

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN TRABAJADORES PRIVADOS
PREPENSIONADOS**

LEIDY TATIANA TAPIAS ARANGO

ISABEL CRISTINA RESTREPO URIBE

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SEDE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN – COLOMBIA

2017

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN TRABAJADORES PRIVADOS
PREPENSIONADOS**

NOMBRE:

LEIDY TATIANA TAPIAS ARANGO

ISABEL CRISTINA RESTREPO URIBE

Trabajo de Monografía para optar el título de Abogado

DIRECTOR DE MONOGRAFIA:

Jorge Tamayo

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SEDE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN – COLOMBIA

2017

Esta monografía la queremos dedicar de manera especial y en primer lugar al Ser que nos bendijo y nos permitió llegar hasta acá, a nuestro amado Dios.

Así mismo, queremos dedicarle a nuestras preciosas familias, padres, madres, hermanos, tíos, primos, quienes con sus infinitas oraciones y consejos nos han forjado en nuestro ser y en amor, ayudando así a la labor que la academia tuvo para con cada una de nosotras.

De igual forma, queremos dedicar este trabajo a aquellos compañeros de vida y amigos porque también sin ellos, sin sus enseñanzas, nuestro paso por este camino no habría sido igual. Agradecemos cada apoyo, lucha, consejo, esfuerzo y consagración que hicieron parte especial de nuestros procesos, porque sin ese apoyo, quizás no hubiéramos llegado hasta este gran momento.

Las palabras y los sentimientos no alcanzan para agradecerle a la vida por ustedes en nuestras vidas.

A su vez, gracias a la Universidad Santo Tomas, su planta docente y administrativa por acogernos en su seno y permitirnos formarnos como profesionales y como personas.

No queda más que agradecer por siempre y para siempre por todos ustedes.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:	4
CAPÍTULO I	13
1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	13
1.1 DEBILIDAD MANIFIESTA	19
1.2 TITULARES DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.....	20
CAPITULO II	31
1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE - PANORAMA LEGISLATIVO.	31
CAPÍTULO III	36
1. LÍNEA JURISPRUDENCIAL ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA TRABAJADORES PRIVADOS PREPENSIONADOS	36
ARBOL CITACIONAL	38
2. SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS	46
3. DIAGRAMA DE NICHOS CITACIONAL.....	47
4. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS.....	48
5. GRAFICACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL	78
ANÁLISIS	79
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

*El Señor dice:
«Yo te instruiré,
yo te mostraré el camino que debes seguir;
yo te daré consejos y velaré por ti.»*

Salmo 32:8

INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, el tratamiento de la temática Laboral en Colombia cambió radicalmente, esto se debe principalmente a lo establecido en los artículos 13, 43, 44, 46, 47 y 53 de la Carta Magna que se constituyen en la piedra angular y esencial del derecho laboral colombiano junto con los tratados internacionales, tales como, Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos-1988, aprobado por el Congreso a través de la ley 319 de 1996 art 7; en igual sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU-1948 art.55, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA-1948, art.19. Este cambio en la temática constitucional se debe a la llamada constitucionalización del derecho, entendido esta como aquel fenómeno jurídico por el cual, todo el ordenamiento jurídico de un país, está permeado desde su interpretación y aplicación, por la Constitución Política; lo que conlleva, a que la Carta sea de forma obligatoria la norma primaria, de la cual se deben desprender todas las decisiones ajustadas a derecho.

Colombia al ser un Estado Social de Derecho, necesariamente se acoge a la idea de tener una constitucionalización “férrea” del derecho, pues cumple con las tres grandes características de un Estado netamente constitucional; estas son, I) Constitución rígida, es decir, una Carta escrita y cuya reforma, sea de difícil obtención; II) Garantía jurisdiccional de la Carta, esto significa que debe existir un órgano de vigilancia de la Constitución, que para el caso colombiano sería la Corte Constitucional; III) Fuerza vinculante de la Constitución, lo que consagra que todas las decisiones que se tomen, deben ser en observancia de la Carta política.

Es importante destacar que el contenido de este articulado está estrictamente basado en tratados y convenciones internacionales sobre el derecho al trabajo y la relación de este con las organizaciones sindicalizadas; además del tratamiento jurisprudencial que le ha dado la Corte Constitucional a este tema, todo esto, en aras de reconocer las repercusiones sociales, económicas, políticas, culturales y hasta familiares que se relacionan con la protección a unas condiciones laborales dignas relacionadas a la consagración del trabajo como un principio fundamental de la Constitución de 1991, derechos que en principios no se encuentran regulados por la Carta Política, pero debido al trabajo doctrinario denominado bloque de constitucionalidad, se han dado como pertenecientes a la Carta, este bloque se entiende 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” (Sentencia C-067/03 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

De ahí, la importancia del reconocimiento de los derechos de los trabajadores y más aún, de aquellos que se encuentran en un estado especial, y por tal, requieren una protección Constitucional que ayude a garantizar el derecho al trabajo y a la seguridad social como un derecho fundamental.

En relación con lo anterior, el principio de estabilidad laboral reforzada se constituye como un pilar fundamental para las personas en situación de debilidad manifiesta, y así mismo el

estudio de esta figura se reviste de una especial importancia en derecho laboral. Teniendo en cuenta que lo que nos atiene es la posibilidad de aplicar este criterio a trabajadores pre pensionados (en el sector privado), de los que se podría predicar cierta debilidad manifiesta producto de situaciones históricamente discriminatorias, y por supuesto objeto de especial protección de acuerdo a nuestra Carta Magna, como lo son las personas de una avanzada edad, que de ser despedidas sus posibilidades de ser contratadas por nuevos empleadores serian prácticamente nulas, todo lo anterior, en razón de los diferentes fallos proferidos por la Corte Constitucional en asuntos de protección a la personas de la tercera edad, que no solo sufren por la finalización de su ciclo económico activo, sino que además las personas de la tercera edad son quienes más deben batallar contra el sistema de salud en Colombia, pues por su condición muchas veces requieren de atención médica y de implementos que garanticen una condición de vida digna y es esta dignidad la que es pasa por encima muchas veces no solo por las EPS, sino tambien por sus empleadores. “En dichos fallos la Corte Constitucional les reitera a las EPS que las personas de la tercera edad son vulnerables por su condición física, mental o económica y, por esta misma razón, son quienes requieren medidas especiales de protección”, además como señala la Corte Constitucional en sentencia T 638 de 2016 que: *“los mecanismos para proteger la estabilidad laboral reforzada, si bien se basa en la ley y la jurisprudencia constitucional, no es menos cierto que su origen se desprende de los principios relativos al derecho a la igualdad, a la seguridad social y dignidad, entre otros, consagrados en la Constitución Política. Es decir, se trata del reconocimiento de derechos fundamentales y, por lo mismo, debe cobijar a todos los ciudadanos en general”*

A pesar de lo anterior, y de la existencia de desarrollos legales y jurisprudenciales en el sector laboral público como la Ley 790 de 2002, Ley 812 de 2003 y la sentencia C 991 de 2004,

que consagran este tipo de protección para servidores públicos en condiciones específicas; lo cierto es que en el sector privado el tema todavía es tabú, y no se ha abordado respecto de los trabajadores del sector privado. Cosa que no se entiende pues, la Corte Constitucional ha dejado la puerta abierta en cuanto a la estabilidad laboral reforzada para cualquier persona que esté en una situación de debilidad manifiesta, que es un término con bastante desarrollo jurisprudencial, a tal punto de que a día de hoy se encuentran cobijados con fuero un amplio grupo de personas en relación a este criterio (debilidad manifiesta).

De acuerdo a lo anteriormente manifestado, es claro que el estudio cuidadoso de la problemática planteada es una oportunidad académica inmejorable, que de ser bien aprovechada puede consolidarse por un lado en la construcción de conceptos académicos nuevos que pueden aportar y nutrir nuevos fallos jurisprudenciales que toquen la temática planteada que incidan directamente en la práctica del derecho laboral a corto plazo y que se puede reflejar positivamente en el número de personas que logran alcanzar sus derechos pensionales y en una reducción en las cifras de personas despedidas y desempleadas.

Por otro lado, esta investigación puede abrir las puertas a un conjunto de investigaciones relacionadas con la temática de la estabilidad laboral reforzada que pueden suponer cambios conceptuales y académicos en el entendimiento de que estas categorías jurídicas, permiten una interesante discusión académica.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Desde la Constitución Política de 1991, se establece la protección de los trabajadores perteneciente a todo el territorio nacional. Ahora, no todos los trabajadores exigen una

protección igualitaria, puesto que, a razones de raza, minusvalía física, embarazo, creencias, tiempo laborado, etc., estos tienen mayor protección, por parte del ordenamiento jurídico, y por un sinfín de pronunciamiento de las Altas Cortes. De acuerdo, al artículo 13 de la Carta Política, que consagra el derecho a la igualdad, las medidas de protección surgen como medios para privilegiar grupos tradicionalmente discriminados, por razones de raza, sexo, discapacidades, lo que posteriormente se extendió a la protección de las personas prepensionadas. De esta forma, se ha reconocido la importancia de las medidas estatales que trazan políticas optimistas o preferenciales de acceso a recursos o productos irrisorios para un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente han sido discriminados, como lo es para el presente asunto, las personas amparadas con especial protección debido a su condición de debilidad manifiesta.

Señala la Corte Constitucional en sentencia T 156 de 2014 que:

“Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”. Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de

manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales”

Es un tema álgido, pues son un grupo poblacional que históricamente ha sido vulnerable al poder del capital, generando desprotección, informalidad e inequidad laboral, que desde siempre se las ha vulnerado sus derechos laborales.

Como mecanismo para combatir esa debilidad o vulnerabilidad, la Corte Constitucional, en un número plural de sentencias, ha conceptuado y establecido qué se entiende por estabilidad laboral reforzada, y cuáles son los requerimientos que necesita un trabajador para acceder a esta, para este Tribunal este derecho consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz” (Sentencia T-002 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo)

Se ha encontrado que, existe una laguna jurisprudencial y legal, para la protección de los trabajadores pre-pensionados del sector privado, puesto que no se cuenta con suficiente evidencia normativa, para que estas personas puedan procurar garantizar su laburo, cuando estén próximos a pensionarse.

