado, no es algo necesario e indispensable. Si bien la expedición de la ley 790 de 2002 está específicamente dirigida para los trabajadores del sector público, en la actualidad no hay como continuar justificando tal distinción, en tanto la entidad del artículo 12 de dicha ley

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-047 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-047 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

ha trascendido la misma para consolidarse en un marco suprallegal, atendiendo a su garantía de derechos constitucionales. Por tal motivo, que hoy los trabajadores del sector privado no puedan verse cubiertos por medio de la aplicación directa del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y su Decreto reglamentario, beneficiándose de esta estabilidad laboral reforzada no es justificable, en tanto todo trabajador por el solo hecho de serlo tiene derecho a las garantías constitucionales que se derivan de los artículos 13 y 53 de la Constitución política.

Paso 3: Realizar “un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”.¹⁴⁵

El trato desigual violenta el artículo 13 y 53 superior, adicionalmente el derecho fundamental a la salud, a la seguridad social, a la familia, los derechos fundamentales de los niños, los adolescentes y el mínimo vital. Existe una gran cantidad de trabajadores del sector privado que podrían mantener su cargo en casos de liquidación de la empresa o restructuración de la misma, con el fin de garantizar los derechos de estos grupos de especial protección, al menos hasta el momento en que se ponga fin a la personería jurídica de la empresa o se pueda acceder a un plan de reubicación.

Es decir, la medida contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se aplicaba originalmente sólo para trabajadores del sector público en razón a que el Estado al ser social de derecho tiene ciertas obligaciones, que el empleador en el sector privado no tiene naturalmente, pero, si para los empleados del sector público se determina que estos son sujetos de especial protección en materia laboral, que el empleador sea privado no cambia esas mismas razones de hecho y de derecho que los hacen acreedores a la estabilidad laboral.

Adicional a lo anterior, el empleador en el sector privado, tiene limite a la autonomía de la voluntad frente al despido de sujetos de especial protección, la cual deviene

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-047 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

de la ley o la constitución. Se protege esencialmente a las personas que ostentan una estabilidad laboral reforzada, es decir: víctimas de acoso laboral, trabajadores sindicalizados, los que tienen fuero circunstancial, trabajadores antiguos, mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, trabajadores enfermos y en situación de discapacidad (mejor definidos bajo el termino empleados en situación de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud), impidiéndose el despido en razón de las circunstancias que los hacen estar en una situación diferencial.

Es necesario establecer que la estabilidad laboral reforzada debe darse en razón a las características específicas de la persona, no del empleador.

No es más significativo el trato diferencial, que los derechos que se ponen en riesgo al continuar manteniendo un trato desigual e inequitativo entre trabajadores del sector público y privado en materia de estabilidad laboral reforzada.

Las relaciones laborales, indiferentemente de la naturaleza del empleador, siempre que se dé una prestación personal de un servicio, bajo subordinación y dependencia en contra prestación de un salario, "(...) no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado"¹⁴⁶. Esta presunción aplica solo para trabajadores oficiales, entonces ¿Qué sucede con el resto de servidores públicos?

Ha entendido la Corte Constitucional, en Sentencia T-357 de 2016 que:

"La condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez."¹⁴⁷

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Conforme a esto, debería entenderse que no hay distinciones entre trabajadores públicos y privados, al menos, en lo que refiere a prepensionados y debería asumirse de igual manera que esto pasa en materia de padres y madres cabeza de familia sin alternativa económica, que son grupos vulnerables que no tienen protección en el régimen privado.

Es decir, tanto la ley como la constitución nos proveen suficientes herramientas para concluir que no debería haber distinción alguna, al menos en lo que corresponde a estabilidad laboral, en relación con trabajadores públicos y privados.

Así el mecanismo de vinculación sea diferente en unos y otros, y que las obligaciones derivadas de tal sean diversas, deben considerarse sujetos iguales ante la aplicación de dicho mecanismo de estabilidad laboral reforzada.

Haciendo un barrido constitucional se puede establecer que, no hacer dicha equiparación y asumir que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y su respectivo Decreto Reglamentario exceden de la órbita de aplicación a los trabajadores privados, supone una vulneración al establecimiento de Colombia como Estado Social de Derecho, en tanto, el mismo supone el respeto a la dignidad humana y la protección al trabajo, obligando al Estado a proveer mecanismos de protección para evitar la flagelación de los mismos, en este entendido, esto es el retén social, suponer su aplicación de manera excluyente para trabajadores del sector Público, genera una carga negativa para aquellos trabajadores privados, que de manera comparativa no tienen las mismas garantías que aquellos que laboran para el Estado.

