

Florencia Caquetá, 10 de septiembre de 2021

Señor  
**JUEZ CONSTITUCIONAL (REPARTO)**  
Ciudad

Ref.: Acción de tutela.

***Asunto:** Acción de Tutela para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho al trabajo e igualdad.*

**MARIO ALEJANDRO GARCIA RINCON**, identificado con Cédula de Ciudadanía N° 5.826.091 expedida en Ibagué y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado N.º 154.033 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como Abogado contratado por la Dirección Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, en representación de la señora **ANA BOLENA MAYOR RODRIGUEZ**, identificada con cedula de ciudadanía N° 40.601.111 expedida en San José del Fragua- Caquetá, de manera comedida me permito interponer **acción de tutela** contra **LA SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA**; para que se salvaguarde el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, quien se desempeñaba como docente de Aula Grado 2ª en la I.E.R. **MARÍA AUXILIADORA** en el Municipio de San José del Fragua, sin embargo, mediante decreto No. 001031 del 08 de Junio de 2021, se dio por terminado su nombramiento provisional como docente.

## **HECHOS:**

Permítame su señoría relatar los hechos que dan origen a la presente acción.

1. La señora Ana Bolena Mayor Rodríguez, se desempeñaba como docente de Aula Grado 2ª en la I.E.R. MARÍA AUXILIADORA en el Municipio de San José del Fragua, a través de nombramiento provisional.
2. La accionante tiene dos hijas, las cuales actualmente se encuentran estudiando: NATALIA MORENO MAYOR cursa el Grado 11 en la Institución Educativa Don Quijote Sede 3 en el Municipio de San José del Fragua, y YISELA MORENO MAYOR es estudiante del II Semestre de Jefe de Enfermería en la Universidad Alexander Von Humboldt de Armenia Quindío.
3. A través de la Resolución No. 062 del 18 de noviembre de 2015 emanada de la Comisaría de Familia del Municipio de San José del Fragua, se resolvió a favor de la accionante, la custodia y cuidado personal de las niñas MARIA YISELA y NATALIA MORENO MAYOR. Es importante resaltar que desde esa fecha, la señora Ana Bolena, ha venido cumpliendo con sus obligaciones como madre cabeza de familia, con lo que devengaba de su trabajo cubría exclusivamente los gastos de manutención y de educación superior de sus hijas; así como sus propios gastos de sostenimiento.
4. Así mismo, resulta necesario mencionar que, los señores DUBERNEY PERDOMO ACEVEDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.804.097 de Florencia, y GLORIA PIEDAD ÁLVAREZ CHAVARRO, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 55.111.146, bajo la gravedad de juramento declaran ex procesalmente la condición de madre de familia de la accionante.
5. El día 24 de junio de 2021, bajo radicado CAQ2021EE022612, la accionante recibió un oficio del Jefe de Dirección, la Dra. Luz Marina Romero Santamaría – Dirección Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación (SE-70) donde se le comunicaba del acto administrativo, en el cual se señala que *“mediante decreto No. 001031 del 08 de Junio de 2021, se dio por terminado su nombramiento provisional docente, teniendo en cuenta que se realizó nombramiento en periodo de prueba del docente que aprobó el concurso de méritos No. 606 de 2018 y se escogió la I.E.R. MARÍA AUXILIADORA sede LOS ANDES – FRAGUITA del Municipio de San José*