Cabe señalar, que en Colombia, el artículo 33¹ de la Ley 100 de 1993 consagra que son requisitos para pensionarse los siguientes:

Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Así, la Corte Constitucional se ha referido a los prepensionados como aquellas personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública, entendiendo que “tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo

¹ Se toman en cuenta los requisitos para la pensión de vejez, para establecer los requisitos para la obtención de cualquier otro tipo de pensión, es necesario acudir a la normatividad para determinar las exigencias de cada tipo de pensión.

de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez” (Sentencia C-759 de 2009 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

Frente a esto, se ha pronunciado la Corte:

El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idénticos tratos dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la Ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes. (Sentencia SU-897 del 2012. M.P Alexei Julio Estrada).

Como se mencionó anteriormente en la introducción, el principio de estabilidad laboral, ha sido consagrado también en tratados internacionales sobre derechos humanos que Colombia ha incorporado a su ordenamiento, los cuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución, prevalecen sobre el ordenamiento interno. Uno de ellos, el Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos-1988, aprobado por el Congreso a través de la ley 319 de 1996, establece en su artículo 7: “Los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular... d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá

derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional.” En igual sentido, dicho principio se consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU-1948 art.55, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA-1948, art.19.

Internacionalmente también existen instrumentos orientados a proteger el derecho fundamental a la seguridad social de las personas, verbi gratia, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9[45]), el Código Iberoamericano de la Seguridad Social (art. 1º[46]), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22[47]), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16[48]) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9[49]). De acuerdo con estas normatividades, 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.

En efecto, para proteger a uno de esos grupos, concretamente al adulto mayor, la Ley 1251 de 2008, expresamente establece como objeto de la misma, la defensa de los derechos de ellos y orientar “políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia”.

Así mismo, en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha resaltado la protección de las personas en su “ancianidad” y la progresividad en cuanto a las medidas para efectivizar el derecho. En ese orden de ideas, se ha dispuesto:

“Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- a. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;
- b. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;
- c. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”.

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, luego de hacer una relación como tal de los derechos en pro de una justicia social fundada en el respeto de los mismos, en el artículo 5º estableció de manera expresa la prohibición de “no discriminación por razones de edad” y el derecho a la igualdad para los adultos mayores.

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto

del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

Sobre este tema, la Corte Constitucional dispone que:

De ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral. Independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal. Adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios. Por lo tanto, al resolver “el caso controvertido” – en los términos del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo acusado en el presente proceso-, tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P., art. 93, inc. 1). (Sentencia C-401 de 2005 M.P Manuel José Cepeda Espinosa)

Con lo anterior, lo que se quiere es lograr, esclarecer si la protección consagrada en los tratados internacionales, por la ley, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para

las personas pre-pensionadas del sector público, es aplicable de igual manera, para los trabajadores privados, que son los de mayor número en el territorio nacional, todo esto en razón a la puerta que abrió el programa “PRAP” el cual fue pauta de inicio para la denominada figura de estabilidad laboral reforzada en caso de ser pre pensionado, programa que tenía como objeto la renovación de todo el sector público, proveyendo así a su vez nuevos cargos por carrera administrativa, supresión de estos mismos y lograr una eficiencia y eficacia de la administración pública, quedando como trasfondo la problemática con los servidores próximos a pensionarse pero que ya no era posible tenerlos trabajando para la administración pública.

Por lo tanto es importante mencionar o resaltar si de la lectura de las sentencias aquí mencionadas, es necesario que nos encontremos bajo un trámite de liquidación o reestructuración de alguna entidad ya sea pública o privada para poder obtener el beneficio de la estabilidad laboral reforzada en razón de la debilidad manifiesta por ser un prepensionado o si por el contrario, en razón de este momento dado en la reforma administrativa Colombiana se abrió una puerta a dicha protección, la cual no está de cierta forma tan ligada a los procesos de reestructuración, sino que, está ligada a un elemento más importante al ser humano, el cual es la dignidad humana de la cual hace parte fundamental la garantía del mínimo vital.

CAPÍTULO I

1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia, la estabilidad laboral reforzada es un derecho tutelado a personas que, por su condición física, mental, social e incluso familiar, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Como se dijo inicialmente, la estabilidad laboral se establece como uno de los principios del derecho laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y tiene como finalidad proteger a unas personas con especiales condiciones generalmente relacionadas con una debilidad, para efectos de buscar una igualdad real, y constituye a su vez una materialización del principio de solidaridad que funda nuestro Estado.

Dentro de las personas protegidas por este derecho se encuentran: I) Cuando el trabajador tiene una incapacidad superior a 180 días.

El artículo 62 numeral 15 del código sustantivo del trabajo establece que es una justa causa de despido del trabajador:

La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

II) La mujer embarazada o lactante.

Sobre el principio de estabilidad reforzada en el caso de la mujer embarazada, ha dicho la corte entre otras en la sentencia C-470 de 1997:

“En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la 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. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”

III) Trabajadores con fuero sindical y con fuero circunstancial.

Al respecto dice el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo:

Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

IV) Trabajadores incurso en conductas de acoso laboral:

El artículo 11 de la ley 1010 de 2006, establece una garantía para los trabajadores que hayan ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que contempla la ley de acoso laboral.

V) Los trabajadores secuestrados.

De conformidad con la ley 986 de 2005, a un trabajador secuestrado se le deben seguir cancelando su salario y prestaciones sociales y además se debe garantizar la estabilidad de su contrato hasta tanto: a) Termine el periodo del contrato a término fijo; b) recobre su libertad, c) se declare su muerte real o presunta.

La dimensión de esta protección constitucional implica que, su titular, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene cuatro aspectos principales: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz” (Sentencia T-002 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo)

En el ámbito nacional, encontramos los fundamentos de esta protección en el artículo 13 de la Constitución, que reza sobre la obligación que tiene el estado de adoptar medidas tendientes a la protección de personas en estado de debilidad manifiesta, ya sea por su condición física o mental o por ser sujetos tradicionalmente discriminados; y en el artículo 47 Superior, que obliga a las entidades públicas a adelantar políticas para la previsión, integración y rehabilitación de aquellos sujetos que tengan algún impedimento físico o

psíquico. Finalmente, el artículo 53 consagra el principio relativo a la estabilidad laboral de los trabajadores, siendo este el único apartado Constitucional que habla de principios mínimos fundamentales del derecho laboral. Este artículo reza:

Artículo 53. 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.”

Esta consagración Constitucional, es la base de todas aquellas pautas interpretativas del derecho laboral colombiano, y en especial lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada, el cual busca garantizar el derecho al trabajo de las personas que se encuentren en condiciones

especiales. Aunque este principio tenga a su vez varios fueros y ámbitos de protección, podríamos decir en términos generales que, esta garantía constitucional implica que:

Aquellas personas que se encuentren en un estado de vulnerabilidad manifiesta, deben ser protegidas y no pueden ser desvinculadas sin que medie una autorización especial. Si bien todos los trabajadores tienen el derecho a no ser despedidos de manera abrupta, esa estabilidad adquiere el carácter de reforzada cuando se trate de, entre otros, personas en condición de discapacidad o en general con limitaciones físicas y/o psicológicas para realizar su trabajo. A estos sujetos se les debe respetar “la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha establecido que esta garantía constitucional, es predicable de aquellos sujetos con limitaciones de salud para desarrollar cierto tipo de actividades laborales. Cobija a quienes padecen algún tipo de problema en su estado de salud que les impide realizar sus funciones.”² (Sentencia T 041 del 2014. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.)

Además de lo predicho, el principio de estabilidad laboral reforzada se presenta omnisciente en todo tipo de contrato laboral como así lo ha dictado la jurisprudencia colombiana en tanto:

La garantía de la estabilidad en el empleo cobija todas las modalidades de contratos, incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales tienen, en principio, una vigencia condicionada al cumplimiento pactado o a la finalización

² Corte Constitucional De Colombia: MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

de la obra. Lo anterior, por cuanto el principio de estabilidad en el empleo se predica de todos los trabajadores, sin distingo de la naturaleza del vínculo contractual, en tanto lo que se busca es asegurar al empleado la certeza mínima de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera tal que este no quede 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 empleador.³ (Sentencia T 041 del 2014. M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

1.1 DEBILIDAD MANIFIESTA

Las categorías de estabilidad laboral reforzada se enmarcan dentro de la denominada “Debilidad Manifiesta”, cual adquiere importancia como categoría jurídica desde el momento en que la Corte Constitucional (Sentencias C-531 de 2000 M.P Dr. Álvaro Tafur Galvis y C- 744 de 2012 M.P Nilson Pinilla Pinilla) incluye la protección de la Ley 361 de 1997 a todas las personas que presentaran algún estado de debilidad manifiesta,

En este sentido: “La Corte ha acogido una concepción amplia del término limitación, en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la sentencia T-198

³ Corte Constitucional De Colombia: MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

de 2006 se ha dicho que “en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores.”

Para entender el alcance de esta posición es importante establecer qué, se entiende por “Estado de Debilidad Manifiesta”. “De la lectura de las sentencias T-003 del 2010, T-936 del 2009, T-936 del 2010 y T-039 del 2010 de la Corte Constitucional, se entiende que la debilidad manifiesta es una garantía que escapa a la modalidad de contrato de trabajo suscrito, procede cuando la disminución de la capacidad laboral surge en desarrollo del contrato de trabajo, el cual protege a trabajadores que sufren un accidente de trabajo o una enfermedad laboral y no exige que haya una calificación previa de discapacidad. De igual manera, este tipo de protección puede deprecarse de una enfermedad de origen común, otorgando protección especial en virtud del principio de solidaridad y respeto por la dignidad humana. Adicionalmente, para esta corporación, el despido hecho en circunstancias de debilidad manifiesta se torna ineficaz puesto que se presume que la terminación laboral fue en razón de la enfermedad y, frente a tal situación, que es entendida como un trato discriminatorio e injusto, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo para el reintegro laboral”⁴ (Ambito Juridico, 2012)

1.2 TITULARES DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

⁴ sentencias T-003 del 2010, T-936 del 2009, T-936 del 2010 y T-039 del 2010

LOS TRABAJADORES INCAPACITADOS

En materia de Riesgos Laborales, el Artículo 2º de la Ley 776 de 2002- Modificado por la Ley 1562 de 2012- define la incapacidad temporal como aquella que, según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado.