¿Qué fundamenta esa diferenciación, acaso ante la liquidación o reestructuración de una empresa, los trabajadores no se ven igualmente afectados, sea su empleador una entidad estatal o una persona jurídica de naturaleza privada?

Las razones que fundamentan la diferenciación puede decirse que se basan en las obligaciones que tiene el Estado colombiano al actuar como empleador, en las

diferentes acepciones del lenguaje que puedan usarse, al final termina siendo esto, sea cual sea la relación contractual que medie, que podría parecer arbitrario y proteccionista que fuesen trasladadas al empleador como agente privado. Sin embargo, en el contrato laboral, el empleador privado no tiene pleno uso de la autonomía de la voluntad, no puede este finalizar una relación laboral cuando así lo quiera sin que verse intermediación alguna o el respeto a entidades superiores, como los derechos fundamentales de la persona. En todo caso, la autonomía de la voluntad del empleador en materia laboral se verá limitada y coartada por el respeto y protección a la Constitución.

Adicionalmente, el empleador indiferentemente de su naturaleza, tendrá siempre que actuar bajo el principio constitucional de solidaridad, con lo que deberá dirigir sus actuaciones a garantizar la estabilidad en el empleo frente a trabajadores que están sometidos bajo situaciones especiales.

DE LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO COLOMBIANO (ARTÍCULO 2 C.P)

Establece el artículo 2 de la C.P. que el Estado como fin esencial debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma. Pues bien, es menester que, en aplicación del mencionado, se extienda la protección a los empleados del sector privado, puesto que continuar realizando una diferenciación entre unos y otros en materia de estabilidad laboral, solo permite, en esencia, que se aplique de manera progresista la ley sobre unos sujetos y de manera regresiva sobre otros, quedando estos últimos desprovistos de protecciones necesarias y al final del día se les terminen vulnerando derechos fundamentales, económicos y sociales.

En concordancia con el bloque de constitucionalidad, el principio de progresividad en materia laboral impide que se legisle y se tomen decisiones judiciales como en sede administrativa de manera regresiva, que desmejoren los derechos ya alcanzados.

DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO (ARTÍCULO 25 C.P)

Reza el artículo 25 que: “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Lo que lleva a preguntarse ¿Cuál es la justicia efectiva, que se da cuando el mismo legislador realiza distinciones en la aplicación de la ley, en sujetos que deberían estar igualmente protegidos? ¿Acaso es esta una verdadera manera de proteger el trabajo? La lógica interpretativa lleva a concluir que, el Estado en materia de retén social, privilegió a sus trabajadores y desmejoró a aquellos que no lo eran, al no garantizar una aplicación paritaria de la garantía laboral.

Una madre cabeza de familia sin opción económica diferente a la que percibe por concepto de salario, se verá igualmente afectada ante el despido sea que trabaje para el Estado como para un particular. Así tal cual, aquella persona que tenía la expectativa legítima de pensionarse, ante la liquidación sea de la empresa o de la entidad, pública, privada o mixta, quedará en la misma incertidumbre sobre la efectiva concreción de su derecho. Por esto, el Estado colombiano en razón de sus obligaciones tanto con la Constitución como con los instrumentos de derecho internacional debe ser coherente, así lo ha entendido la Corte y así debería aplicarse de manera directa, por la ley, sin obligar al trabajador a interponer acciones en la jurisdicción.

CONCLUSIONES

En materia de estabilidad laboral, se puede percibir por la lectura jurisprudencial, que se han dado avances significativos en unas categorías más que en otras, en tanto unas se han accionado más que las demás, por lo cual la construcción conceptual es más alta en materia de mujeres en embarazo y estado de lactancia que en trabajadores víctimas de acoso laboral.

De manera eficiente se han venido protegiendo a la población en situación especial que puede ser beneficiaria de alguna de las 7 categorías establecidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, la diferenciación entre trabajadores públicos y privados, genera una situación de desigualdad que no debería ser tolerable. Si bien los supuestos y los beneficiarios de cada una de las categorías, son diferentes, algo los equipara y es esa situación de posición de indefensión, de debilidad manifiesta y de desigualdad comparativamente hablando con otro trabajador que desempeñe las mismas funciones o similares.

El retén social en materia de prepensionados deberá aplicarse, bajo el uso del principio de favorabilidad, entendiendo que el término de tres años, debe comenzarse a contar a partir del momento en que es efectivamente suprimido el cargo dentro de la entidad.

