

Sentencia T-835/12

## ACCION DE TUTELA PARA GARANTIZAR LA APLICACION DE LAS NORMAS DEL RETEN SOCIAL Y LA COMPATIBILIDAD CON EL PAGO PREVIO DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO

Esta Corporación ha señalado de forma reiterada que la acción de tutela es procedente para garantizar la aplicación de las normas del retén social, en razón de que los destinatarios de dicha acción afirmativa son sujetos de especial protección constitucional, además porque la institución pública puede no existir al momento de la expedición de la sentencia por parte de la jurisdicción ordinaria debido a la duración limitada del proceso de liquidación. Adicionalmente, la Corte ha indicado que el análisis de procedencia del amparo en los eventos en que un trabajador solicita el reintegro a su puesto de trabajo después de que ha recibido la indemnización por despido debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo las particularidades respectivas del mismo. La acción de tutela que pide el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo en la empresa en liquidación, después de que la persona jurídica ya le ha cancelado el pago de la indemnización por despido es procedente porque: i) el reintegro es la principal forma de garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer puesto que protege el mínimo vital, así como su dignidad humana; y ii) dar prioridad a la indemnización frente a la restitución del empleo implica vulnerar el derecho a la igualdad de las madres cabeza de familia. Sin embargo, excepcionalmente existen situaciones que tornan improcedente el amparo que consisten en la tardanza en que se promovió la acción de tutela contada desde el pago de la indemnización o que la madre haya propiciado el pago de la compensación prefiriéndolo sobre la estabilidad laboral

## PROTECCION ESPECIAL DE LAS MUJERES CABEZA DE FAMILIA EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Condicion para pertenecer al retén social

### RETEN SOCIAL-Definición

El retén social consiste en que ciertos sujetos tendrán una estabilidad laboral reforzada de

modo que se mantendrán en sus cargos hasta que finalice el proceso de liquidación, o se presente la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho procedimiento. No obstante, la Corte ha advertido que el retén social no es una garantía absoluta, pues cada grupo de beneficiarios debe cumplir unos requisitos básicos para ser protegido con esta figura, además que pueden ser desvinculados de la empresa cuando exista justa causa. La ley 812 de 2003 estableció que el retén social podía ser aplicado hasta el 31 de enero de 2004. Empero, en la sentencia C-991 de 2004, la Corte Constitucional consideró que esos límites no se ajustan a la Constitución Política, pues los mandatos superiores que dan origen al denominado retén social no se agotan en una fecha específica, y por lo tanto deben ser aplicados mientras se extienda el programa de renovación administrativa del Estado. Los titulares de la garantía mencionada son: i) las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica; ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva; y iii) las personas próximas a pensionarse. En esta ocasión la Sala se referirá únicamente a la hipótesis de las madres cabeza de familia.

**MADRES CABEZA DE FAMILIA**-Una mujer no deja de ser cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad/**MADRES CABEZA DE FAMILIA**-La circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja o ausencia transitoria no implica que per se asuma esa condición/**TRABAJO DOMESTICO**- Constituye un valioso aporte para la familia y debe ser tenido como aporte social

Esta Corporación ha aclarado que una mujer no deja de ser madre cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad. Deberá constatarse si las mismas se encuentran imposibilitadas para trabajar, tal como ocurre con los hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 que se encuentran estudiando. En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-283 de 2006, señaló:“(...) no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el Programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada. Las Salas de Revisión han aducido que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte,

no significa per se que una madre asume la condición de ser cabeza de familia. Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones. El desempleo de la pareja no convierte a una madre en cabeza de familia, ello solo ocurre cuando el compañero se sustrae de manera permanente de sus obligaciones como padre, abandona el hogar, o se encuentra en incapacidad física, síquica, sensorial o mental. Así mismo, no se soslaya que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social

**MADRE CABEZA DE FAMILIA**-Su condición no depende de una formalidad jurídica por cuanto esa tipología se adquiere con circunstancias materiales que la cobijan

La condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, debido a que esta tipología se adquiere con las circunstancias materiales que la configuran. Una muestra de ello, ocurrió en la sentencia C-034 de 1999, fallo en el que la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia, porque lo esencial son las cuestiones materiales. Por ende, las entidades encargadas de aplicar las normas del retén social no pueden negar su protección o excluir a las madres de dicha salvaguarda con argumentos formalistas. De igual forma, tienen vedado exigir una tarifa probatoria para demostrar la sustracción de las obligaciones alimentarias de sus parejas

#### **RETEN SOCIAL Y REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR UNA MUJER PARA TENER ESE BENEFICIO**

En los eventos en que una mujer se encuentra protegida por el retén social podrá ser excluida de ese beneficio cuando deje de cumplir los requisitos que se enuncian a continuación: i) que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) que su pareja se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;(iv) que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde por incapacidad física, sensorial, síquica o la muerte; y (v) que exista la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. Esta constatación deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso, y en el cual la

autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras no cumplen con las condiciones para ser considerados madres cabeza de familia. Lo antepuesto se justifica porque estamos en presencia de sujetos de especial protección constitucional, quienes pueden quedar en un alto grado de vulnerabilidad al perder su empleo

## RETEN SOCIAL ES ACCION AFIRMATIVA EN MARCO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA

El retén social es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Esta obligación se aplica en el marco de la reestructuración administrativa de las entidades públicas que concede una estabilidad laboral a las madres cabeza de familia siempre que cumplan con las condiciones establecidas en la ley. La permanencia de las trabajadoras en sus empleos se dará hasta que: i) se termine el proceso de liquidación de la institución; ii) pierdan las condiciones establecidas para ser titulares de dicha salvaguarda; o iii) incurran en hechos que funden la terminación del contrato en una justa causa o que constituyan causal de destitución del cargo en el caso de las empleadas públicas. Las autoridades que aplican las normas del retén social están obligadas a atender las condiciones materiales de la mujer al momento de decidir su inclusión o exclusión del beneficio de esta acción afirmativa. Incluso, los empleadores deben tener la total certeza del incumplimiento de las condiciones para ser madre cabeza de familia con el fin de despedirlas

## ACCION DE TUTELA PARA GARANTIZAR APLICACION DE NORMAS DEL RETEN SOCIAL A MADRE CABEZA DE FAMILIA

La presente acción de tutela es procedente para garantizar la aplicación de las normas del retén social por el posible estado de debilidad de la accionante y por la duración restringida del proceso de liquidación en el que CAJANAL se encuentra inmerso. Al mismo tiempo, la petición de reintegro después del pago de la indemnización es procedente, porque atendiendo a la circunstancias específicas del caso concreto la Sala constató que: i) la indemnización no alcanza a proteger los derechos de la accionante por el estado de vulneración de su familia que cuenta entre sus miembros con un menor de edad que padece

de autismo; ii) la peticionaria presentó la demanda en un tiempo razonable de su despido, así como antes del pago de la compensación; y iii) la petente no incurrió en dolo pues no propició el pago resarcitorio

SUSTRACCION DE DEBERES LEGALES DE MANUTENCION-Ninguna norma exige una tarifa legal para demostrar ese hecho

La Sala llama la atención a la Caja Nacional de Previsión Social por exigir a la trabajadora el inicio de las acciones judiciales para demostrar la sustracción de los deberes legales del padre de sus hijos, puesto que ninguna norma exige una tarifa legal para demostrar el hecho referido. Por eso, las autoridades no están autorizadas a exigir un medio de convicción específico que evidencie la sustracción del padre de sus deberes legales. Por ende, CAJANAL tomó la decisión de excluir a la tutelante del programa del retén social y de despedirla sin contar con la certeza de que la actora tenía una alternativa económica en sus ingresos, lo que por sí solo es una actuación reprochable dado que vulneró derechos fundamentales de la peticionaria y sus hijos.