Sobre este aspecto el artículo 26 de la ley 361 de 1997 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Así mismo, el artículo 62 numeral 15 del Código Sustantivo del Trabajo establece que es una justa causa de despido del trabajador:

La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

Sobre estas dos normas en mención, se establece que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una antinomia, puesto que dos normas dan solución a un conflicto de manera diferente.

En este caso, es necesario acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consiste en que el juez debe optar por una norma que resulte más favorable al trabajador, cuando dos normas pueden ser aplicables a un caso particular.

Así las cosas, la jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección

La Sentencia T- 211 de 2012 reiteró y aclaró el anterior punto. Así, señaló que

Los trabajadores que sean catalogables como (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una afectación en su salud; (b) esa circunstancia les “impida[a] o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) se toma que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada” (Sentencia T - 211 De 2012 MP. María Victoria Calle Correa)

LA MUJER EMBARAZADA O LACTANTE:

No es sorpresa que el estado de gravidez ostente especial protección ante la ley laboral, máxime si se tienen en cuenta en la constitución de 1991 los derechos fundamentales a la dignidad, familia, el trabajo entre otros ocupan una especial protección. En este sentido se desarrolla el fuero de maternidad, para las madres trabajadoras; este, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad); período dentro del cual se presume que el despido se ha producido por estas causas. Además de esto: “durante la lactancia (periodo posterior a la licencia de maternidad), si bien existe igualmente la prohibición de despedir a la trabajadora por este motivo, no se contempló la presunción contemplada para el despido durante el embarazo y licencia de maternidad; motivo por el cual, le corresponderá a la trabajadora demostrar que el despido se produjo en razón de la lactancia y sin ninguna justa causa.” (Ministerio del Trabajo, 2017).

Al respecto, El artículo 239 del código sustantivo del trabajo establece que:

“Artículo 239. Prohibición De Despedir. Modificado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990, Modificado por el art. 2, Ley 1468 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de

trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.” (Modificado por el artículo 1, Ley 1822 de 2017)

Sobre el principio de estabilidad reforzada en el caso de la mujer embarazada, ha dicho la corte entre otras en la sentencia C-470 de 1997:

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la 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. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar (Sentencia C-470 de 1997. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, 1997)

Por otro lado, es de destacar que, respecto a este tipo de fuero, la jurisprudencia constitucional y laboral han desarrollado una serie de elementos propios de la misma, que en cierta medida regulan e impiden que la mujer en estado de gravidez sea despedida si uno de estos elementos media en la situación:

1. Que el despido se ocasione durante el período amparado por el "fuero de maternidad", esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, como lo prevé el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Basta la comprobación de que la trabajadora se encuentra en estado de embarazo o durante los tres (3) meses posteriores al parto en el momento del despido.⁵
2. Que en el momento del despido el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la trabajadora por haber sido notificado oportunamente y en las condiciones que fija la Ley. Basta con la comprobación de que la trabajadora en estado de gravidez ha notificado a su empleador de su embarazo.⁶ Hay precedentes jurisprudenciales
3. Que el despido sea consecuencia del embarazo, o, lo que es lo mismo, que no exista una causal objetiva y relevante que justifique el despido. se presume que todo despido que se produzca durante el período de protección a la maternidad se realiza sin causa que lo justifique y que será obligación del empleador demostrar las causas objetivas justificantes del despido

⁵ Este elemento ha sido nutrido por la Jurisprudencia Constitucional teniendo como fundamentos conceptos legales más antiguos incluso que la Carta Política, “los cuales sirven de fundamento o patrón de medida a la Corte Constitucional para enmarcar en un período determinado la protección otorgada por la Constitución a la trabajadora gestante.” (Luis Alfredo Sanabria Ríos).

⁶ Hay referencias jurisprudenciales en los que la corte traslada al empleador la obligación de conocer el estado de sus trabajadores, por lo que el fuero de maternidad operaría ipso facto al estado de ingravidez. Esta condición operaría en los casos en que el embarazo sea un caso notorio.

4. Que no medie autorización expresa del Inspector del Trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública.
5. Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o de la criatura que está por nacer. Este criterio nace de la Doctrina del Mínimo Vital que ha creado la Corte Constitucional según la cual la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de la trabajadora. Como novedad encontramos que en este elemento la protección constitucional se extiende también al que está por nacer.

TRABAJADORES CON FUERO SINDICAL Y CON FUERO CIRCUNSTANCIAL:

El fuero sindical es una figura jurídica protectora y garantista del ejercicio de asociación, libertad sindical y negociación colectiva, contempla en los artículos 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo, en donde se consagra una protección especial para los trabajadores aforados, agregando al proceso de despido el levantamiento de fuero sindical por un juez de la república. En este sentido, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo reza:

Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Adicionalmente, en el artículo 408 del CST se establece que el empleador, para poder despedir a un trabajador aforado, o para desmejorarlo, o para trasladarlo, debe obtener el permiso del juez competente, quien lo negará siempre que no compruebe la existencia de una justa causa. De allí que si se comprueba que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se ordenará su reintegro y se condenará al patrono a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido.

Como justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero, el artículo 410 del CST señala las siguientes:

- “a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días y,
- b) las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del (CST) para dar por terminado el contrato”. Así las cosas, deberá atenderse lo preceptuado por las normas precitadas so pena de sanciones.

Por otro lado, el fuero circunstancial: “consiste en una garantía que ampara a los trabajadores que se encuentran en medio de una negociación colectiva, y mediante el cual se protege el conflicto colectivo. Este tipo de fuero se estipula en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 en donde se indica que los trabajadores que presenten al empleador un pliego de petición no podrán despedirse sin justa causa comprobada, desde que se presente el pliego y durante los términos que la ley señala para que se desarrollen las etapas que permitan el arreglo del conflicto” (T-998 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., 2010)

Frente a esta protección, la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 5 de octubre de 1998, reconoció que la protección que contempla el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se aplica para todo el conflicto en tanto: “El artículo 10 del decreto 1373 de 1966, reglamentario de la norma transcrita (art. 25 citado) precisa 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”

Por último, se debe resaltar que el fuero circunstancial se constituye en una protección reforzada que implica que la relación laboral continúe, que se efectúen los pagos de los salarios que no se percibieron, y que tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia tiene como fin la estabilidad laboral y no la indemnización.

TRABAJADORES QUE SON SOMETIDOS A CONDUCTAS DE ACOSO LABORAL:

En la ley 1010 de 2006, en su artículo 11, se reglamenta el fuero para los trabajadores que hayan adelantado procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que contempla la ley de acoso laboral.

Artículo 11. Garantías Contra Actitudes Retaliatorias. A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

Como se ve, esta consagración se fundamenta en la determinación de que la terminación unilateral del contrato de trabajo de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la ley, carecerá de todo efecto dentro de los seis meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente, verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento. También la ley consagra en contra del denunciante temerario, la posibilidad de la imposición de una multa, cuando la queja de acoso laboral carezca de todo fundamento (Art. 14 Ley 1010 de 2006)

Sobre la protección hacia las víctimas de acoso la Corte consideró en esa providencia, que la Ley 1010 de 2006 consagró medios idóneos de protección de los derechos de la víctima; “por lo que en principio es improcedente la acción de tutela en estos casos, por existir otra vía judicial efectiva para amparar tales derechos, teniendo en cuenta que “desde la formulación de la queja”, la terminación del contrato carece de efectos durante los 6 meses siguientes a esa situación. Cosa distinta sucede según la sentencia, cuando se trata de funcionarios públicos, ya que la vía disciplinaria no es necesariamente un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los trabajadores, por lo que en tales casos se consideró en

principio procedente la acción de tutela.” (SENTENCIA T-238/2008. MP. Mauricio González Cuervo., 2008)

LOS TRABAJADORES SECUESTRADOS:

El Flagelo del secuestro es uno de las problemáticas más dañinas para cualquier sociedad o comunidad. El Estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad. En efecto, además de poner en peligro el más preciado de los derechos humanos, el derecho a la vida y de atentar contra el derecho a la libertad⁷ y a la dignidad del hombre, el secuestro vulnera otros muchos derechos fundamentales, como son el derecho a la seguridad⁸, el derecho a la familia⁹, el derecho a la intimidad¹⁰, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libre circulación, el derecho al trabajo, el derecho a la participación¹¹ y toda una gama de derechos conexos con los anteriores.

En este contexto, la ley 986 de 2005 consagra la estabilidad laboral que se le debe garantizar al secuestrado con contrato laboral o a los servidores públicos que recobren su libertad, periodo que debe ser equivalente al del secuestro, pero cuyo máximo establece la disposición

⁷ Art. 12, 13, y 28 Constitución Política de 1991

⁸ Art. 21 Constitución política de 1991

⁹ Arts. 50 y 42 Constitución Política de 1991

¹⁰ Arts. 15 y 42 Constitución Política de 1991

¹¹ Arts. 16, 24, 25, y 40 Constitución Política de 1991

que será de un año contado a partir del momento en que se produzca la libertad. En el caso de los servidores públicos, la norma establece que se tendrá en cuenta si ha cumplido la edad de retiro forzoso o el periodo constitucional o legal del cargo. Igualmente, establece que se exceptúan de este beneficio a las demás personas que cumplan con la edad y requisitos para obtener pensión. Precisa la norma que este beneficio de estabilidad laboral reforzada mínimo por un año, no obsta para que se pueda dar aplicación a las causales legales de terminación legal del vínculo laboral por justa causa o la remoción del cargo por aplicación del régimen disciplinario, fiscal, penal, según sea el caso. (Sentencia C- 613 del 2015 MP. Luis Ernesto Vargas Silva)

CAPITULO II

1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE - PANORAMA LEGISLATIVO.

Como se verá más adelante a profundidad las bases más representativas a la estabilidad laboral reforzada en personas próximas a pensionarse pertenecen a los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, y la réplica a estos fallos por parte del Consejo

de Estado, en donde, además de respaldar la tesis del máximo tribunal constitucional, ha ido garantizando el acceso a este derecho por medio de las vías ordinarias.¹²

En este sentido la Corte Constitucional, más recientemente en algunos pronunciamientos ha analizado la necesidad imperativa de un marco normativo para esta categoría judicial en el sector privado¹³. En respuesta a eso en los últimos años se han presentado dos Proyectos legislativos tendientes a regular esta situación.