*del Fragua, el cual surte efectos el 22 de Junio de 2021”.*

6. El día 27 de julio de 2021, la accionante presento oficio ante la Secretaría de Educación, con el siguiente radicado CAQ2021ER021674, en el cual solicitaba su reintegro por ser madre cabeza de familia, argumentando la vulneración a sus derechos fundamentales, toda vez que no se estaba teniendo en cuenta las condiciones enmarcadas en el denominado RETEN SOCIAL.
7. Según palabras textuales de la accionante (...) *En ningún momento la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá me solicitó información “dentro de las condiciones enmarcadas en el denominado RETEN SOCIAL”, que remitiera la información que acreditara dichas circunstancias conforme a los criterios establecidos en el referido documento (...).*
8. El día 25 de agosto de 2021, bajo radicados CAQ2021ER021674 – CAQ2021EE032210, la accionante recibió un oficio de la Dra. LUZ MARINA ROMERO SANTAMARÍA, Jefe de Dirección Administrativa y Financiera, en el cual se brindaba respuesta a su derecho de petición, señalando lo siguiente “... *conforme a lo expuesto, no es posible atender su solicitud de protección laboral, teniendo en cuenta que la entidad territorial estudió las solicitudes presentadas dentro del término señalado y definió los docentes provisionales sujetos de protección laboral. Se anota que su solicitud no fue presentada oportunamente, por lo que no fue objeto de análisis para disponer, en caso de cumplir requisitos, la reubicación antes de terminarle el nombramiento provisional*”.
9. Señala la accionante que nunca fue informada del procedimiento que estaba adelantando la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, así como tampoco de la conformación de un Comité Técnico para el estudio de las solicitudes de Protección Laboral.
10. En ese sentido, resulta necesario hacer mención de la condición que ostenta la accionante de “madre y/o padre cabeza de familia”, se considera que quien tenga bajo su cargo, económica o socialmente en forma permanente, hijos menores o dependientes incapacitados, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los miembros del núcleo familiar, es decir, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solidaria de la persona para sostener el hogar”

## **DERECHOS VULNERADOS**

Estimo violado el derecho al trabajo en conexidad con el derecho fundamental a la igualdad, así como el derecho de toda persona a recibir protección integral para su grupo familiar y la prevalencia de los derechos de los niños, niña y adolescentes, consagrados en los artículos 1, 25, 13, 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991, respectivamente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Fundamento la presente acción en el artículo 86 de la constitución política de Colombia y sus decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992, igualmente en el artículo 8 de la declaración universal de los derechos humanos, 39 del pacto de derechos civiles y políticos y 25 de la convención de derechos humanos y jurisprudencia constitucional relacionada con el caso concreto.

***ARTICULO 86 C.P:** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*

## **DECRETO REGLAMENTARIO 2591 DE 1991**

*ARTICULO 10. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.*

*La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.*

### **ARTÍCULO 8 DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:**

*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*

### **ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS, PROTECCIÓN JUDICIAL:**

*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

*2. Los Estados Partes se comprometen:*

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

*c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

*Actuando en nombre propio, acudo ante su Despacho para solicitar la protección de los derechos mencionados anteriormente.*

El derecho a la salud es un derecho constitucional y un servicio público a cargo del Estado y en favor de todos los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, vía jurisprudencial, se ha señalado que se puede entender como derecho fundamental cuando busca protegerse por su conexidad con un derecho fundamental, como lo es la vida.

Cuando la negación al derecho a la salud pone en riesgo el derecho fundamental a la vida, y a la vida en condiciones dignas, se configura la posibilidad de reclamar vía acción de tutela la protección de este derecho.

## **EL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO**

Toda persona tiene derecho al trabajo. El derecho al trabajo es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en dignidad. Incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. En la realización progresiva de este derecho, los Estados están obligados a garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y a tomar las medidas apropiadas para crear un entorno propicio para existan oportunidades de empleo productivo. Los Estados deben garantizar la no discriminación en relación con todos los aspectos del trabajo. El trabajo forzoso está prohibido por el derecho internacional.

De acuerdo al caso concreto, la Corte Constitucional ha realizado pronunciamiento sobre el retén social en la sentencia T- 460 de 2017, de la siguiente manera:

*“El retén social: definición, fuente legal y constitucional, destinatarios y obligaciones*

### ***Definición***

*La Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009 definió retén social en los siguientes términos:*

*“[mecanismo] por medio de la cual se buscó que en los procesos de reforma institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían*

*desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieren económica o afectivamente de ellas.”<sup>[14]</sup>.*

**Fuente legal:**

*Ley 790 de 2002. Artículo 12:*

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

**Fuente constitucional:**

*La Corte en la sentencia T-638 de 2016, señaló que la protección denominada retén social desarrolla el artículo 13 de la Constitución, concretamente los incisos 3º y 4º, relativos a la obligación de adoptar medidas de protección en 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.)”<sup>[15]</sup>.*

**Destinatarios**

*Sobre el particular la Sala reitera íntegramente el numeral 13.1 de la sentencia T-802 de 2012:*