REINTEGRO DE TRABAJADORA AMPARADA POR RETEN SOCIAL-Cumplimiento de requisitos para ser incluida en categoría de madre cabeza de familia/RETEN SOCIAL-Indemnización recibida por servidor público no es suficiente para garantizar protección de derechos fundamentales/RETEN SOCIAL-Por indemnización y prestaciones recibidas debe efectuarse, a modo de compensación, cruce de cuentas

Esta Sala revocará la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior, que negó el amparo constitucional, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales invocados. Para tutelar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la demandante, se dejará sin efecto la resolución por medio de la cual se dio por terminado el contrato laboral, y se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social reintegrar a la peticionaria a su cargo, o a otro equivalente con el pago de salarios y de prestaciones sociales dejados de percibir. Sin embargo, la Sala recuerda que al tomar esta decisión la indemnización corre con la misma suerte, puesto que el pago de la compensación tiene origen en el despido de la peticionaria. En consecuencia, la accionante debe reintegrar el dinero que le fue cancelado a título de indemnización siguiendo la fórmula planteada por la jurisprudencia.

Referencia: expediente T-3522717.

Acción de tutela instaurada por Jacqueline Saldarriaga en nombre propio, así como en representación de Nathalia Andrea y Hugo Alejandro Maldonado contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela incoada por Jacqueline Saldarriaga en nombre propio, así como en representación de Nathalia Andrea y Hugo Alejandro Maldonado contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación.

I. ANTECEDENTES.

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1. El 26 de marzo de 2012, la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez, en nombre propio y en representación de sus hijos Nathalia Andrea y Hugo Alejandro Maldonado Saldarriaga, instauró acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación (CAJANAL), por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido

proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, al dar por terminado su contrato de trabajo, toda vez que la entidad estimó que la tutelante ya no contaba con los requisitos para formar parte del programa del retén social.

1. El 4 de marzo de 1992, la peticionaria ingresó a laborar a la Caja Nacional de Previsión Social -en adelante, CAJANAL - por medio de contrato de trabajo en el cargo de auxiliar administrativa 1.

1. Posteriormente, el Decreto 2196 de 2009 dispuso la supresión de la entidad accionada, para lo cual ordenó su liquidación. De esta manera, a CAJANAL le estaba prohibido continuar con el desarrollo de su objeto social salvo para las actuaciones que conducían a su liquidación. Por ello la planta de personal de la entidad se redujo a los empleos necesarios para continuar con las labores tendientes a su extinción. Para ocupar dichos cargos la institución demandada estableció en virtud del derecho a la estabilidad laboral reforzada un programa de retén social que beneficiaría a las madres o padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados.

1. En el año 2009, CAJANAL aceptó a la solicitante como beneficiaria del programa de retén social, de modo que continuaría en la empresa hasta que culminara la liquidación definitiva de la entidad, o mantuviera las condiciones requeridas para ser considerada madre de familia. Esta decisión se sustentó en que la señora Saldarriaga Pérez tiene a su cargo dos hijos: Hugo Alejandro de 11 años, quien padece de autismo y Nathalia Andrea Maldonado Saldarriaga, quien en la actualidad es mayor de edad, y estudiante de la Universidad Manuela Beltrán.

1. El 20 de febrero de 2012, mediante el oficio CYH-107-2-109 la entidad demandada requirió a la señora Saldarriaga Pérez con el fin de que informara a la Coordinación de Talento Humano si recibía ayuda económica del señor Hugo Maldonado Gómez, padre de sus hijos, o

si habría iniciado alguna acción judicial por alimentos contra él. Este requerimiento se basó en que la dependencia de la institución accionada encontró que el señor Maldonado es propietario de un vehículo de servicio público.

1. En respuesta al anterior oficio, la accionante allegó a CAJANAL la citación de la Comisaría de Familia No 8 que requiere al señor Maldonado Gómez el 26 de abril del presente año por inasistencia alimentaria.

1. Más adelante, el 12 de marzo de 2012, a través del oficio LIQ 0268989 la Caja Nacional de Previsión Social le comunicó a la petente la terminación de su contrato de trabajo, debido a que dejó de cumplir con los requisitos exigidos para formar parte del programa del retén social. Esta determinación se sustentó en que la solicitante tiene una alternativa de ingresos diferente a su salario, representado en el vehículo de servicio público de propiedad del padre de los menores.

1. La señora Saldarriaga Pérez interpuso recurso de reposición contra el acto que la despidió, por considerar que ella cumple con los requisitos para formar parte del retén social porque el padre de los menores no aporta a la manutención de éstos, a pesar de que es propietario de un vehículo de servicio público. Con este fin allegó como prueba documental el requerimiento de alimentos adelantado ante la Comisaría de Familia No 8 contra el señor Hugo Maldonado Gómez, que demuestra la sustracción de éste frente a su obligación legal.

1. El 29 de marzo de 2012, mediante la resolución No- 1110, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció y pagó a la peticionaria las prestaciones sociales del año en curso, así como la indemnización por terminación del contrato laboral, valores que ascendieron a \$ 2.712.718 y \$ 33.478.255 respectivamente.

1. El 17 de abril de 2012, por medio de oficio LIQ 0268989, la entidad demandada resolvió el recurso de reposición confirmando su determinación de desvincular a la tutelante ya que no es una madre cabeza de familia. La Caja Nacional de Previsión Social subrayó que la señora Saldarriaga Pérez no cumple con dicha calidad en la medida que el padre de los menores no se sustrajo de su obligación alimentaria. Para la entidad, la única vía para probar que el señor Maldonado Gómez incumple con su obligación alimentaria es la presentación de las demandas iniciadas por la actora en contra del padre de sus hijos para obtener alimentos, cosa que no acreditó la peticionaria.