Por un lado, el Proyecto de ley 002/15S-250/16C de autoría de un grupo de senadores del Centro Democrático, busca que los servidores públicos en cargos de carrera administrativa, los trabajadores oficiales y los trabajadores del sector privado que se encuentren en situación de pre pensionados fueran revestidos con la figura de la estabilidad laboral reforzada, para que no puedan ser desvinculados de sus empleos. Para lograr esta protección se requerían unas condiciones muy específicas que se resumen en:

- Que a los trabajadores anteriormente descritos les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos que les permitan acceder a la pensión de jubilación.
- La protección especial aplicará hasta cuando se les notifique y quede en firme el acto de reconocimiento de la pensión por parte de la entidad administradora de pensiones o quien haga sus veces y sean incluidos en la nómina de pensionados correspondiente.
- Si el cargo que ocupa el servidor público en calidad de pre pensionado en provisionalidad es proveído mediante concurso público de méritos, la entidad tendría que garantizar el goce efectivo de la estabilidad laboral reforzada a través de acciones

¹²Sentencia de Rad. 2010 00156 00 del 27 de mayo de 2016.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-638/16 M.P. Jorge Iván Palacio Palacios

afirmativas como la reubicación, el traslado o la provisión de cargos que no se encuentren en cabeza de personas que gozan de especial protección por estar en condiciones de vulnerabilidad.

- Por último, sería responsabilidad del trabajador informar a su empleador la calidad de pre pensionado.¹⁴

Por otro lado, el Proyecto de ley 079/16S, de autoría del senador Antonio José Correa, Propone garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada da los servidores estatales en situación de pre pensionados y que se encuentren ocupando cargos de carrera administrativa en provisionalidad. Plantea esta ponencia un estado de debilidad manifiesta por la provisión de dichos empleos mediante concurso de méritos.

Estos proyectos de ley están próximos a tener el segundo debate en plenaria del Senado el próximo periodo ordinario.

“Como se evidencia, la principal diferencia es que esta iniciativa no incluye a trabajadores oficiales, ni a empleados del sector privado dentro del reconocimiento de estabilidad reforzada laboral, en tanto que el proyecto de ley 02/15S-250/16C sí lo hace.” (Ambito Juridico, 2016)

Los requisitos que establece el proyecto de ley 079/16S para materializar el beneficio son los siguientes:

- Desempeñar funciones en cargos de carrera pública administrativa en provisionalidad.

¹⁴ Proyecto de Ley 002 del 2015. Senado de La Republica

- Estar en condición de pre pensionados, esto es, aquellos a quienes faltaren tres años o menos para cumplir el requisito de edad y 156 semanas o menos de cotización para que les sea reconocida la pensión de vejez
- La categoría de servidor público prejubilado solo la tendrán aquellos que lleven 10 años continuos o discontinuos en el sector público.¹⁵

Esta ponencia ha sido aprobada en primer debate por la Comisión Séptima del Senado y se encuentra pendiente de ponencia para el segundo debate.

En desarrollo de la autonomía que le brinda al Jefe de Estado colombiano el artículo 189.15 de la Constitución Política de 1991, para estructurar y diseñar políticas públicas tendientes al cumplimiento de los fines del estado, “con base en este fundamento constitucional, fue establecida la protección reforzada conocida como retén social y, dentro de ella, las personas próximas a pensionarse surgen como una de las categorías de sujetos cobijados por dicha protección, instituida en virtud del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP). (Sentencia SU-897 del 2012. M.P Alexei Julio Estrada).

En relación a lo establecido en la directiva presidencial n. 10 del 2002, se promulga el artículo 12 de la ley 790 de 2002 que a su vez definió que sujetos serían objeto de la especial protección prevista en virtud de, entre otros requisitos, encontrarse cerca de cumplir los requisitos para pensionarse. En este sentido la mencionada norma estipuló:

Artículo 12. Protección Especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de

¹⁵ Senado de la Republica. Proyecto de Ley 079 del 2016.

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.”

Salvo algunos contados casos la jurisprudencia colombiana ha sido clara y meridiana al definir a los pre-pensionados como:

Personas beneficiarias de la protección establecida por el sistema jurídico plurimencionado, serán aquellos trabajadores de entidades liquidadas, entre otras, en desarrollo del PRAP¹⁶, a los cuales les falte menos de tres años al momento en que es suprimido el cargo que ocupan. ii. La protección que para ellos se deriva de las normas del llamado “retén social” obliga a la entidad a que, una vez suprimido el cargo, continúe con el pago de los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en pensiones, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez. (Sentencia SU-897 Del 2012 MP. Alexei Julio Estrada)

Sobre esto, la jurisprudencia constitucional “se ha referido a los pre pensionados como aquellas personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública, entendiendo que “tiene la condición de pre pensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público

¹⁶ Dicho programa busca el desarrollo de las características necesarias para que la administración pública colombiana progresivamente logre ser coherente con la consolidación del Estado Comunitario. Dada la naturaleza de las acciones requeridas, el proceso es de mediano y largo plazo. Más allá de los cambios en la estructura de la administración y de los procesos inherentes a su operación, el Programa implica un cambio profundo en la cultura de la administración pública del país.

próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez (...)” (Sentencia T-186 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva, 2013)

En últimos pronunciamientos, se ha establecido que la condición de pre pensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse, definidos como aquellos a quienes les 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.

“El derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía.”

CAPÍTULO III

1. LÍNEA JURISPRUDENCIAL ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA TRABAJADORES PRIVADOS PREPENSIONADOS

La finalidad de capítulo es identificar las posibles sub-reglas análogas que brinden contestaciones al problema jurídico el cual se despliega procedimentalmente tal como lo establece el profesor López Medina Diego (2006), en su libro de Interpretación Constitucional.

Para esto, se estructura este análisis en cuatro pilares: el primero, es determinar la sentencia arquimédica, en palabras Diego López Medina:

“Se llama también “Punto Arquimédico” en referencia a la expresión, adjudicada a Arquímedes. “Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo”. El punto Arquimédico es una sentencia con la que el investigador tratará de encontrar las relaciones estructurales entre varias sentencias”. (Medina, 2006)

El propósito de aquella sentencia arquimédica, es la de identificar las sentencias hito, (es decir, las fundamentales) de la línea. Para nuestro estudio, la sentencia de partida, es la sentencia hito T-638 de 2016 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

En segundo lugar, con base en la ingeniería de reserva, consiste en “la búsqueda de la citación jurisprudencial interna realizada por la Corte dentro de la sentencia objeto de estudio”; se realiza el respectivo nicho citacional y se gráfica, identificando la sentencia hito. Para de esta manera, identificar las sub-reglas construidas por la Corte Constitucional en las sentencias ubicadas.

ARBOL CITACIONAL DE LA SENTENCIA SU-377/14 T-638 DE 2016 CORTE CONSTITUCIONAL

SEGUNDO NIVEL

2004	2005	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
C-991	T- 768	T-1045	T-989	C-795	T-034	T-455	SU-897	T-186	SU-377
C- 1039/03	SU- 388/05	SU- 388/05	T- 338/08	T- 009/08	T- 180/09	T- 034/10	T- 034/10	T- 017/12	T- 017/12
			T- 009/08	T- 338/08	T- 238/09	T- 645/09	T- 194/10	T- 272/12	T- 272/12
T- 1020/99	T- 389/05	C- 389/06	T- 1076/07	T- 989/08	T- 178/09	T- 178/09	T- 001/10	T- 729/10	T- 034/10
C- 445/95	T -925 /04		T- 221/06	T- 1076/07	T- 089/09	T- 1239/09	T- 261/10	T- 089/09	T- 194/10

T- 427/92	T- 964/04		T- 1291/05	T- 200/06	T- 112/09	T- 089/09	T- 034/10	T- 128/09	T- 001/10
	C- 044/04		SU- 389/05	SU- 388/05	T- 827/09	C- 795/09	T- 194/10	T- 873/09	T- 261/10
	C- 174/04		T- 972/05	T- 1167/05	T- 692/09	T- 587/08	T- 089/09	T- 587/08	T- 034/10
	T- 179/03		T- 200/04	SU- 544/01	T- 099/08	T- 009/08	T- 1120/09	T- 338/08	T- 194/10
	C- 964/03		T- 606/04	T- 1316/01	T- 1239/08	T- 570/06	T- 112/09	T- 486/06	T- 089/09
	C- 184/03		C- 1225/04	T- 983/01	T- 989/08	T- 646/06	C- 795/09	T- 556/06	T- 1120/09
	C- 964/03		SU- 1070/03	C- 1050/01	T- 1166/08	T- 971/06	T- 587/08	T- 570/06	T- 112/09

	T- 500/02		T- 827/03	T- 812/00	T- 1211/08	SU- 389/05	T- 009/08	T- 538/06	C- 795/09
	T- 999/01		T- 441/03	T- 871/99	C- 401/08	T- 768/05	T- 106/08	T- 646/06	T- 587/08
	T- 875/01		T- 108/03	C- 401/98	T- 1088/07	T- 602/05	T- 254/08	T- 971/06	T- 009/08
	T- 395/01		T- 803/02	T- 225/93	T- 1052/07	T- 726/05	T- 1239/08	T- 768/05	T- 106/08
	T- 335/00		T- 742/02		T- 993/07	T- 792/04		SU- 389/05	T- 254/08
	C- 112/00		T- 585/02		T- 515A/06	C- 044/04		SU- 388/05	T- 1239/08
	C- 371/00		T- 822/02		SU- 388/05	C- 991/04		C- 044/04	T- 338/08

	SU- 879/00		T- 1025/02		T- 972/05	C- 184/03		SU- 975/03	T- 009/08
	SU- 086/99		T- 1083/02		T- 768/05	C- 964/03		C- 184/03	T- 1076/07
	SU- 995/99		SU- 544/01			T- 512/01		C- 964/03	T- 221/06
	C- 209/97		SU- 622/01			C- 673/01		C- 563/00	T- 1291/05
			T- 511/01					C- 479/92	T -925 /04
			T- 1670/00						T- 964/04
			T- 1670/00						C- 044/04