**“a) Madres cabeza de familia<sup>[16]</sup> sin alternativa económica:** Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

*Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez;*

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

para Ciegos (INCI) para las limitaciones visuales; y al Instituto Nacional para Sordos (Insor) para las limitaciones auditivas;

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

**d) Personas próximas a pensionarse:** Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.<sup>1171</sup>

### **Obligaciones**

Garantizar la estabilidad laboral de los sujetos relacionados con anterioridad (supra 4.4), en el sentido de evitar suprimir los cargos que estos ocupen en la administración, hasta el momento en que culminen los procesos de reestructuración”.

Teniendo en cuenta la condición de madre cabeza de familia que ostenta la accionante, debido a que la custodia de sus hijas se encuentra a favor de ella desde el año 2015, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, en la sentencia T- 048 de 2018, de la siguiente manera:

**“Protección especial de las personas cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración administrativa y las condiciones para pertenecer al denominado “retén social”.**

De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, la administración pública está al servicio del interés general y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad, entre otros.

Por consiguiente, el cumplimiento de los fines del Estado exige una actividad permanente de los órganos que ejercen la función administrativa y, por tanto, es natural que existan procesos de reforma institucional con el fin de adaptar la estructura de la administración a las necesidades sociales, entre las que se encuentran: la adecuada garantía de la prestación de los servicios públicos, la sostenibilidad económica y la eficiencia de la administración pública<sup>11041</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que los procesos de reestructuración pueden tener intensidades distintas, cuyos efectos inciden en mayor o menor medida según el caso. No obstante, siempre debe tenerse en cuenta que estas transformaciones originan múltiples consecuencias tanto para los trabajadores como para la comunidad en general<sup>11051</sup>.



Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que los procesos de reestructuración administrativa no pueden desconocer los derechos de los trabajadores, especialmente cuando se trata de servidores que, por sus condiciones particulares, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que, a su vez, dificulta su inserción en el mercado laboral una vez son desvinculados de su empleo<sup>1106</sup>.

Así, cuando la supresión de cargos en el marco de los procesos de reestructuración involucra los derechos de trabajadores que pueden resultar perjudicados en mayor grado con tales decisiones administrativas, se deben tomar medidas para garantizar la especial protección de la cual son titulares dichas personas, con fundamento en los artículos 13, 43, 46 y 47 de la Constitución.

Ahora bien, como se expresó anteriormente, el Legislador ha adoptado diversas acciones afirmativas en cumplimiento de su deber de garantizar la igualdad material de las madres cabeza de familia. En particular, una de las medidas más importantes que ha expedido el Congreso de la República en esta materia es el artículo 12 de la Ley 790 de 2002<sup>1107</sup>, en el cual se estableció la política comúnmente denominada “retén social” en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP).

Es pertinente destacar que la Ley 790 de 2002 fue expedida dentro del marco de un proceso de modernización de la administración pública, que tenía como objetivo crear, suprimir y fusionar diversas entidades públicas del orden nacional. Sin embargo, el Legislador decidió incorporar mecanismos de protección de los derechos de algunos trabajadores que, debido a sus especiales condiciones, podrían resultar gravemente perjudicados durante el proceso de reestructuración.

Por consiguiente, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 dispone que, de conformidad con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional, **no podrán ser retirados** en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP): (i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica<sup>1108</sup>, (ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y (iii) las personas próximas a pensionarse.

A su vez, el Decreto 190 de 2003 reglamentó la Ley 790 de 2002, el cual estableció las principales condiciones para el ejercicio de la protección especial consagrada en la norma legal. Particularmente, en relación con las madres cabeza de familia, el citado decreto definió, para los efectos de la citada ley: (i) el concepto de madre cabeza de familia sin alternativa económica<sup>1109</sup>; (ii) el trámite para acreditar la referida condición<sup>1110</sup>; y (iii) la duración de la estabilidad laboral reforzada<sup>1111</sup>, la cual se circunscribe al tiempo en el cual persistan las circunstancias que la originan.