1. Intervención de la parte demandada.

1. La Caja Nacional de Previsión Social no contestó la acción de tutela en el término previsto para ello.

1. Sentencia de tutela de primera instancia.

1. En sentencia proferida el 17 de abril de 2012, el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá decidió conceder el amparo apoyándose en los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, precisó que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando la accionante es una madre cabeza de familia, con independencia de que existan otros medios de defensa judicial, tal como sucede en el caso sub-judice.

1. En segundo lugar, el funcionario judicial subrayó que la vulneración de los derechos invocados en la demanda es actual e inminente, toda vez que “si bien el padre de los menores posee un patrimonio, no prueba esto que los niños gocen del mismo”. Adicionalmente, advirtió que los argumentos que sustentaron la exclusión de la señora

Saldarriaga Pérez del programa del retén social no son aceptables, debido a que la peticionaria es sujeto de especial protección constitucional. Esta calidad obligaba a la entidad accionada a evaluar todos los medios probatorios sin exigirle una prueba específica para demostrar la dependencia de la petente del salario devengado de CAJANAL y la sustracción de los deberes paternos del señor Maldonado, como es que hubiese instaurado las acciones legales pertinentes para obtener el pago de la obligación alimentaria.

De esta manera, el a-quo indicó que si bien puede suponerse que la solicitante cuenta con otros ingresos para satisfacer las necesidades suyas y de sus hijos, es igualmente probable que en el caso concreto se observe la inasistencia alimentaria del señor Maldonado Gómez, comoquiera que cuando uno de los padres acude a la Comisaría de Familia o ante el juez se debe al incumplimiento del otro progenitor de sus deberes legales con los niños. Al mismo tiempo, adujo que no existe prueba que demuestre el beneficio económico que los menores obtienen del vehículo de propiedad de su padre.

1. En tal virtud, el juez de primera instancia tuteló transitoriamente los derechos invocados por la accionante y, en consecuencia, ordenó a la entidad demandada reintegrar a la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez al cargo que venía desempeñando o a otro equivalente, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

## 1. Impugnación.

1. Liliana Urueta López, apoderada de la entidad accionada, impugnó el fallo de primera instancia con sustento en que la presente acción de tutela es improcedente como mecanismo transitorio dado que en el caso sub-judice no existe la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. Así, advirtió que la señora Saldarriaga Pérez tiene cubiertas sus necesidades básicas y las de sus hijos mientras acude ante el juez laboral para solicitar su reintegro. Esta afirmación se fundamentó en que la Caja Nacional de Previsión Social reconoció y pago a la petente las prestaciones sociales del año en curso a través de la

resolución 1110 de 2012, así como la indemnización por terminación del contrato laboral, valores que ascendieron a \$ 2.712.718 y \$ 33.478.255 respectivamente. Entonces, la señora Saldarriaga Pérez cuenta con otros medios de defensa judicial diferente del amparo ante la jurisdicción laboral. Sobre el particular citó in-extenso la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup>.

Adicionalmente, la representante judicial de la entidad subrayó que el reintegro de la peticionaria al puesto de trabajo es excluyente con la indemnización por despido que se le canceló, puesto que convierte la pretensión de la demanda en simple exigencia económica, tema que es competencia del juez laboral. Por ende, la acción que promovió la accionante no respeta el carácter residual y subsidiario de la tutela.

Para finalizar, reiteró que la señora Saldarriaga no es sujeto de especial protección constitucional porque ella no es madre cabeza de familia. La ausencia de dicha calidad responde a que la peticionaria cuenta con otro ingreso diferente al salario devengado en CAJANAL y a que no demostró la sustracción de la obligación alimentaria del padre de los menores. Esta última razón se hace evidente porque la petente no ha iniciado las acciones correspondientes con el fin de obtener el pago de los alimentos de los niños.

#### 1. Fallo de tutela de segunda instancia.

1. El 29 de mayo de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo emitido en primera instancia, y en su lugar negó el amparo, porque en el caso concreto no se observa un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela. El ad-quem precisó que no se evidencia vulneración alguna al derecho al mínimo vital y móvil de la tutelante ni de sus hijos, toda vez que las necesidades básicas de éstos se hallan cubiertas con la suma pagada a la accionante a título de indemnización por despido. Así, los derechos de Nathalia Andrea y Hugo Maldonado están protegidos mientras la peticionaria acude a la vía judicial ordinaria con el objeto de resolver el asunto de fondo. El juez de segunda instancia resaltó que las pretensiones de la acción de tutela son excluyentes con relación a la indemnización recibida por la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez, debido a que

en la demanda se solicitó el pago de salarios y demás prestaciones sociales.

Frente a la continuidad laboral derivada del retén social, el Tribunal estimó que dicho asunto no es materia de la acción de tutela, por consiguiente solo puede decidirse ante la jurisdicción laboral.

#### 1. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

##### 1. . Pruebas aportadas por la accionante:

1. Copia del oficio CTH-107-2-273 por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social terminó el contrato laboral con la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez (Folio 5 Cuaderno 2).

2. Copia del certificado de afiliación de cotizante de la peticionaria, en el que se constata que los beneficiarios del servicio de salud son sus hijos Nathalia Andrea y Hugo Alejandro Maldonado Saldarriaga (Folio 11 Cuaderno 2).

3. Copia del oficio E-2012-014707 de la directora de cobertura de educación de la Alcaldía mayor de Bogotá, en el que se asignó un cupo en el colegio especial San Rafael (IEC) para el niño Hugo Alejandro Maldonado Saldarriaga, que evidencia su discapacidad intelectual, pues tal condición es requisito para estudiar en la referida institución (Folio 14 Cuaderno 2).

4. Copia de las declaraciones extrajuicio de los señores Jorge Luis Herrera Pérez y María Olga Sarmiento de Rodríguez, quienes afirmaron que la accionante cubre con la totalidad de los gastos de manutención de sus hijos, sin que el padre de éstos proporcione auxilio económico alguno (Folio 15 y 16 Cuaderno 2).

5. Copia del recibo de caja pagado por Nathalia Andrea Saldarriaga a la universidad Manuela Beltrán (Folio 10 Cuaderno 2).

6. Copia del comprobante de pago de la resolución No 1110 de 2012 (Folio 74 Cuaderno 4).

1. Pruebas aportadas por la entidad accionada:

1. Copia del oficio LIQ 37447 de 2009 que evidencia que CAJANAL le reconoció a la señora Saldarriaga Pérez la calidad de madre cabeza de familia y, en consecuencia, la incluyó en el programa del retén social (Folio 97-99 Cuaderno 2).

2. Copia del procedimiento administrativo en el que se produjo la terminación del contrato de trabajo de la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez que contiene los siguientes documentos:

1. Oficio LIQ 265313 de 2012 emitido por la Caja Nacional de Previsión Social que informó a la demandante sobre de la novedad del registro del vehículo de servicio público a nombre de Hugo Maldonado Gómez (Folio 58 Cuaderno 2).