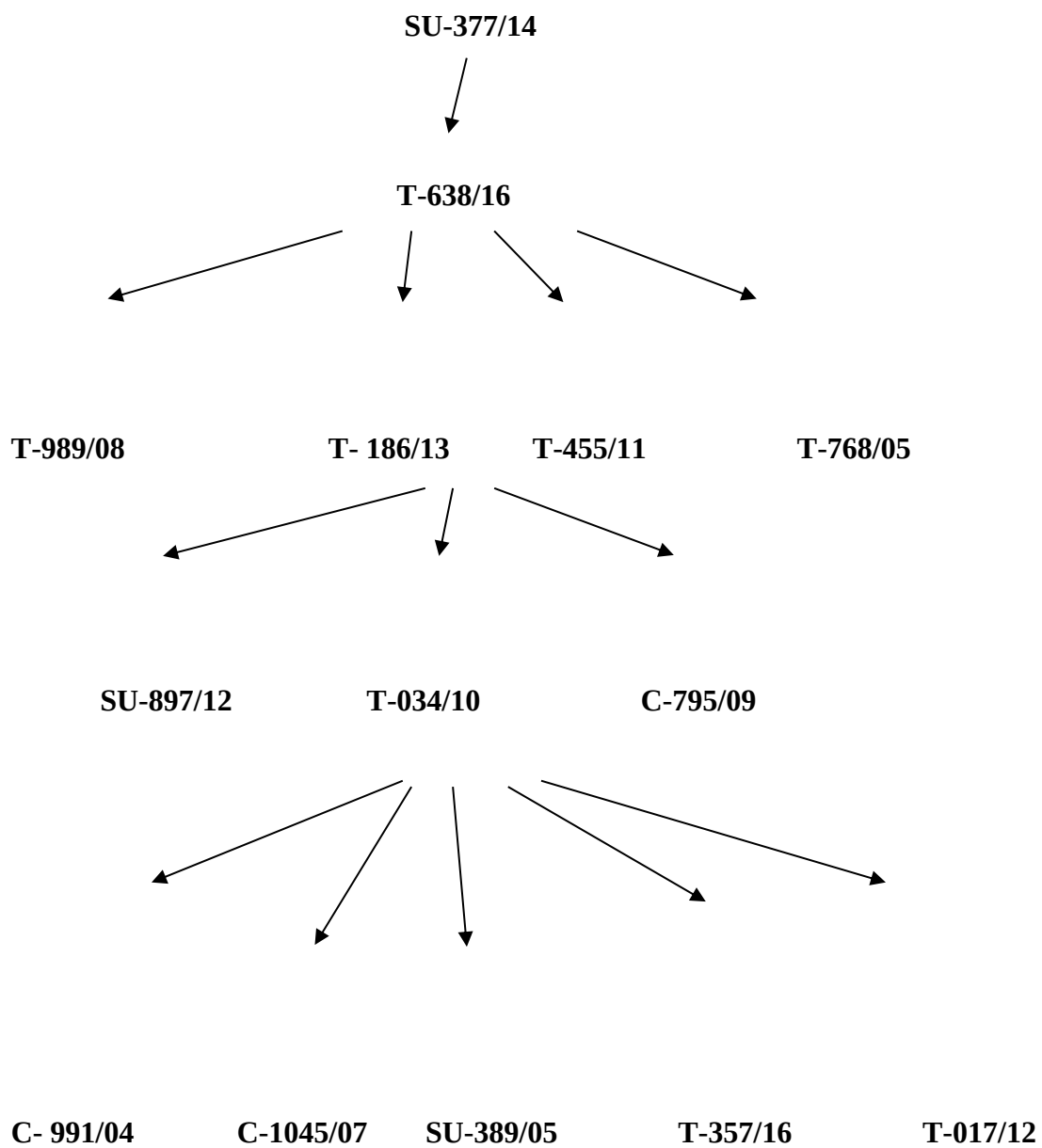
			T- 626/00						C- 174/04
			T- 315/00						C- 1225/04
			T- 605/99						SU- 1070/03
			T- 1006/99						C- 184/03
			T- 587/98						C- 964/03
			T- 567/98						T- 742/02
			T- 225/93						T- 585/02

2. SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS

Método de ingeniería de reserva

Año	2004	2005	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2016
Corte Constitucional	C- 991	T- 768	T- 1045	T- 989	C- 795	T- 034	T- 455	SU- 897	T- 186	SU- 377	T- 638
Corte Constitucional		SU- 389/05						T- 017			T- 357

3. DIAGRAMA DE NICHO CITACIONAL



4. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS

Para iniciar nuestro estudio resulta conveniente de acuerdo a los procesos de renovación que vive el derecho laboral, por lo que debe *“evitarse al máximo la restricción de los derechos de los grupos sociales que puedan verse afectados, cuando la reforma implique la modificación de la estructura de las plantas de personal”* (Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2014)

De igual manera, la Corte Constitucional determinó que en el contexto en que se expidió la Ley 790 de 2002, que prevé mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos tercero y cuarto del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y, en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social.

La citada ley dispuso en el artículo 12 que “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”. Y, en el artículo 13, fijó como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente en la misma disposición”.

- **Sentencia C-991 de 2004:** M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandante: Edna Liliana Nieto Meneses. Expediente D-5145

En Sala Plena, decidió la Corte Constitucional declararse inhibida de fallar sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 790 de 2002 -“Por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, en el aparte que señala *“y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley”*. De igual manera, sobre la constitucionalidad del aparte demandado del artículo 8, literal D., penúltimo inciso en el aparte que señala *“y hasta el 31 de enero de 2004”*. Por último, decidió declarar inexecutable el artículo 8, literal D. último inciso en el aparte que señala *“aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”*.

El Alto Tribunal, dispone que la estabilidad laboral reforzada no es de carácter absoluto, y que por ende, aquellos trabajadores que la posean no tienen un derecho, pues en sí, esta estabilidad no es una garantía definitiva, al respecto consagra la Corte.

No existe, en estricto sentido, un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a permanecer determinado tiempo en cierto empleo. No obstante, en virtud de las particulares garantías que señala la Constitución, algunos sujetos tienen especial

protección a su estabilidad laboral. Es el caso de las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados, y las personas limitadas –por la debilidad manifiesta en que se encuentran –.

Lo anterior conlleva a que si bien estos sujetos no pueden ser despedidos sin causa alguna, y mucho menos, sí el despido es motivo de esa especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso. Consagra el Alto Tribunal.

En este orden de ideas, si bien estos sujetos constitucionalmente cualificados pueden ser desvinculados de su cargo, corresponde al empleador demostrar que existió una justa causa de despido que lo motivara. De no probarse por parte del empleador uno de estos motivos legalmente señalados en el régimen laboral, el despido se entenderá inválido. Además, el despido no puede darse con la sola mediación de la voluntad justificada del empleador. Para algunos de los sujetos de especial protección se requiere, por ley, una autorización de la oficina del trabajo.

Ahora, frente al ejercicio efectivo del derecho al trabajo, todas aquellas relaciones de protección laboral especial están sometidas al libelo directo de los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política. Frente a los rasgos característicos de la estabilidad laboral reforzada, señala la Corte Constitucional.

Tal seguridad ha sido identificada como una “estabilidad laboral reforzada” que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados, en la forma ya analizada por esta Corporación.”

“se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente.”

De lo anterior, concluye la Corte Constitucional.

“Claro está, ni los principios de estabilidad laboral y de solidaridad deben entenderse como generadores de un deber perpetuo en cabeza del accionado, pues ello sería una carga irrazonable e incompatible con otros valores también protegidos como la autonomía y la libertad de los particulares para actuar. Sin embargo, sí exige que el empleador hubiese demostrado las circunstancias objetivas que súbitamente motivaron la no renovación del contrato laboral.”

Así las cosas, se puede concluir que de existir una justa causa para el despido de las personas que tienen protección laboral reforzada, la cual corresponde probar al empleador, con el respeto al debido proceso, puede terminarse la vinculación laboral de este tipo de personas con especial protección. Estos parámetros son aplicables al

amparo laboral especial brindado en el Plan de Protección Social adelantado en el proceso de Reestructuración de la Administración.

- **Sentencia SU-389 de 2005:** M.P Dr. Jaime Araújo Rentería. Demandantes: Gilberto Alfredo Paz Echavarría, Jesús Pinedo Serje, Néstor Ibarra Arias, Luis Alfonso Serrano Arévalo, Andrés Bolívar Pacheco y José de Jesús Becerra Avendaño. Expedientes T-851947, T-1003162, T-1003169, T-1003177, T-1003629 y T-1015380.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, decidió en primer término, confirmar las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá en el proceso T-851947, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla en los procesos T-1003162 y T-1003177 y por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, dentro del expediente T-1003629. En segundo plano, decidió revocar las sentencias proferidas por los Juzgados Primero Penal del Circuito de Barranquilla (T-1003169) y por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja (T-1015380) dentro de las acciones de tutela promovidas por Néstor Ibarra Arias y José de Jesús Becerra Avendaño contra Telecom en liquidación y, en su lugar y por consiguiente, conceder la tutela de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 42, y 44 de la Constitución Política.

El Magistrado Jaime Araújo Rentería, salva voto y basa su decisión en los siguientes argumentos:

Ha debido avanzarse en la jurisprudencia y prever igualmente la hipótesis de todos aquellos trabajadores que al final de la relación laboral aún no pudieran compensar en su totalidad el saldo de la indemnización que recibieron al momento de su despido

luego de efectuar el cruce de cuentas correspondiente. Para estos casos, el Estado dando aplicación analógica al artículo 44 de la Ley 909 de 2004, debía reubicar a esos trabajadores en un cargo equivalente en otra entidad de la rama ejecutiva del orden nacional, para permitir que cancelen el posible saldo pendiente. Es una aplicación por analogía de las normas sobre supresión de empleos de carrera administrativa (Ley 909 de 2004) que debía tenerse en cuenta por la entidad accionada al momento de la liquidación de la empresa de forma irreversible.

La Corte Constitucional, en primer lugar, consagra qué se entiende por “retén social” o estabilidad laboral reforzada de los trabajadores próximos a pensionarse, además, establece qué personas cuentan con dicha protección Constitucional y legal. Bajo estos términos, dispone la Corte.

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

Entonces, el retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, supone una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a los trabajadores de no ser desvinculados con ocasión del proceso de renovación de la administración pública. Expresa la Corte Constitucional.

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

El Tribunal, de igual manera, realiza un estudio pormenorizado del principio de tratamiento igual, consecuente con esto, determina que este, se desarrolla de la siguiente manera.

El principio de tratamiento igual reconocido constitucionalmente se configura, entonces, en un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. En consecuencia, cualquier acto que pretenda anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, como puede serlo el sexo, es un acto discriminatorio proscrito por la Constitución.