45. Igualmente, es oportuno aclarar que en la **sentencia C-991 de 2004**, se declaró la inexecutable del límite temporal establecido para la protección derivada del “retén social” pues la Corte Constitucional estimó que se trataba de una medida desproporcionada con sujetos en condiciones de debilidad manifiesta que, además, desconocía la prohibición de retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales<sup>1121</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional ha estimado que la protección de las mujeres cabeza de familia en el marco de procesos de reestructuración es un “mandato constitucional y por tanto **no puede limitarse su aplicación a las precisas circunstancias de la**

*Ley 790 de 2002*<sup>[113]</sup>. En este orden de ideas, esta Corporación ha reconocido que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supralegal<sup>[114]</sup>. Por lo tanto, la estabilidad laboral derivada del retén social no se restringe a la modificación de la estructura de la administración en el orden nacional o en el nivel central de la Rama Ejecutiva<sup>[115]</sup>.

Así las cosas, ha dicho la Corte que el denominado “retén social” “es uno de los mecanismos para proteger la estabilidad laboral reforzada”<sup>[116]</sup> de los grupos de servidores públicos que, por sus condiciones de especial vulnerabilidad, son titulares de esta protección. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el llamado “retén social” es apenas una de las medidas que puede garantizar los derechos fundamentales involucrados en la permanencia en el empleo público de los trabajadores próximos a pensionarse, de las personas cabeza de familia y de las personas en situación de discapacidad<sup>[117]</sup>.

Con todo, es importante resaltar que la protección especial prevista en el ordenamiento jurídico para las madres y los padres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración **no es ilimitada ni absoluta**<sup>[118]</sup>. Por el contrario, esta Corporación ha considerado que la estabilidad laboral que se deriva del “retén social” tiene dos restricciones principales<sup>[119]</sup>:

(i) Por una parte, los servidores públicos que se encuentran cobijados por la garantía de estabilidad laboral como consecuencia del denominado “retén social” pueden ser desvinculados siempre que exista una **justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada**<sup>[120]</sup>; y

(ii) Por otra parte, la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos derivada del “retén social” se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva<sup>[121]</sup> o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección<sup>[122]</sup>.

En consecuencia, ha dicho la Corte, “la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo”<sup>[123]</sup>. De esta manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el “retén social” y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público.

En consecuencia de lo anterior, en cuanto al **alcance de la protección derivada del denominado “retén social”**, debe señalarse que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia en el marco de esta política “consiste en ordenar su reintegro y dejar sin efecto las indemnizaciones reconocidas”<sup>[124]</sup>. De hecho, ha sostenido la Corte que “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”<sup>[125]</sup>.

No obstante, la Corte Constitucional también ha reconocido que la protección especial derivada del “retén social” **“sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla”**<sup>[126]</sup>. Por ende, es indispensable tener en cuenta las limitaciones propias de los procesos de reestructuración, fusión o liquidación de entidades y se deben ponderar los

principios constitucionales de la función administrativa con la especial protección de la que son titulares los servidores públicos beneficiarios del “retén social”.

**En razón de lo anterior, en el marco del “retén social”, esta Corporación ha acudido a dicha ponderación en los siguientes escenarios:**

(i) Cuando se pretende el reintegro a una entidad cuyo proceso de liquidación ya ha concluido. En estos casos, ante la terminación de la existencia jurídica de la institución correspondiente, no procede ordenar el reintegro sino el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta la liquidación definitiva de la empresa<sup>[127]</sup>.

(ii) En el caso de los “prepensionados”, cuando se trata de procesos liquidatorios, la Corte Constitucional ha establecido que “la orden no puede ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeña”, pues es lógico que en desarrollo del proceso liquidatorio se supriman paulatinamente los puestos de trabajo existentes, haciéndose innecesario, por consiguiente, mantener el mismo número de empleados o funcionarios en la planta de personal de la institución en liquidación<sup>[128]</sup>. Por consiguiente, en un ejercicio de armonización de los principios implicados<sup>[129]</sup>, la Corte determinó que, una vez suprimido el cargo, además del pago de las prestaciones e indemnizaciones laborales correspondientes, se debía garantizar el pago de los aportes al régimen pensional respectivo hasta tanto se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión de vejez<sup>[130]</sup>.