2. Copia de la comunicación del 29 de febrero de 2012 a través de la cual la solicitante allegó la citación de la Comisaría de Familia No 8 de Bogotá al padre de sus hijos (Folio 60 Cuaderno 2).

3. Copia del oficio CTH-107-2-273 de 2012 a través del que la Caja Nacional de Previsión Social terminó el contrato laboral con la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez (Folio 62 Cuaderno 2).

4. Copia del recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que desvinculó a la actora de CAJANAL, en el que se manifestó que el señor Maldonado Gómez no aporta recurso alguno al mantenimiento de sus hijos, omisión por la cual es requerido en la Comisaría de Familia. (Folios 65-68 Cuaderno 2).

5. Copia del oficio 332589 de 2012 que confirmó la decisión de terminar el contrato de trabajo de la petente dado que no cumplía con los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia. (Folios 69 y 70 Cuaderno 2).

6. Copia de la resolución No 1110 de 2012 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social

que reconoció a la señora Saldarriaga Pérez las prestaciones sociales de lo corrido del año, así como la indemnización por despido, valores que ascienden a \$ 2.712.718 y \$ 34.445.373 respectivamente. Este acto jurídico fue notificado a la peticionaria el 29 de marzo del año en curso (Folios 72 -73 Cuaderno 3).

## II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos.

1. En el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación vulneró, los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social y a la salud de Jacqueline Saldarriaga Pérez al terminar su contrato de trabajo, aduciendo que perdió la calidad de madre cabeza de familia y por tanto el derecho a formar parte del programa del retén social, porque tiene una fuente de ingreso diferente de su salario representado en el vehículo de servicio público de propiedad del padre de sus hijos y porque no demostró que el señor Hugo Maldonado Gómez se sustrajo del cumplimiento de su obligación alimentaria ya que no lo demandó judicialmente.

1. Previo al anterior cuestionamiento, la Sala deberá determinar si el pago a la petente de la indemnización por despido y de las prestaciones sociales del año en curso, torna improcedente la presente acción de tutela que tiene como pretensión el reintegro de la demandante al puesto de trabajo y garantizar las normas del retén social.

1. Para abordar los problemas descritos, la Sala comenzará por reiterar la procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social. En especial se referirá a la compatibilidad de la acción con el pago previo de la indemnización por despido. A continuación, hará referencia a la protección especial de las mujeres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración administrativa. Finalmente, llevará a cabo el análisis del caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social y la compatibilidad con el pago previo de la indemnización por despido.

1. Esta Corporación ha señalado de forma reiterada que la acción de tutela es procedente para garantizar la aplicación de las normas del retén social, en razón de que los destinatarios de dicha acción afirmativa son sujetos de especial protección constitucional, además porque la institución pública puede no existir al momento de la expedición de la sentencia por parte de la jurisdicción ordinaria debido a la duración limitada del proceso de liquidación. Adicionalmente, la Corte ha indicado que el análisis de procedencia del amparo en los eventos en que un trabajador solicita el reintegro a su puesto de trabajo después de que ha recibido la indemnización por despido debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo las particularidades respectivas del mismo.

1. El Decreto 2591 de 1991 y el precedente constitucional establecen que en principio la acción de tutela es procedente siempre que el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, en la medida que el amparo no puede desplazar, ni sustituir, los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>. Esta regla que se deriva del carácter excepcional y residual de la acción de tutela cuenta con dos excepciones que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario. Estas consisten en<sup>3</sup>: i) la instauración de la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) la falta de idoneidad o de eficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En el segundo supuesto, la Corte ha precisado que la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario deben evaluarse atendiendo a las circunstancias específicas del caso. Entre dichos elementos relevantes se halla la condición de los accionantes, verbigracia que sean sujetos de especial protección constitucional, tal como ocurre con los beneficiarios del retén social.

1. En este sentido, la jurisprudencia ha concluido que la acción de tutela resulta procedente para reclamar la aplicación de los beneficios derivados del “retén social”, por las siguientes razones<sup>4</sup>:

(i) Las personas beneficiarias del “retén social” están en “condiciones especiales de vulnerabilidad, por tratarse de personas que son madres o padres cabeza de familia; disminuidos físicos y mentales o estar próximos a pensionarse (sentencia SU-389 de 2005)”<sup>5</sup>.

(ii) Como los beneficios del “retén social se producen dentro del marco de procesos de restructuración administrativa que culminan rápidamente, la jurisdicción ordinaria y/o contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo, ni eficaz, pues se hace predecible que para cuando se produzca el fallo laboral y/o contencioso administrativo la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios”<sup>6</sup>.

En suma, en los eventos en que se solicita la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores protegidos por el retén social la acción de tutela es procedente a pesar de que existan mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción laboral o contencioso administrativa.

1. En esta lógica, la procedencia de la acción de tutela en las hipótesis señaladas tiene sustento en que el valor pagado a título de compensación no alcanza a salvaguardar los derechos fundamentales de los beneficiarios del retén social. Al mismo tiempo, esta

Corporación ha afirmado que el resarcimiento debe ser la última opción para garantizar la estabilidad laboral reforzada dado que el pago de la compensación es un derecho que tienen todos los servidores públicos, incluso sin pertenecer al retén social. Sin embargo, la Corte ha subrayado que la orden de reintegro es excluyente con el pago de la indemnización. De ahí que las Salas de revisión hayan propuesto fórmulas para que el empleado restituya el dinero de la compensación en los casos en que se ordena su reintegro.

La sentencia SU-388 de 20057 analizó un expediente acumulado en el cual la empresa TELECOM despidió a varias madres cabeza de familia beneficiarias del retén social y pagó las correspondientes indemnizaciones. La Corte manifestó que “teniendo en cuenta que desde la Sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004 es absolutamente claro que el límite temporal previsto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 vulnera mandatos constitucionales de superior jerarquía, la Corte considera que la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia consiste en ordenar su reintegro y dejar sin efecto las indemnizaciones reconocidas. De hecho, el pago de la indemnización debe ser concebida como la última alternativa para reparar el daño derivado de la liquidación de la empresa, por cuanto corresponde al derecho en cabeza de todos los servidores públicos y no sólo de los sujetos de especial protección”. Esta premisa significa reconocer el especial valor del trabajo como la expresión de una opción personal o profesional de la mujer, y no exclusivamente a manera de un ingreso para la satisfacción de sus necesidades.

Luego, en la providencia T-602 de 2005 la Corte Constitucional nuevamente revisó un asunto relativo al retén social, en el que la accionante solicitaba el reintegro a la empresa Telecom, a pesar de que le fue cancelada la indemnización por despido. Este fallo reiteró que el reintegro es la principal forma de garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada puesto que protege el mínimo vital y la dignidad humana en tanto que desarrolla una opción personal de la mujer. Así mismo, la “Sala considera que con el pago de una indemnización, en este caso, no se garantiza la protección de los derechos fundamentales del actor, en la medida en que éste es un sujeto constitucionalmente protegido de manera especial al cual no se le debe dar el mismo trato que a los demás trabajadores en un proceso de reestructuración”<sup>8</sup>.