No obstante, importa precisar que la igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunas ocasiones se justifican diferenciaciones en aras de poner fin a la histórica discriminación que ha sufrido el colectivo femenino. En este sentido se “autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, también conocidas como acciones afirmativas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos

y sociales.” Es decir, que no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio.

Del principio anteriormente descrito, se desarrolla de manera conjunta las acciones afirmativas. Qué para la Corte Constitucional, suponen.

Las acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos que, por ello, se consideraran discriminadas. Son medidas pues expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables. Una muestra de acción afirmativa en favor de la mujer, dirigida a lograr la reducción de las desigualdades y el marginamiento de tipo social y cultural en el seno de nuestra sociedad, aparece expresamente consignada en el inciso segundo del artículo 43 de la Carta Política al que ya se hizo referencia, en cuanto éste le impone al Estado el deber de apoyar de “manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Por lo que hace al ámbito sobre el cual opera tal protección especial, resulta menester señalar que una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales a las que se ha hecho expresa referencia -artículos 13 y 43- y aquellas que propenden por la protección de la infancia y de la unidad familiar, han llevado a la Corte a sostener que las medidas que protegen a la mujer cabeza de familia no se proyectan sobre sí misma, sino que deben asumirse como extendidas al núcleo familiar que de ella

dependa, el cual se supone compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

- **Sentencia T-768 de 2005:** M.P Dr. Jaime Araújo Rentería. Demandantes: Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla “SINTRATEL”. Expediente T-1073680

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, decidió revocar parcialmente la sentencia de febrero siete (7) de dos mil cinco (2005), proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, la cual a su vez confirmó el fallo de noviembre veintinueve (29) de dos mil cuatro (2004), proferido por el Juzgado Cuatro (4º) Penal del Circuito de Barranquilla. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales invocados por aquellas personas desvinculadas de la Empresa.

En ese orden, la Corporación desarrolla la tesis de la estabilidad laboral para quienes se encuentran *ad portas* de adquirir el status de pensionado, la cual tiene su fundamento en los artículos 13, 42, 43, 44 y 48 de la Constitución Política, por lo tanto, debe aplicarse en aquellos eventos donde exista tensión entre los mecanismos que permiten el despido del empleo con los derechos a la igualdad y al mínimo vital de las personas. Frente a esto, dispone la Corte.

La Corte ha establecido 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”.

De acuerdo con lo anterior, se ha sostenido que el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados no es legal, sino que es de contenido constitucional. En ese sentido lo definió este Tribunal.

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

entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública”.

De igual manera, sostuvo.

“Esta Corporación también ha sostenido que no basta la mera calidad de prepensionado para proteger a las personas que se encuentren en esta situación, ya que se requiere, además, que su desvinculación ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital, dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia. Es decir, en los eventos de retiro de personas a quienes les falten tres (3) o menos años para adquirir el status de pensionados debe analizarse cada caso concreto para establecer si se ponen en riesgo sus derechos fundamentales.

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”.

- **Sentencia C-1045 de 2007:** M.P Dr. Rodrigo Escobar Gil. Demandantes: María Adolfin Velásquez Alvarado, Luis Antonio Vargas Español, José Armando Espinosa Aldana, Martha Patricia Gómez, Pedro Vicente Cabra Ramírez y Gilma

Vargas Peña. Expedientes T-1640304, T-1640316, T-1642801, T-1674981, T-1674982, T-1677575.

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, decidió revocar todas las sentencias que dieron lugar a esta Sentencia.

La Corporación, como primera medida, define el concepto de pre pensionado, que para esta se entiende cómo.

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

De igual manera, en este Pronunciamiento la Corte Constitucional consagra las reglas que deben seguirse frente a la estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse. De la siguiente manera.

No obstante la noción de prepensionado tiene origen en la Ley 790 de 2002 la misma no resulta aplicable, en los términos originales, debido a la derogatoria de la que fue objeto por la Ley 812 de 2003 y adicionalmente pierde sentido teniendo en cuenta

que lo que buscó el legislador fue proteger a las personas próximas a cumplir con los requisitos para pensionarse para que efectivamente consoliden su derecho, en el marco del Programa de renovación de la administración pública del orden nacional.

Sin embargo, no es esta una garantía que se pueda mantener de manera indefinida en el tiempo, y siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional en materia de “retén social” para madres y padres cabeza de familia, se debe establecer igual limitación temporal que la que se estableció en esa oportunidad, esto es, la existencia económica y jurídica de la empresa como límite máximo para acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder al derecho a pensión.

La proximidad en la consolidación del derecho a obtener pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso concreto de acuerdo con criterios de razonabilidad, con el objeto de aplicar esta protección a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho.

Finalmente, el concepto de persona próxima a pensionarse en el nuevo contexto jurídico, debe formularse de acuerdo a criterios de razonabilidad e igualdad propios de un Estado Social de Derecho.

- **Sentencia T-989 de 2008:** M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Demandantes: María Victoria Bermúdez Lozano y Clara Isabel Bravo Lozano. Expedientes: T-1938303 y T-1946949.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, decidió confirmar los dos fallos objeto de esta Providencia.

Esta Providencia, es una reiteración de lo establecido por la Sentencia anteriormente trabajada, entre los argumentos principales, se transcriben *in extenso* los siguientes.

Si bien es cierto la noción de prepensionado se originó en la Ley 790 de 2002, aquella no resulta aplicable en los términos previstos en ésta, por cuanto operó la derogatoria de la misma por efecto la Ley 812 de 2003, lo cual hace que pierda sentido, teniendo en cuenta que lo que buscó el legislador fue proteger a las personas próximas a cumplir con los requisitos para pensionarse para que efectivamente consoliden su derecho en la aplicación del programa de renovación de la administración pública del orden nacional. Por lo tanto, para evitar un trato diferenciado e injustificado de quienes alcanzaron a cumplir con los requisitos de pensión en los términos de la Ley 790 de 2002, antes del 27 de diciembre de 2005, y quienes (i) los cumplieron con posterioridad por efecto de que las liquidaciones de las entidades en las cuales laboraron se produjeron después del 27 de diciembre de 2005 o porque (ii) no les fue posible el cumplimiento de los requisitos antes de la fecha citada, se hace necesario aplicar esta interpretación para evitar tratos jurídicos discriminatorios. En este orden de ideas, la noción de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe entenderse en relación con el término de liquidación de las empresas objeto del programa de renovación de la administración pública. En consecuencia, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, se considerarán prepensionadas “aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica”. Así, la proximidad en la consolidación del derecho a obtener la pensión de vejez debe ser analizada en cada

caso particular de acuerdo con criterios de razonabilidad, para que esta protección se extienda a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho pensional.

- **Sentencia C-795 de 2009:** M.P Dr. Luís Ernesto Vargas Silva. Demandante: María Fernanda Orozco Tous. Expediente D-7725.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, decidió exequible, el inciso 2° del artículo 8° de la Ley 1105 de 2006- “Por medio de la cual se modifica el Decreto- Ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional”.

La Corte Constitucional, reitera el carácter constitucional de la protección laboral otorgada en la Ley 790 de 2002 y, en consecuencia, su aplicación a todos los servidores públicos. A continuación, lo preceptuado por el Tribunal.

El espíritu del legislador al crear la protección especial del “retén social” tendía a salvaguardar los intereses de aquellos sujetos que se encontrasen en condiciones de vulnerabilidad. En aquella oportunidad sólo se estableció el trámite a seguir en las entidades del sector central, sin que se pudiese interpretar como una exclusión explícita de los órganos ajenos al mismo. En ese orden de ideas, se consideró que los beneficios surgidos con ocasión de aquellos procesos deben extenderse a los trabajadores de las entidades que sin pertenecer al sector central se encuentren en proceso de reestructuración o liquidación, en cumplimiento de los mandatos Constitucionales, específicamente el derecho de igualdad y los principios fundantes del Estado Social de Derecho.

Del mismo modo, la Corte sostiene que el retén social se aplica tanto a servidores en provisionalidad como de libre nombramiento y remoción, ya que de hacer diferencia entre ellos podría vulnerar los derechos a la igualdad y a la seguridad social en pensiones. Se expresó en esta Sentencia.

En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención del legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento.

Frente a la posición más favorable para el empleado, puntualmente se estableció.

La interpretación más favorable para la garantía de los derechos fundamentales de seguridad social, de la fecha exacta a partir de la cual se calcula si a una persona le faltan menos de 3 años para pensionarse, es aquella que realiza el mencionado cálculo desde la desvinculación efectiva del trabajador(a). Esto, en razón a que dicha fecha en la mayoría de los casos es posterior a la de la expedición de la norma de ordena el inicio del proceso de liquidación.

- **Sentencia T-034 de 2010:** M.P Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Demandantes: Laura María Montenegro Martín y Adriana Elizabeth Gutiérrez Aldana. Expedientes: T-2336831 y T-2381911.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, decidió revocar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 12 de junio de 2009, que confirmó el dictado el 13 de mayo del mismo año por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá. Del mismo modo, confirmar, por las razones expuestas en esta sentencia, el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá. En su lugar, conceder, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social.

En esta Sentencia, la Corte Constitucional hace un recuento jurisprudencial, de la siguiente manera.

La Sala considera que la incorporación del retén social al plan de renovación de la Ley 812 hace inaplicable el término de vigencia conferido por la Ley 790 de 2002, por lo menos en lo que hace referencia a la fecha a partir de la cual debe empezar a

contarse el periodo de protección de 3 años. No obstante, ese lapso abstracto dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a pensionarse, como condición para recibir los beneficios del retén social -los 3 años- debe conservarse, pues constituye el término que a ojos del legislador define a quien está próximo a pensionarse.

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

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

- **Sentencia T-455 de 2011:** M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Demandante: Martha Jiménez de Mercado. Expediente T-2135546.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, decidió revocar la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Laboral, en sentencia del 19 de noviembre de 2008.

La condición de prepensionado, para la Corte Constitucional se define de la siguiente manera.

En cuanto al primer aspecto, tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad,

en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

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

La pregunta que surge de la condición anterior debe referirse al momento a partir del cual se deben contar los tres años para acceder a la pensión de jubilación o vejez.