En Colombia se siguen sosteniendo marcadas diferencias en materia de derecho laboral privado y derecho laboral administrativo, diferencias que siguen sin fundamentarse en razones constitucionales, que resultan siendo violatorias de la misma y que obedecen simplemente a un capricho del legislador, al menos en lo que se refiere a estabilidad laboral reforzada.

No cabe duda que la Constitución no genera trato diferencial de manera negativa, en lo que se refiere a la aplicación y protección de derechos, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales. Por ende, no hay razón que justifique la no aplicación del retén social, más aún cuando su estatus actualmente es de norma de

carácter suprallegal, es decir, más allá de una norma de rango legal, a todos aquellos que son parte de una relación laboral.

Indicar que esto no es posible, es sostener que los empleados del sector público tienen más garantías laborales que los empleados del sector privado, pero para poder hacerlo es necesario que sea proporcionalmente posible y como se demostró, no lo es. La elección de continuar dando un trato diferencial, es afectar derechos fundamentales, situación que resulta más gravosa que la medida que justifica este.

Al no protegerse de manera equitativa, los empleados que vienen de empresas que pasan por procesos de democratización accionaria, privatizaciones y demás, pierden la expectativa con la cual trabajaron siempre, es decir, que en caso de una contingencia como una liquidación o un proceso de renovación, iban a estar protegidos en razón de sus condiciones especiales. Ante tal diferenciación, cambiando de régimen perderían esta protección, sin embargo, nada cambiaría la situación de debilidad manifiesta en la que se verían sumidos.

En materia de prepensionados, la violación del derecho fundamental a la seguridad social es intenso, más aún si se consideran las dinámicas propias del empleo en Colombia, esto es, las tasas de desempleo y contratación de personas por en el rango de edad de 50 años en adelante. Lo que recrudece la imposibilidad para continuar cotizando al sistema y así poderse hacer a una pensión.

En relación con madres cabeza de familia sin opción económica, pese a ser sujetos de especial protección constitucional, haber leyes que garantizan su ingreso al empleo, nada impide al empleador que, en casos como los procesos de liquidación o renovación, sean estas despedidas sin justa causa. Es decir, la normativa vigente no obliga al empleador a poner en consideración demás personas antes que el inminente despido de una madre cabeza de familia.

El retén social, siendo aplicado a empleados públicos y privados de manera indistinta, permite que grupos vulnerables puedan concretar, no solo sus

expectativas legítimas, sino que, podrán garantizar un mínimo vital y la no vulneración de la dignidad humana de estos y de sus grupos familiares.

En materia de madres/padres cabeza de familia sin opción económica, es de vital importancia la protección, en tanto lo que se busca es poder garantizar que los hijos y grupo familiar de la misma, sigan teniendo acceso a derechos fundamentales como la salud, educación, vivienda, recreación, mínimo vital, garantizar su dignidad humana, propender a la generación de un ambiente propicio para que niños, adolescente, estudiantes y personas en situación de discapacidad, puedan desarrollarse de una manera correcta.

La Corte Suprema de Justicia, actuando como Juez Constitucional, en sala laboral, ha desconocido lo que ya la Corte Constitucional viene sosteniendo durante un tiempo considerable, esto es, que el retén social aplica a todo servidor público, indiferentemente de si la entidad hace parte o no del poder central. Esta es una discusión ya superada desde la jurisprudencia constitucional, pero que parece no ser relevante para la Corte Suprema, quien ha aplicado la norma bajo su interpretación menos favorable para el empleado, tal como se pudo observar en las sentencias del 24 de agosto de 2016 con número de radicación 68211. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz y del 7 de septiembre de 2016 con número de radicación 68291. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

Debe demandarse por inconstitucionalidad el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, con el fin de que se declare la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido que la disposición aplicará a todo trabajador que se encuentre en supuestos de renovación o liquidación de la entidad o empresa. Ya que sopesan argumentos para no encontrar proporcional la no aplicación de dicha estabilidad laboral especial o reforzada a trabajadores bajo los mismos supuestos de hecho, por tener un régimen laboral distinto.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA BETANCOURT, Ricardo. El principio de Estabilidad Laboral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014. p. 276.

BARONA BETANCOURT, Ricardo. El principio de Estabilidad Laboral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014. p. 262-263.

Citado por: BARONA BETANCOURT, Ricardo. Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano, Revista Criterio Jurídico garantista Año 2-Numero 2-Enero-Junio-2010. Bogotá, Colombia. Editado por la Facultad de Derecho Autónoma de Colombia, 2010. p. 254.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1010 de 2006. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 2006.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1997.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen Reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1990.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República. Diario Oficial. Bogotá, 2002.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 82 de 1993. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Diario Oficial. Bogotá, 1993.