De esta manera, estimó que darle prioridad al pago de la indemnización sobre el reintegro en

los eventos en que éste se pide después de que aquella fue cancelada vulnera el derecho a la igualdad, comoquiera que se estaría concediendo una prestación a que tienen derecho todos los servidores públicos, y sin otorgar una especial protección constitucional que exige una acción afirmativa.

Posteriormente, la posición descrita fue reiterada en las sentencias T-650 de 2005 y T-993 de 2007. En síntesis, tal como lo sostuvo la Corte en la providencia T-926 de 2009: “el reintegro no resulta incompatible con el eventual pago de la indemnización que se hubiere hecho a la actora, con ocasión de la terminación de su contrato de trabajo, conforme a lo establecido en la jurisprudencia de esta Corporación”<sup>9</sup>.

1. Ahora bien, de forma excepcional esta Corporación ha declarado improcedente la acción de tutela que pretende el reintegro del trabajador a la empresa en liquidación, cuando ya se le ha pagado la indemnización por despido, en casos en los cuales se promueve el amparo después de transcurrido un tiempo razonable del desembolso de la compensación o en las hipótesis en que el accionante se arrepiente de haber solicitado y recibido el dinero resarcitorio por la terminación del contrato laboral.

Así, la sentencia T-463 de 2007<sup>10</sup> estudió la acción de tutela promovida en ese año por un extrabajador de la empresa electrificadora del Tolima, quien perteneciendo al retén social fue despedido e indemnizado en el año 2003. En esta oportunidad, la Sala Sexta de Revisión indicó que el amparo transitorio no era procedente debido a la inexistencia de perjuicio irremediable, que se evidenciaba en la demora del accionante de tres años para solicitar su reintegro a la empresa. Este periodo es la diferencia de tiempo que se presentó entre el pago de la compensación y la acción de tutela.

Más adelante, en el fallo T-1040 de 2010 la Corte analizó el caso de una trabajadora que solicitó el reintegro a CAJANAL a través de tutela, luego de que dejó la empresa al negociar su retiro con el pago de indemnización. La Sala Cuarta de Revisión subrayó que procede el amparo “para perseguir la protección laboral reforzada, pero siempre y cuando no se hayan propiciado deliberadamente las circunstancias que permiten poner en duda la vigencia de los supuestos fácticos que dan derecho a recibir los beneficios de la estabilidad laboral reforzada, por tener interés el trabajador en recibir una contraprestación que a su juicio

podría resultar más beneficiosa pero que, una vez consumados los efectos de su actuación, posteriormente se arrepiente y pretende revertir las cosas vía recurso de amparo pues en tal caso la vía ordinaria es la llamada a servir de instrumento para resarcir los derechos en discusión. En tales circunstancias, la acción de tutela no se instituye como el instrumento judicial principal para perseguir una protección real y concreta”<sup>11</sup>.

La Corte advirtió que la acción de tutela no era procedente porque la accionante propicio el pago de la indemnización y la terminación del contrato de trabajo. Además, esta Corporación indicó que la peticionaria en ese asunto le concedió una mayor prioridad al dinero cancelado que al derecho a la estabilidad laboral reforzada garantizado por el retén social, en la medida que canjeó la protección del trabajo por la indemnización que efectivamente le fue cancelada, que ascendió \$ 47.688.260.

1. Al mismo tiempo, en el desarrollo de la anterior línea jurisprudencial la Sala señaló que es excluyente mantener los efectos de la orden de reintegro con el pago de la indemnización comoquiera que el desembolso de la compensación tiene su fuente en el despido del trabajador. Al dejar sin efecto la extinción del contrato laboral ocurrirá lo propio con el resarcimiento cancelado. Entonces, deberá procederse a las restituciones y compensaciones mutuas<sup>12</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional no ha desconocido las dificultades que puede traer para el interesado restituir el dinero de la indemnización cuando ésta tiene una alta cuantía. Para zanjar dichos inconvenientes la jurisprudencia ha propuesto la siguiente fórmula<sup>13</sup>:

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

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

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

1. Por consiguiente, la acción de tutela que pide el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo en la empresa en liquidación, después de que la persona jurídica ya le ha cancelado el pago de la indemnización por despido es procedente porque: i) el reintegro es la principal forma de garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer puesto que protege el mínimo vital, así como su dignidad humana; y ii) dar prioridad a la indemnización frente a la restitución del empleo implica vulnerar el derecho a la igualdad de las madres cabeza de familia. Sin embargo, excepcionalmente existen situaciones que tornan improcedente el amparo que consisten en la tardanza en que se promovió la acción de tutela contada desde el pago de la indemnización o que la madre haya propiciado el pago de la compensación prefiriéndolo sobre la estabilidad laboral.

La protección especial de las mujeres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración administrativa y las condiciones para pertenecer al retén social.

1. En virtud del derecho a la igualdad la Carta Política de 1991 estableció una protección especial para ciertos sujetos, entre los que se encuentran las mujeres cabeza de familia. Esta salvaguarda es resultado de un trato diferenciado que obliga al Estado a tomar acciones afirmativas para beneficiar a las personas que tienen un alto grado de vulnerabilidad. Por eso, el legislador estableció la política de protección a esta población en los procesos de reestructuración administrativa del Estado, otorgándoles estabilidad laboral reforzada a tal punto que puedan continuar en sus empleos hasta que termine el proceso de liquidación de la entidad, siempre que cumplan con las condiciones fijadas por el legislador y la jurisprudencia.

1. De esta manera, el artículo 13 de la Constitución Política<sup>14</sup> establece la obligación del Estado de propender por la igualdad real y efectiva, así como de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Este deber es uno de los contenidos del derecho a la igualdad, que implica la promoción y protección a los desfavorecidos a través del trato diferenciado. La observancia de este cometido constitucional se materializa en las denominadas acciones afirmativas<sup>15</sup>. Sobre su naturaleza, en la Sentencia C-371 de 2000 la Corte explicó lo siguiente: “con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan<sup>16</sup>, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación<sup>17</sup>.”

La Carta Política no solo se contenta con consagrar una cláusula abierta en el artículo 13, sino que señala los grupos “destinatarios de las mencionadas acciones, uno de los cuales son las mujeres, específicamente las que sean cabeza de familia”<sup>18</sup>. En este sentido el artículo 43 de la Constitución Política indica que “(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

1. Ahora bien, el despliegue de las acciones afirmativas exceden en muchas ocasiones la competencia del juez, por eso el primer llamado a intervenir en el diseño y ejecución de las acciones afirmativas es el Legislador, como “órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades”<sup>19</sup>.