(iii) Finalmente, en los procesos de reestructuración, cuando se suprime el cargo que ocupa una persona beneficiaria del denominado “retén social” y en la nueva planta de la entidad no existe un cargo igual o equivalente, por lo que el reintegro se torna imposible. En estos supuestos, corresponde el pago de las acreencias laborales correspondientes y, si se trata de servidores de carrera administrativa, se debe sufragar la indemnización prevista en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004<sup>[131]</sup>.

Igualmente, debe advertirse que la Corte Constitucional ha estimado que la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social” es una protección que “depende o está en función, en cualquier escenario, de la naturaleza del vínculo o la causa y el contexto de su terminación”<sup>[132]</sup>. Por ende, el alcance de esta figura debe analizarse **en atención a la naturaleza y los elementos esenciales del vínculo laboral establecido entre la administración y los servidores públicos.**

De este modo, en aplicación de dicha regla jurisprudencial, esta Corporación ha sostenido que:

(i) la protección originada en el llamado “retén social” no se extiende a los servidores públicos que ocupan cargos en la planta de personal temporal de las entidades públicas<sup>[133]</sup>; (ii) por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada<sup>[134]</sup>; y (iii) cuando se trata de servidores públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que pertenecen a alguno de los grupos titulares de la especial protección derivada del “retén social”, el amparo de la estabilidad laboral reforzada prospera únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente<sup>[135]</sup>.

Así las cosas, como fue expuesto en los fundamentos jurídicos 48 a 51 de la presente decisión, la Corte Constitucional ha considerado que la protección derivada del “retén social” no es absoluta ni ilimitada. Por tanto, dado que dicha salvaguarda sólo puede garantizarse en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, resulta indispensable ponderar los principios de la función administrativa (y, a partir de ellos, las circunstancias propias de los procesos de reestructuración de la administración) con los derechos fundamentales de los titulares de la protección laboral reforzada.

De este modo, se reitera la regla jurisprudencial que indica que **la desvinculación de los trabajadores del “retén social” puede ocurrir cuando se presenten causales objetivas** que no tengan relación con la condición que precisamente origina su protección especial, como la existencia de una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada, la conclusión definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o el cese de las condiciones que originan la especial protección.

A continuación, la Sala se referirá al caso particular de los servidores públicos **vinculados en provisionalidad por un período de tiempo determinado**, previsto desde su nombramiento. En este tipo de casos, se estima que estos funcionarios son titulares de la protección derivada del “retén social”. Sin embargo, la entidad correspondiente está facultada para desvincularlos **siempre que existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente el retiro de dichos funcionarios en cada caso particular**. Como es evidente, en tales casos no bastará con que se afirme la existencia de un proceso de reestructuración o liquidatorio.

Esta precisión se sustenta en que la vinculación de funcionarios en provisionalidad por un período establecido obedece a unas lógicas temporales y de necesidades concretas del servicio que pueden desaparecer. Por tanto, resultaría desproporcionado que se obligara a la entidad pública a mantener una relación laboral, que desde un principio se sujetó a un plazo determinado, cuando se extinguieron completamente las razones que justifican la permanencia del trabajador vinculado en provisionalidad.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral que ha denominado como relativa o intermedia, en la medida en que no se puede asimilar completamente a aquella a la cual tienen derecho los funcionarios de carrera administrativa<sup>[136]</sup>.

Con todo, es indispensable resaltar que, en cualquier caso, la carga argumentativa de demostrar plenamente que existen razones objetivas del servicio, que justifican con suficiencia la desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad por un término definido, recae en la administración.

En consecuencia, la Sala considera que los funcionarios vinculados en provisionalidad por un período de tiempo determinado, previsto de antemano desde su nombramiento, son titulares de la protección especial derivada del “retén social” y, en esta medida, son beneficiarios de estabilidad laboral reforzada en el curso de los procesos de reestructuración administrativa de las instituciones públicas. No obstante, la entidad respectiva puede desvincular a estos servidores siempre que satisfaga la carga argumentativa requerida para tal efecto, es decir, que justifique plenamente la existencia de razones objetivas del servicio para el retiro de los trabajadores que se encuentran en esta condición.