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

La protección de los trabajadores próximos a pensionarse está sometida a las siguientes condiciones:

1. La protección se aplica a aquellos trabajadores a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirán acceder a la pensión de jubilación o de vejez.
 2. Los tres años se deben contar a partir del inicio del proceso de liquidación.
 3. La protección consiste en garantizar la estabilidad laboral del trabajador hasta tanto ocurra alguno de dos hechos:
 - i. Se cumplan los requisitos para acceder a la pensión.
 - ii. Se dé fin al proceso liquidatorio de la entidad.
 4. La protección especial debe aplicarse en acuerdo con el principio de igualdad – artículo 13 de la Constitución- y tener en cuenta las normas constitucionales que consagran y regulan el derecho a la seguridad social.
- **Sentencia SU-897 de 2012:** M.P Alexei Julio Estrada. Demandantes: Constanza Marcela Ochoa Guzmán, Ana Rosa León de Abdelnur, Martha Cecilia Zabala, Luis Antonio Gutiérrez Osorio; Offir Sánchez Reyes; Diego José Narváez Cepeda, Bertha Mabel Pérez Mejía, María Lucy Aranguren Talero, Gonzalo de Jesús Jaramillo Correa y Blanca Lucy Solano Álvarez. Expedientes T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, decidió confirmar las Providencias de primera instancia que dieron lugar a esta Sentencia.

La protección que conlleva el retén social para los trabajadores próximos a pensionarse, la Corte Constitucional dispone lo siguiente.

El entendimiento adecuado de la protección reconocida no debe ser el de un regalo o caridad dispuesta por la libre voluntad del Estado, pues en el contexto de un Estado social la aplicación del derecho tendente a proteger la garantía de los derechos fundamentales de índole social no resulta una opción fruto de un altruismo facultativo. Por el contrario, es la concreción dinámica de un deber del Estado, el cual, en casos como el de los servidores próximos a pensionarse que ven su cargo suprimido por una modificación a gran escala de la estructura administrativa del Estado central, debe atender eficazmente las principales consecuencias sociales que se deriven de este tipo de programas, máxime cuando el legislador determinó expresamente una solución que resulta acorde con las garantías constitucionales previstas en los artículos 1 y 48 de la Constitución.

El argumento hasta ahora planteado se refuerza si se nota que respecto de las otras dos categorías de servidores beneficiados por el retén social la exégesis legal mantuvo inalterada la naturaleza del límite: el mismo seguía siendo temporal. Por el contrario, la hermenéutica empleada lleva a la Corte a concluir que la ley 812 concientemente consideró benéfico introducir un límite de naturaleza teleológica para la protección brindada a los servidores próximos a pensionarse, pues no tendría sentido determinar la existencia de trabajadores próximos a pensionarse, si la protección no brinda elementos que les garantice la pensión. Contrario sensu, no tendría sentido utilizar

como parámetro determinador la circunstancia de estar próximo a cumplir los requisitos para pensionarse, si la protección consiste únicamente en devengar el salario por unos meses más.

Igualmente, llegó a las siguientes conclusiones.

1. El retén social, y dentro de éste la protección a las personas próximas a pensionarse, tiene fundamento jurídico en principios de orden constitucional.
2. La interpretación más acorde con el contenido esencial del derecho a la seguridad social y que más garantías otorga es aquella que cuenta el término de tres años exigido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 desde el momento en que se suprime el cargo y la persona es retirada del servicio.
3. No obstante el fundamento constitucional del retén social, su concreción práctica no se aplica de forma irrestricta o ilimitada; la misma sigue los parámetros que, en ejercicio de su libertad de configuración, han sido dados por el legislador. En este sentido, y para los casos que ahora nos ocupan, se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP, en cuanto los servidores de entidades liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada.
4. Será la entidad en proceso de liquidación o el administrador del patrimonio autónomo de remanentes de la misma el sujeto de derecho encargado de dar cumplimiento a la protección derivada del retén social para los prepensionados, se trate de decisiones tomadas por la propia entidad o de órdenes proferidas por las autoridades judiciales.

- **Sentencia T-017 de 2012:** M.P María Victoria Calle Correa. Demandante: Ana Julia Garzón Guerrero. Expediente T-3140852.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, decidió revocar el fallo expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011), que a su vez había confirmado el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). En consecuencia, tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital.

La Corte Constitucional reitera que el retén social aplica para trabajadores prepensionados del sector público, señala el Alto Tribunal que.

Si bien es cierto que la situación de los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad no puede equipararse a la situación de quienes ocupan un empleo de carrera, pues no han ingresado al cargo mediante concurso de méritos, su permanencia en éste no depende de una facultad discrecional del nominador, como si se tratara de un funcionario de libre nombramiento y remoción. En efecto, las personas que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, por lo que el acto administrativo que haga efectiva una desvinculación de un trabajador en provisionalidad debe estar respaldado por una motivación seria y suficiente en la que se indiquen específicamente las razones de tal decisión. De incumplirse este deber se está ante una clara violación del derecho al debido proceso, que puede ser reparada, en determinadas condiciones, mediante la acción de tutela.

La estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia. Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad.

- **Sentencia T- 186 de 2013:** M.P Luis Ernesto Vargas Silva. Demandante: Margarita Luz Orozco Lozano. Expediente T-3.706.556.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, decidió confirmar, la sentencia proferida el 1° de octubre de 2012 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

La estabilidad laboral reforzada para los trabajadores próximos para pensionarse, en términos de la Corte Constitucional.

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

El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o

prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

Y frente al retén social, señala.

Esta figura respondió a los procesos de restructuración del Estado adelantados en la pasada década, en los cuales el legislador determinó la necesidad de suprimir empleos dentro de las entidades objeto de liquidación. Esas mismas normas previeron mecanismos de estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección constitucional, quienes tendrían el derecho a mantenerse en el empleo hasta el momento en que finalizara la liquidación del ente respectivo.

El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la

liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.

- **Sentencia SU-377 de 2014:** M.P María Victoria Calle Correa. Demandantes: Ruth Virginia Montero y otros. Expedientes T-2587255, T-2451880, T-2471216, T-2471345, T-2471346, T-2475114 T- 2476358, T-2476359, T-2484301, T-2492726, T-2500881, T-2501214, T-2507052, T-2531642, T-2531654, T-2537041, T-2537070, T-2537078, T-2546795, T-2564079, T-2566146, T-2579968, T-2581607, T-2587286, T-2597351 y T-2871322.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, decidió revocar las Providencias que dieron lugar a esta Sentencia.

La Corte Constitucional juzgó que esta protección especial a favor de los trabajadores con limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas no desconoce el derecho a la igualdad. Esto fue lo expresado por el Tribunal.

La estabilidad reforzada no desconoce el derecho a la igualdad de quienes no tienen ese tipo de limitaciones (CP art. 13), ni tampoco su derecho al trabajo (CP art. 25) y asimismo, que respeta los fines esenciales del Estado (CP art. 2) tanto como el principio de eficiencia que rige la función pública (CP art. 209). La decisión del legislador de proteger especialmente a estas personas se justifica como un desarrollo valioso del derecho constitucional a recibir un trato especial que tienen “aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta” (CP art. 13, inc. 3). Además, es el modo como el legislador

quiso configurar un orden justo (CP art. 2), y de asegurarles a personas en circunstancias de debilidad manifiesta un trabajo digno (CP art. 25).

El último grupo de trabajadores amparados por el retén social es el de los llamados prepensionados. De acuerdo con la formulación inicial de la Ley 790 de 2002, estos eran únicamente quienes en el término de tres (3) años, “contados a partir de la promulgación de la presente ley” (es decir, contados desde el 27 de diciembre de 2002), cumplieran “con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez”. Inicialmente aplicaba entonces a quienes al 27 de diciembre de 2005 reunieran los requisitos para pensionarse por vejez o jubilación. Pero, luego de una evolución jurisprudencial, sostiene que también tienen derecho al retén social en calidad de prepensionados quienes en el término de tres (3) años, contados “a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo”, cumplan la totalidad de requisitos necesarios para adquirir el derecho a una pensión de vejez o de jubilación.

Hasta ahora, la protección consagrada en la Ley y desarrollada por la Corte Constitucional para los trabajadores próximos a pensionarse, radicaba para aquellos pertenecientes al sector público, por lo que se evidenciaba un gran vacío dentro del ordenamiento jurídico colombiano para todos aquellos trabajadores del sector privado, relación laboral que se evidencia en mayor medida dentro de la realidad del País. No fue sino hasta la Sentencia T-638 de 2016 que la Corte Constitucional extendió la figura de retén social para los trabajadores privados. Veamos en qué términos el Tribunal, accedió a dicha garantía.

- **Sentencia T-638 de 2016:** M.P Jorge Iván Palacio Palacio. Demandante: Eleázar González Boucha. Expediente T-5.671.111

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, decidió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura (Valle del Cauca) el dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Esta Providencia, es un hito en la protección de los trabajadores privados próximos a pensionarse, pues antes de Esta, dicha garantía – Retén social- era dada a todo aquel trabajador del sector público. Desde acá, se puede estipular que dicha estabilidad laboral reforzada aplica del mismo modo para aquellos privados, frente a dicha afirmación, dispone la Corte Constitucional que.

Contrario a lo que ha ocurrido con los empleados de la esfera pública, los trabajadores al servicio del sector privado no cuentan con una normatividad que, al estilo de la Ley 790 de 2002, proteja su derecho a la estabilidad laboral reforzada. De hecho, el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 45 consagra cuatro clases de contrato de trabajo: (i) por tiempo determinado, (ii) por el período que dure la realización de una labor, (iii) por tiempo indefinido y (iv) por el lapso que dure la ejecución de un trabajo ocasional o transitorio.

Armoniza este enunciado con el alcance del principio a la igualdad contenido en el artículo 13 superior que determina que dos o más situaciones fácticas comparables sean objeto de un mismo trato jurídico. Esto no impide que exista un trato diferente entre situaciones fácticas similares, pues la discriminación se constituye a partir de la diferenciación que no presenta una justificación objetiva y razonable. Al respecto la Corte ha manifestado que para que el juez de tutela pueda determinar sobre la violación de la igualdad debe verificar no sólo las razones objetivas en que se sustenta

el trato diferente sino también la proporcionalidad existente entre finalidad perseguida y los medios empleados para dicho trato”.

La Corte Constitucional, señala que por la necesidad de igualdad imperiosa que reclamaban los trabajadores privados próximos a pensionarse, se debe aplicar la figura del retén social, y de esta manera aumentar las garantías constitucionales de estos. Las razones para estos, son las siguientes.