En desarrollo de lo anterior el Congreso de la República expidió la ley 790 de 2002, la cual estableció “la política denominada Retén Social, que es una medida afirmativa de protección laboral tendiente a dar cumplimiento a la igualdad real y efectiva consagrada en la Constitución, que busca que en los procesos de reforma institucional se otorgue una protección mayor, en materia de permanencia y estabilidad en el empleo a ciertas categorías de sujetos, son ellas las personas con limitaciones físicas, mental, visual o auditiva; las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas próximas a

pensionarse”<sup>20</sup>. Esta institución tiene aplicación en los procesos de renovación administrativa a nivel nacional y territorial, en el que la rama ejecutiva adelanta la supresión o fusión de diferentes entidades conforme a la Constitución y la ley. Por ello se creó el Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP-.

1. El retén social consiste en que ciertos sujetos tendrán una estabilidad laboral reforzada de modo que se mantendrán en sus cargos hasta que finalice el proceso de liquidación, o se presente la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho procedimiento<sup>21</sup>. No obstante, la Corte ha advertido que el retén social no es una garantía absoluta, pues cada grupo de beneficiarios debe cumplir unos requisitos básicos para ser protegido con esta figura, además que pueden ser desvinculados de la empresa cuando exista justa causa<sup>22</sup>.

La ley 812 de 2003<sup>23</sup> estableció que el retén social podía ser aplicado hasta el 31 de enero de 2004. Empero, en la sentencia C-991 de 2004<sup>24</sup>, la Corte Constitucional consideró que esos límites no se ajustan a la Constitución Política, pues los mandatos superiores que dan origen al denominado retén social no se agotan en una fecha específica, y por lo tanto deben ser aplicados mientras se extienda el programa de renovación administrativa del Estado<sup>25</sup>.

Los titulares de la garantía mencionada son: i) las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica<sup>26</sup>; ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva; y iii) las personas próximas a pensionarse. En esta ocasión la Sala se referirá únicamente a la hipótesis de las madres cabeza de familia.

1. Así, respecto de la protección de las madres cabeza de familia el legislador aprobó la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial” a la mujer inmersa en dicha condición, el inciso 2° del artículo 2 de dicha norma, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, dispone:

“(…) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica o socialmente, en forma permanente hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo

familiar.”

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que no toda mujer, por el hecho de ser madre, ostenta la calidad de cabeza de familia, pues para tener tal condición es necesario “(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”<sup>27</sup>.

1. Sobre estas condiciones la Sala procederá hacer algunas precisiones realizadas en la jurisprudencia:

En primer lugar, esta Corporación ha aclarado que una mujer no deja de ser madre cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad. Deberá constatarse si las mismas se encuentran imposibilitadas para trabajar, tal como ocurre con los hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 que se encuentran estudiando<sup>28</sup>. En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-283 de 2006<sup>29</sup>, señaló:“(…) no puede entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a las madres de hijos mayores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Lo expuesto, toda vez que el derecho de los menores de 25 años, incapacitados para trabajar por razón de los estudios, comporta un avance en materia del reconocimiento de los derechos sociales económicos y culturales de la población, cuya regresión, de presentarse en el Programa de Renovación de la Administración, exigiría una justificación razonable y proporcionada.” (Subrayado fuera del texto original)

En segundo lugar las Salas de Revisión han aducido que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa per se que una madre asume la condición de ser cabeza de familia. Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su

pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones. El desempleo de la pareja no convierte a una madre en cabeza de familia, ello solo ocurre cuando el compañero se sustrae de manera permanente de sus obligaciones como padre, abandona el hogar, o se encuentra en incapacidad física, síquica, sensorial o mental<sup>30</sup>.

Así mismo, no se soslaya que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. “En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia”<sup>31</sup>.

En tercer orden, la Sala aclara que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, debido a que esta tipología se adquiere con las circunstancias materiales que la configuran. Una muestra de ello, ocurrió en la sentencia C-034 de 1999, fallo en el que la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia, porque lo esencial son las cuestiones materiales. Por ende, las entidades encargadas de aplicar las normas del retén social no pueden negar su protección o excluir a las madres de dicha salvaguarda con argumentos formalistas. De igual forma, tienen vedado exigir una tarifa probatoria para demostrar la sustracción de las obligaciones alimentarias de sus parejas.

De acuerdo con lo anterior, en los eventos en que una mujer se encuentra protegida por el retén social podrá ser excluida de ese beneficio cuando deje de cumplir los requisitos que se enuncian a continuación: i) que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) que su pareja se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;(iv) que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde por incapacidad física, sensorial, síquica o la muerte; y (v) que exista la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. Esta constatación deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso, y en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras no cumplen con las condiciones para ser considerados madres cabeza de familia. Lo antepuesto se justifica porque estamos en

presencia de sujetos de especial protección constitucional, quienes pueden quedar en un alto grado de vulnerabilidad al perder su empleo.

1. En conclusión, el retén social es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Esta obligación se aplica en el marco de la restructuración administrativa de las entidades públicas que concede una estabilidad laboral a las madres cabeza de familia siempre que cumplan con las condiciones establecidas en la ley. La permanencia de las trabajadoras en sus empleos se dará hasta que: i) se termine el proceso de liquidación de la institución; ii) pierdan las condiciones establecidas para ser titulares de dicha salvaguarda; o iii) incurran en hechos que funden la terminación del contrato en una justa causa o que constituyan causal de destitución del cargo en el caso de las empleadas públicas. Las autoridades que aplican las normas del retén social están obligadas a atender las condiciones materiales de la mujer al momento de decidir su inclusión o exclusión del beneficio de esta acción afirmativa. Incluso, los empleadores deben tener la total certeza del incumplimiento de las condiciones para ser madre cabeza de familia con el fin de despedirlas.

Caso Concreto.

1. La señora Jacqueline Saldarriaga Pérez fue inscrita en el programa del retén social en el año de 2009, de modo que era considerada por la Caja Nacional de Previsión Social como titular de la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia. Sin embargo, CAJANAL estimó que la peticionaria dejó de cumplir con las condiciones para ser beneficiaria de la acción afirmativa referida.

1. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se discute si la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación vulneró, los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social y a la salud de Jacqueline Saldarriaga Pérez al terminar su

contrato de trabajo, aduciendo que perdió la calidad de madre cabeza de familia y por tanto el derecho a formar parte del programa del retén social, porque tiene una fuente de ingreso diferente de su salario representado en el vehículo de servicio público de propiedad del padre de sus hijos y porque no demostró que el señor Hugo Maldonado Gómez se sustrajo del cumplimiento de su obligación alimentaria ya que no lo demandó judicialmente.