COLOMBIA, EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 190 de 2003. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002. Diario Oficial. Bogotá. 2003. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda, Subseccion "B", 30 de junio de 2011, Radicación 25000-23-25-000-2003-04222-01 (0270-09). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia del 30 de junio de 2011, Radicación Número: 25000-23-25-000-2003-04222-01 (0270-09). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicación Número: 25000-23-25-000-2003-05388-01(1585-08). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 7 de abril de 2011, Radicación Número: 11001-03-25-000-2007-00048-00 (1013-07). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A", Sentencia del 3 de marzo de 2011, Radicación No: 19001-23-31-000-2010-00403-01. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

CONTI, Augusto. Manual de Derecho Laboral: los principios del derecho del trabajo y su dimensión democrática. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 48-51.

CÓRDOBA, J. I. Derecho Administrativo Laboral: Empleo Público, Sistema de Carrera Administrativa y Derecho a la Estabilidad Laboral. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009.

Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 1998. M.P. Fabio Moron Diaz

Corte Constitucional, Sentencia C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-960 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C- 005 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-991 de 2004. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada

Corte Constitucional, Sentencia SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia SU-388 de 2005, M.P. Clara Inés Vagas.

Corte Constitucional, Sentencia SU-389 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia SU-879 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-047 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-096 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T-116 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, Sentencia T-178 de 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-263 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-283 de 2006. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-326 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-353 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-513 de 2006. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell y

Corte Constitucional, Sentencia T-559 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell y

Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-638 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-768 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-802 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-832a de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-849 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-989 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-623 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia SU-897 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional. Sentencia T-862 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 19 de octubre de 2011, Radicación: 41075. M.P. Carlos Molina Monsalve.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 5 de octubre de 1998. M.P. German Valdes.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Laboral, Sentencia del 03 de febrero de 2016, Radicación n.º 50948. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 4 de julio de 2012, Radicación N° 44915. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 17 de mayo de 2011, Radicación N° 42064. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación N° 42064. 17 de mayo de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 22 de julio de 2015, Radicación 59963. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 12 de febrero de 2015, Radicación 43118. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 26 de octubre de 2016, Radicación 45060. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 19 de octubre de 2016, Radicación 45165. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 9 de noviembre de 2016, Radicación 65599. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 14 de marzo de 2016, Radicación 62521. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 13 de abril de 2016, Radiación 64513. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 11 de mayo de 2016, Radicación 65445. M.P. Fernando Castillo Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de agosto de 2016, Radicación 68211. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Radicación 68291. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Radicación 68417. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 3 de noviembre de 2015. Radicación 62179. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz.

COSMOPOLIS, Mario Pasco. Estabilidad en el empleo y contratación precaria. Murcia, Universidad de Murcia, 1989. p. 41.

DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México: Porrúa, 2001.

DE LA FUENTE, Horacio H. Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. Argentina: Zavalía, 1976. p.19.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

DEVEALI, Mario L. Lineamientos del derecho al trabajo. Argentina: TIPOGRAFICA EDITORA ARGENTINA, 1956. p.315.

GUZMÁN, Alfonso. Nueva Didáctica del derecho del trabajo. 2 ed. Caracas, 2001. p. 305.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Nuevo Proceso Laboral Venezolano. 2 ed. Venezuela: LIBER, 2004. p. 557.

MENDEZ, Juan David. La Estabilidad Laboral Reforzada desde la Protección de la Salud, Un desarrollo Constitucional. En Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa. Medellín: BIBLIOTECA JURÍDICA DIQUE. p. 145-146.

MENDEZ, Juan David. La Estabilidad Laboral Reforzada desde la Protección de la Salud, Un desarrollo Constitucional. En Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa. Medellín: BIBLIOTECA JURÍDICA DIQUE. p. 145-146.

MORALES, Hugo Italo. La estabilidad en el empleo. México: Trillas, 1987. p.17.

MURGAS TORRAZZA, Rolando La extinción de la relación laboral. Lima: AELE, 1987. p.188.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

PINEDO, J. M. El Principio de Estabilidad Laboral en los Pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005. Bogotá D.C: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. La estabilidad del trabajador en las empresas. México. 1981.

SUAREZ, Fernando. Tendencias del Derecho del Trabajo en cuanto a la garantía del empleo. En: Derecho Laboral 145. 1967.