Observa la Sala que a quien labora en calidad de servidor público y es retirado del servicio cuando se halla a menos de tres años de cumplir con las exigencias para beneficiarse de la pensión de vejez, es posible que se le ampare su derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse ad portas de adquirir la pensión, mientras que si se trata de un trabajador al servicio del sector privado, simplemente se le termina el contrato de trabajo con la respectiva indemnización sin consideración a ese mismo estatus, así tenga la condición de pre-pensionado. Es decir, se presenta un desequilibrio entre dos personas que si bien pertenecen a sectores diferentes – público y privado- constitucionalmente se encuentran en la misma situación y, por lo tanto, debe dárseles el mismo trato.

- **Sentencia T-357 de 2016:** M.P Jorge Iván Palacio Palacio. Demandante Luis Fernando Rosas Bazante. Expediente T-5377221

La Sala Plena de la Corte Constitucional, decidió revocar la sentencia denegatoria de tutela proferida por la Sala de Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en segunda instancia del 10 de diciembre de 2015.

Frente al despido de una persona próxima a pensionar, la Corte Constitucional sostiene 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 cubija 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.

En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primer

En suma, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos

cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.

5. GRAFICACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es aplicable la estabilidad laboral reforzada para trabajadores pre-pensionados del sector privado?		
La estabilidad laboral reforzada se aplica para trabajadores del	C- 991/04 SU-389/05 T-768/05	La estabilidad laboral reforzada se aplica para trabajadores del

fundamentales que casi podrían resumir cuál ha sido el proceso y evolución del tema que en este proyecto fue sometido a análisis.

En primer lugar, es necesario hablar sobre el derecho al trabajo en tanto que éste es el fundamento de todos aquellos derechos que de él se derivan como por ejemplo la estabilidad laboral reforzada. En este sentido, se ha visto como el derecho al trabajo es uno de los más progresivos y proteccionistas; su proceso evolutivo es innegable haciéndose cada vez más íntegro y completo no sólo en su alcance sino también en la regulación de las relaciones laborales y todas las situaciones adyacentes a ellas.

Se ha reconocido que es a partir del ejercicio del derecho al trabajo que el hombre, como ser humano, puede construir su proyecto de vida y el de su familia; este mismo ejercicio permite el despliegue de otros derechos incluso mucho más inherentes al ser humano como la dignidad humana en tanto que ésta no puede entenderse como el mero hecho de vivir dignamente sino que esta vida digna implica además que se viva bien, que se tengan los recursos (de todo tipo) necesarios para vivir y que se viva en un entorno apto para el desarrollo integral de la persona. Así, es a través del trabajo (y otras garantías) como pueden materializarse otros derechos sin los cuales el concepto de persona carece de sentido.

El ámbito que abarcan los efectos del ejercicio del derecho al trabajo han llevado a pensar que éste “afecta” no sólo a quien aplica el derecho sino también a quienes los rodean y que para dichos trabajadores (para el caso específico de esta investigación) es necesario garantizar su protección en tanto que, desde el punto de vista constitucional, no existe un argumento que valide un acto de discriminación.

Aunque es necesario aclarar que incluso hasta el 2016 la Corte se ha puesto de la orilla de la negación del trato igualitario en el reconocimiento de derechos para los trabajadores privados propios a pensionarse, al no contemplar dentro de sus Providencias la protección a este tipo de personas.

En este mismo sentido, un argumento propio de la Corte es que la negación de ciertos derechos para estos trabajadores no constituye en sí misma una forma de discriminación en tanto que estas personas pueden acceder a la protección de los derechos que reclaman por las mismas vías ordinarias que tiene cualquier otro trabajador sin que sea necesario acudir a dicha protección bajo el argumento de su condición laboral – Privada o Pública.

A partir de 2016 empezó a plantearse todo el argumento sobre la existencia o no de normatividad que discrimina los trabajadores prepensionados del sector privado en cuanto a los derechos laborales, el acceso a seguridad social y la pensión se refiere. Efectivamente, probada la existencia de dicha discriminación, la Corte Constitucional se pronuncia, después de la sentencia T-638 de 2016, de una forma más favorable frente a los trabajadores privados aduciendo, principalmente, que no existe un argumento razonable constitucional o legalmente que justifique la existencia del trato desigual.

La medida tomada por el legislador es inconstitucional, en tanto que la exclusión de la norma presupone una presión desproporcionada e innecesaria, en cuanto que imposibilita a las personas que tienen una relación laboral con el sector privado, reciban las prerrogativas de un sistema que se ofrece a otros individuos.

El reconocimiento de garantías aquellos trabajadores públicos, puede conllevar a una forma de discriminación para los privados, ya que se establece la prohibición de discriminar en

razón a la relación laboral, la cual se constituye como un criterio sospechoso de discriminación, por tanto alguna diferenciación que se haga, debe fundarse en un criterio objetivo y razonable.

Al realizar el test de proporcionalidad en relación a la estabilidad laboral reforzada respecto de los trabajadores del sector público, determinó la Corte que no se encuentran razones constitucionales ni objetivas validas que permitan la discriminación para las personas que tengan este tipo de vinculación. “Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo.”

Si bien el proceso de reconocimiento de los diferentes derechos de los trabajadores privados ha sido lento, es importante reconocer que ha ocurrido y que ha sido evolutivo. La Corte constitucional ha sido consistente con su idea de erradicar todas aquellas disposiciones legales que constituyan discriminación y por tanto una limitación al desarrollo de derechos, incluso fundamentales, para toda aquella persona que trabaja.

Finalmente, es importante decir, quizás a manera de reflexión e invitación, que la erradicación de conductas de discriminación no es una labor que compete únicamente al ente jurisdiccional. Es una tarea de todos; de educación en las familias, en las instituciones educativas, en las empresas, en las entidades públicas y demás porque si se motiva a que las

relaciones interpersonales cotidianas sean más comprensivas, progresistas, respetuosas y menos conflictivas, así mismo serán los cambios jurídicos que vayan ocurriendo.

CONCLUSIONES

Para entender la regulación normativa concerniente a los trabajadores privados que están ad portas de pensionarse, es necesario conocer su inicio y el desarrollo que se le ha dado a la materia desde una perspectiva normativa, la cual ha respondido a las realidades dadas en

diferentes niveles respecto al trabajo y su especial protección. Por consiguiente, cuando se está en frente a trabajadores con estabilidad laboral reforzada, se debe hacer un estudio amplio de la normatividad sobre la materia, de igual manera sobre la jurisprudencia de las Altas Cortes, teniendo en cuenta que la protección de dichas personas, no solo está consagrada legal y jurisprudencialmente, sino que esta cuenta con una protección Constitucional.

Colombia al ser un Estado Social de Derecho donde se debe procurar siempre el bienestar del hombre, evidenciado desde su dignidad humana y respeto por unas garantías mínimas, se hace necesario adoptar políticas que ayuden a enfrentar la problemática de los trabajadores prepensionados del sector privado, situación que ha venido dándose poco a poco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que se evidencia el compromiso del Tribunal con este grupo para el respeto y garantía de sus derechos, y se exige implementar normatividad para garantizarle los derechos a la pensión, seguridad social y de salud, en aras de salvaguardar a los trabajadores privados y por ende garantes de una protección especial.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano en lo concerniente a la estabilidad laboral reforzada de un trabajador privado prepensionado, se quedó corto debido a diversas lagunas en la materia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desempeñado un rol importante, ya que ha ampliado el alcance de la protección y ha desarrollado una serie de subreglas, propiciándose la protección real y efectiva de estos trabajadores. La Corte Constitucional establece que cuando se trate de un trabajador privado que esté próximo a pensionarse, se le deben respetar los postulados propios de la normatividad aplicable a los trabajadores públicos. Las garantías derivadas de la estabilidad laboral reforzada para las personas

prepensionadas son plenamente aplicables a las actuaciones privadas, acorde con el artículo 25 de la Constitución, dado que esta es una garantía indirecta, es decir, actúa como medio para proteger otros derechos fundamentales.

Por tanto, los postulados propios de la estabilidad laboral reforzada son plenamente aplicables en el objeto de la presente investigación, no por tratarse de una imposición de la Corte Constitucional, sino como aquel desarrollo garantista y proteccionista de esta Entidad para con aquellos trabajadores privados próximos para pensionarse y que estos adelanten todas las actuaciones previas establecidas en la ley y la jurisprudencia, si no se estarían vulnerando otros derechos fundamentales del trabajador , como la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social, etc.

Resulta importante resaltar y recordar, que la estabilidad laboral reforzada de las personas limitadas no es un derecho absoluto, dado que para terminar el contrato de trabajo de un trabajador próximo para pensionarse, el empleador deberá solicitar autorización a la Oficina de Trabajo, con el fin de que se verifiquen las circunstancias que dieron lugar al despido y que estas no son propias de las condiciones que dieron lugar a que el empleado tenga la garantía de la estabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Ámbito Jurídico. (4 de octubre de 2012). www.AmbitoJuridico.com. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/laboral-y-seguridad-social/noti-121004-18-debilidad-manifiesta>.

- Ámbito Jurídico. (4 de octubre de 2012). www.AmbitoJuridico.com. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/laboral-y-seguridad-social/noti-121004-18-debilidad-manifiesta>
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Congreso de la República. Ley 1010 de 2006
- Congreso de la República. Ley 361 de 1997
- Congreso de la República. Ley 986 de 2005
- Congreso de la Republica. Ley 790 de 2002
- Constitución Política de 1991
- Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-991 de 2004: M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-389 de 2005: M.P Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1045 de 2007: M.P Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-989 de 2008: M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional Sentencia T-238/2008. MP. Mauricio González Cuervo.

- Corte Constitucional. Sentencia C-795 de 2009: M.P Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional Sentencia T-998 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia T-034 de 2010: M.P Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional Sentencia T-002 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2011: M.P Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional. Sentencia SU-897 del 2012. M.P Alexei Julio Estrada.
- Corte Constitucional. Sentencia T - 211 De 2012 M. P María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2012: M.P María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-186 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T 041 del 2014. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-377 de 2014: M.P María Victoria Calle Correa.

- Corte Constitucional. Sentencia C- 613 del 2015 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T-638 de 2016: M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-357 de 2016: M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
- Ministerio del Trabajo. (11 de abril de 2017). <http://www.mintrabajo.gov.co>.
Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/preguntase-frecuentes/maternidad.html?start=10>