*De esta manera, se protegen adecuadamente los derechos fundamentales de los funcionarios públicos que se encuentran en la situación referida, pues para su desvinculación por razones del servicio no basta con la existencia de un proceso de reestructuración, sino que se debe justificar debidamente que, en el caso concreto, existen razones objetivas para el retiro del servidor público titular de la protección especial derivada del “retén social”.*

*En suma, el llamado “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<sup>1371</sup>. Además, es uno de los mecanismos previstos por el Legislador para garantizar la estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familia. Esta medida de protección especial deriva directamente de los mandatos constitucionales de protección a la igualdad material y a los grupos poblacionales anteriormente mencionados, dado que podrían sufrir consecuencias especialmente graves con su desvinculación.*

*No obstante, la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social”, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. Así, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada del “retén social”, en los términos señalados en los párrafos anteriores”.*

## **LEGITIMACION POR**

### **ACTIVA**

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre. Ello es así porque en la acción de tutela la legitimidad para actuar, según lo establece el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, está radicada en la persona vulnerada o amenazada, en uno de sus derechos fundamentales quien ejercerá la acción directamente o a través de su apoderado.

En el caso concreto es necesario tener en cuenta que el suscrito Defensor Público actúa en nombre de la señora ANA BOLENA MAYOR RODRIGUEZ, y dentro de las facultades debidamente conferidas por la Defensoría del Pueblo, teniendo en cuenta que La Defensoría Pública es un servicio público gratuito que presta el Estado a través de la Defensoría del Pueblo, mediante el cual se provee de un defensor gratuito a las personas que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí misma la defensa de sus derechos, para asumir su

representación judicial o extrajudicial.

## **INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD**

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente, excepcional y residual a través del cual se obtiene la protección inmediata de los derechos fundamentales, constituyéndose en un medio eficaz para evitar la arbitrariedad de la Administración. Este medio de defensa judicial se rige por los principios de subsidiariedad e inmediatez. La subsidiariedad es un requisito fundamental de procedibilidad de la acción de tutela, el cual hace referencia a que el interesado debe agotar los medios ordinarios de defensa cuando estos sean oportunos y eficaces, de modo que asegure una adecuada protección de sus derechos, excluyendo la posibilidad de usar el recurso de amparo como primera opción ya que resulta improcedente... La acción de tutela es improcedente cuando el sistema normativo establece otros mecanismos para la protección de los derechos. Sin embargo, el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 estipuló que el amparo es procedente de manera transitoria cuando los medios de defensa no son eficaces para evitar un perjuicio irremediable.

Principio de inmediatez: Concepto El principio de inmediatez es entendido como un requisito de procedibilidad de la tutela el cual condiciona la presentación del amparo a un tiempo razonable desde la ocurrencia de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales. Si bien es cierto ésta se puede incoar en cualquier momento, no lo es menos que debe haber una actuación eficaz por parte del demandante.

## **PETICION**

Habiendo manifestado lo anterior. Solicito al Honorable Juez de la Republica que corresponda, lo siguiente:

### **Pretensiones:**

1. Tutelar el derecho fundamental al trabajo e igualdad de la accionante y en consecuencia ordene a la accionada:

2. Disponga autorizar el reintegro de la accionante a un cargo de iguales o mejores condiciones al que ocupaba, hasta cuando exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada, teniendo en cuenta su condición de madre cabeza de familia.

### **COMPETENCIA**

Es usted competente señor juez, para conocer de la presente acción de razón a lo establecido por la constitución nacional.

### **PRUEBAS**

#### **Documentales.**

1. Copia de documentos de identificación de las hijas de la accionante.
2. Copia de los registros civiles de nacimiento de las hijas de la accionante.
3. Copia de la resolución No. 062 emitida por la comisaría de familia.
4. Copia de la declaración extra juicio Acta No. 325.
5. Copia de la declaración extra juicio Acta No. 324.
6. Solicitud de reintegro con radicado CAQ2021ER021674.

### **JURAMENTO**

De conformidad con el artículo 37 del Decreto-ley 2591 de 1991, manifiesto bajo la gravedad de juramento no haber presentado Acción de Tutela diferente a ésta, y con relación a los mismos hechos y derechos.

### **NOTIFICACION**

11. 15 1855 C.D.M.