1. La institución demandada pagó a la peticionaria la indemnización por despido y las prestaciones sociales causadas en lo corrido del año, sumas que ascienden a \$ 34.445.373 y 2.712.718 respectivamente. De ahí que CAJANAL y el juez de segunda instancia consideraron que el amparo es improcedente, comoquiera que el desembolso de los dineros evita que se configure un perjuicio irremediable, al punto que torna los medios de defensa judicial eficaces e idóneos. Por tanto, la Sala deberá determinar si el pago de la indemnización por despido y de las prestaciones sociales a la petente, torna improcedente la presente acción de tutela que tiene como pretensión el reintegro de la demandante al puesto de trabajo.

1. Como se anunció desde el planteamiento del problema jurídico, la Sala abordará estos puntos de manera sucesiva, empezando por examinar la procedibilidad de la acción de tutela para garantizar las normas del retén social y la compatibilidad de la tutela con el pago previo de la indemnización. Para continuar con el estudio de las condiciones que requiere la peticionaria para formar parte del retén social, y en consecuencia ser titular del beneficio de la estabilidad laboral reforzada.

1. Como se mostró en la parte motiva de la presente providencia la acción de tutela que solicita la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores protegidos por el retén social es procedente a pesar de que existan mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción laboral o contencioso administrativa. Esta posición se sustenta en la calidad de sujetos de especial protección constitucional que tienen las madres cabeza de familia y en la duración limitada del proceso de liquidación (Supra 5 y 6).

En atención al caso concreto, la acción de tutela es procedente puesto que CAJANAL EICE es una entidad en proceso de liquidación. Por ello, existe la posibilidad de que la institución ya se encuentre liquidada y disuelta al momento de la expedición del fallo de la jurisdicción ordinaria, lo cual impediría el reintegro o el pago de salarios dejados de percibir. Al mismo tiempo, la Sala resalta que la pertenencia al retén social de la accionante no depende del proceso de liquidación, ni del reconocimiento de las autoridades, puesto que ésta garantía nace de las condiciones materiales de la madre y tiene su fuente en la Constitución (Supra 9.1.2). Por tanto puede ser reconocida por el juez de tutela en atención a la realidad de la mujer.

1. Para la Sala la presente acción de tutela que solicita el reintegro de la petente a su puesto de trabajo, a pesar de que le fue cancelada la indemnización por despido y las prestaciones sociales es procedente, comoquiera que dentro de las circunstancias específicas del caso concreto no existen las excepciones señaladas en la parte motiva de esta providencia que evidencian que no es necesaria la intervención del juez constitucional (Supra 7).

De un lado, la Sala resalta que la indemnización no es el mecanismo adecuado para garantizar el derecho a la igualdad de la señora Saldarriaga, toda vez que con éste beneficio cuentan todos los servidores públicos que laboran para CAJANAL. De ahí que, no se estaría protegiendo la estabilidad laboral reforzada a la que tiene derecho la accionante al pertenecer a un grupo social en condición de especial vulnerabilidad, pues la entidad demandada pagó la compensación que recibirían por el despido otros de sus trabajadores que no pertenecen al retén social.

Adicionalmente, conforme al precedente fijado la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia consiste en ordenar su reintegro y dejar sin efecto las indemnizaciones reconocidas, en la medida que el trabajo desarrolla el mínimo vital y la dignidad humana, al comprender el empleo como una opción de vida. La Corte concluye que la indemnización no alcanza a proteger los derechos fundamentales de la peticionaria y de su familia toda vez que tiene a su cuidado un menor que padece de autismo, patología que eleva los gastos que debe atender en el hogar. El posible estado de vulneración de la solicitante se refuerza con la enfermedad de su hijo, a quien no se puede

dejar sin protección alguna. Así, el trabajo y el salario constante que este implica tienen mayor efectividad a la hora de salvaguardar los derechos de la tutelante y de su hijo.

De otro lado, en el caso sub-judice no se presentan las excepciones bajo las cuales las Salas de Revisión de la Corte han declarado improcedente el amparo en esta clase de situaciones (Supra 7 y 7.2).

De esta manera en el expediente se constató que la accionante interpuso la acción de tutela antes de que la entidad demandada le pagara la indemnización y las prestaciones sociales causadas en lo que va de corrido del año. Es más, el reconocimiento y desembolso de este dinero se produjo después de fallo de primera instancia. Además, la petente presentó la demanda de amparo en un tiempo razonable de la terminación del contrato de trabajo, pues no transcurrió un mes entre estos dos eventos.

Así mismo, para la Sala es evidente que no existen elementos probatorios en el expediente que muestren dolo en el actuar de la señora Saldarriaga en el que haya propiciado el pago de la indemnización, o preferido ésta sobre el retén social, en la medida que la accionante no realizó gestiones ante CAJANAL para obtener el desembolso de esta prestación. Incluso la propia entidad demandada manifestó en la impugnación del fallo de primera instancia, que procedió a reconocer y pagar la compensación por despido con el fin de evitar que se afectara la subsistencia de la peticionaria y de su familia (Folio 90 Cuaderno 2).

No obstante, la Corte precisa que los efectos de la posible orden de reintegro con el pago de la indemnización son excluyentes, de modo que al dejar sin efecto la extinción del contrato laboral ocurrirá lo propio con el resarcimiento cancelado. Por tanto, si se determina devolver el empleo a la peticionaria, se deberá proceder a las restituciones mutuas a las que haya lugar.

1. En suma, la presente acción de tutela es procedente para garantizar la aplicación de las normas del retén social por el posible estado de debilidad de la accionante y por la duración restringida del proceso de liquidación en el que CAJANAL se encuentra inmerso. Al mismo tiempo, la petición de reintegro después del pago de la indemnización es procedente, porque atendiendo a la circunstancias específicas del caso concreto la Sala constató que: i) la

indemnización no alcanza a proteger los derechos de la señora Saldarriaga Pérez por el estado de vulneración de su familia que cuenta entre sus miembros con un menor de edad que padece de autismo; ii) la peticionaria presentó la demanda en un tiempo razonable de su despido, así como antes del pago de la compensación; y iii) la petente no incurrió en dolo pues no propició el pago resarcitorio.

Verificación de las condiciones exigidas para ser considerada madre cabeza de familia de la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez.

1. En primer lugar, con base en las circunstancias fácticas obrantes en el proceso, la Sala verificó que la petente tiene a su cargo una persona que además de ser menor de edad padece de autismo, su hijo Hugo Alejandro Maldonado Saldarriaga. En efecto, fue la accionante quien adelantó las diligencias correspondientes para conseguir a su hijo un cupo en colegio especial que atiende a los niños que cuentan con la mencionada discapacidad mental (Folio 14 Cuaderno 2). Así mismo, la accionante tiene a su cargo a su hija Nathalia Maldonado Saldarriaga, quien si bien es mayor de edad, está incapacitada para trabajar porque estudia en la Universidad Manuela Beltrán, como lo demuestra el recibo pagado a dicha institución de educación superior (Folio 74 Cuaderno 2).

1. En segundo orden, la responsabilidad de la accionante de cuidar sus hijos es de carácter permanente en la medida que de las pruebas obrantes en el expediente no se puede concluir que reciba alguna ayuda en la crianza de los menores, o que se desprenda de la labor referida por periodos de tiempo.

1. En tercer lugar la Sala concluye que contrario a lo sostenido por la institución demandada, sí existe sustracción del cumplimiento de las obligaciones como padre del señor Hugo Maldonado Gómez. Esta tesis se encuentra demostrada con las declaraciones extrajuicio allegadas, tanto al procedimiento administrativo adelantado ante CAJANAL como al expediente de tutela, que señalan que la petente no recibe ayuda económica en la

manutención de sus hijos (Folios 15 y 16 Cuaderno 2) y el certificado de afiliación de la peticionaria que evidencia que ella es quien tiene afiliados como beneficiarios a sus hijos (Folios 11 Cuaderno 2).

Así mismo, es un indicio de la sustracción del cumplimiento de las obligaciones alimentarias del señor Hugo Maldonado Gómez el hecho de que haya sido requerido por la Comisaria de Familia No 8 (Folio 2 Cuaderno 3). Se tiene como hecho indicador la citación de la autoridad correspondiente por la inasistencia alimentaria, lo cual con base en las reglas de la experiencia, señala una sustracción de los deberes legales como padre- el hecho indicado-, pues es normal que una madre solicite la intervención de las autoridades cuando el padre está omitiendo el cumplimiento de sus obligaciones. Por esta razón, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, no se puede concluir que el señor Hugo Maldonado suministre auxilio económico para el mantenimiento de sus hijos.

Cabe indicar que, el hecho de que el padre de los hijos de la accionante sea propietario de un vehículo de servicio público, no significa que sea alternativa de ingresos para el hogar comoquiera que existe la posibilidad que ésta renta no se encuentre destinada para suplir las necesidades de Hugo Alejandro y Nathalia Andrea Maldonado Saldarriaga. Por ello, CAJANAL tenía la obligación de verificar que el automotor en la realidad era un auxilio económico para lo hijos de la peticionaria, y no presumir este supuesto fáctico a partir de la titularidad del derecho de dominio del vehículo.

Al mismo tiempo, la Sala llama la atención a la Caja Nacional de Previsión Social por exigir a la trabajadora el inicio de las acciones judiciales para demostrar la sustracción de los deberes legales del señor Maldonado Gómez, puesto que ninguna norma exige una tarifa legal para demostrar el hecho referido. Por eso, las autoridades no están autorizadas a exigir un medio de convicción específico que evidencie la sustracción del padre de sus deberes legales (Supra 9.1.2).

Por ende, CAJANAL tomó la decisión de excluir a la tutelante del programa del retén social y de despedirla sin contar con la certeza de que la señora Saldarriaga tenía una alternativa económica en sus ingresos, lo que por sí solo es una actuación reprochable dado que vulneró derechos fundamentales de la peticionaria y sus hijos.

1. Frente al requisito de la existencia de la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar, debe precisarse que en el caso concreto no se comprobó que la demandante reciba alguna ayuda en el sostenimiento del hogar.

1. Como resultado de las consideraciones precedentes, esta Sala revocará la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, que negó el amparo constitucional, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales invocados. Para tutelar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la demandante, se dejará sin efecto la resolución por medio de la cual se dio por terminado el contrato laboral, y se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social reintegrar a la peticionaria a su cargo, o a otro equivalente con el pago de salarios y de prestaciones sociales dejados de percibir.

Sin embargo, la Sala recuerda que al tomar esta decisión la indemnización corre con la misma suerte, puesto que el pago de la compensación tiene origen en el despido de la peticionaria. En consecuencia, la señora Saldarriaga Pérez debe reintegrar el dinero que le fue cancelado a título de indemnización siguiendo la fórmula planteada por la jurisprudencia que se enuncia a continuación:

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

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

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

pendientes”.

### III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 29 de mayo de 2012, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que negó el amparo y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, al debido proceso y al trabajo de la señora Jacqueline Saldarriaga Pérez.

Segundo. ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social EICE -CAJANAL- en liquidación Dirección General, o a quien tenga la competencia para hacerlo, que dentro del término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a reintegrar a la accionante, si ella así lo desea, a un cargo igual o superior al que ocupaba, sin solución de continuidad desde el 12 de marzo de 2012.

Tercero.- ORDENAR al Director General de CAJANAL, o a quien tenga la competencia para hacerlo, que reconozca a la tutelante todos los salarios y prestaciones a las cuales tenía derecho desde la fecha en la cual fue desvinculada y hasta el momento en que sea efectivamente incorporada a la nómina de la entidad. Por ello, el Director General de CAJANAL, o quien tenga la competencia para hacerlo, debe efectuar el cruce de cuentas correspondiente y, en caso de resultar saldos a favor de la entidad, deberá ofrecer facilidades de pago a la accionante que garantice su subsistencia digna y la de su familia.

Cuarto. LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Sentencia SU-879 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

2 T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-099 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1268 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-480 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-106 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3T-623 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-498 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-180 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-989 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-972 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-822 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-626 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis Y T-315 De 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

4 Sentencia T-623 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-498 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

5, T-178 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

6 Sentencias T-1239 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-989 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-009 de 2008 M.P. MARCO Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

7 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

8 T-602 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

9 Sentencias T-925 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-964 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-605 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-650 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-993 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-926 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

10 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

11 Sentencias T-1040 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-052 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

12 SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-605 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-650 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-993 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-926 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

13 Ibídem.

14 La norma en comento establece: “(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. ¶ El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

15 Sentencias T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-174 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-044 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-184 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-500 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

16 Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación Inversa e Igualdad”, en Amelia Varcárcel

(compiladora), El Concepto de Igualdad, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

17 Greenwalt Kent. "Discrimination and Reverse Discrimination." New York: Alfred A. Knopf. 1983. Citado en: Michel Rosenfeld. Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry. Yale University Press. New York. 1991.

18 Sentencia T-827 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

19 Sentencias T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Sentencia T-623 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

21 Sentencias C-184 de 2003 (marzo 4), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-964 de 2003 (octubre 21), M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-044 de 2004 (enero 27), M. P. Jaime Araujo Rentería y T-646 de 2006 (agosto 8), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

22 Sentencia T-261 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

23 Plan Nacional de desarrollo 2003 - 2007 camino a un estado comunitario, gobierno Uribe.

24 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 Sentencias T-692 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

26 En la sentencia C-1039 de 2003 se incluyó como beneficiarios del retén social a los padres cabeza de familia, en la medida que "la protección que se le otorga a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños", razón por la cual declaró la exequibilidad condicionada de la expresión "las madres" del artículo 12 precitado, "en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

27 Sentencia SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 Sentencias T-827 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

29 M.P. Rodrigo Escobar Gil

30 Sentencias T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1211 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

31 Ibídem.

{p}