

RETEN SOCIAL

RAMON EDUARDO ARROYAVE
Coordinador Coiso

JUNIO 29 2022



Bélgica
socio para el desarrollo



PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA EN COLOMBIA?

El Consejo de Estado en la sala de lo contencioso administrativo sección quinta, con número de radicación 25000-23-15-000-2010-03232-0 del (2011) establece que la estabilidad laboral reforzada en las mujeres en estado de embarazo tiene como objetivo:

Impedir que la mujer en estado de embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad (p. 1).

La Corte Constitucional en Sentencia T-092 (2016) afirma que la protección a la estabilidad laboral reforzada en mujer en estado de embarazo debe cumplir con los siguientes requisitos:



Bélgica
socio para el desarrollo



PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA EN COLOMBIA?

1.2.1. Debe Existir Una Relación Laboral. Para que sea procedente la estabilidad laboral reforzada es necesario que las mujeres que se encuentre en estado de embarazo demuestren que tienen una relación laboral la cual se pueda demostrar por medio de un contrato de trabajo que se tenga con la entidad o empresa. Según la jurisprudencia un contrato de trabajo existe, si tiene los siguientes aspectos “(i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio” (Corte Constitucional, Sentencia T-092, 2016).

1.2.3. Que la Mujer se Encuentre en Estado de Embarazo. La Corte Constitucional indica que para alegar el derecho a la estabilidad laboral reforzada en mujer en estado de embarazo debe existir una relación laboral y que la mujer se encuentra en estado de embarazo “dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral” (Corte Constitucional, Sentencia T-092, 2016).



Bélgica
socio para el desarrollo



PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA EN COLOMBIA⁸

1.3.1. Prohibición de Despido de Trabajadora Embarazada en Estado de Lactancia.

El artículo 240 del Código Sustantivo del trabajo (2017) sostiene que para que el empleador pueda despedir a una mujer en estado de embarazo debe solicitar una autorización ante el inspector del trabajo o el alcalde municipal. La autoridad solo podrá otorgar la autorización cuando el empleador tenga una justa causa para dar por terminado el contrato, por lo tanto, no se podrá despedir una trabajadora en estado embarazo o en periodo de lactancia hasta cuando no exista ⁸

una autorización. Si empleador despide a una trabajadora que estuviera en estado de embarazo dicho despido es considerado inválido.

Se desprende de varios preceptos constitucionales y en especial de lo consignado en los artículos 13, 43 y 53. Según lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. Este mismo artículo proscribiera cualquier suerte de discriminación en contra de las mujeres, así como resalta que las mujeres gozan de una especial asistencia y protección estatal durante el embarazo y luego del parto (p. 2).



Bélgica
socio para el desarrollo



QUE ES EL RETEN SOCIAL

El término “retén social” establece la protección laboral especial que el Estado debe garantizar a las madres y padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores públicos que cumplan con los requisitos para acceder al estatus de prepensionados, de tal modo que, en desarrollo del programa de renovación de la administración pública e, incluso, por disposición jurisprudencial, antes, durante y después de la liquidación de una entidad del sector público, el Estado está en la obligación de proteger al servidor, garantizando su estabilidad laboral reforzada.



Bélgica
socio para el desarrollo

FGTB
Central General
Juntos más fuertes


POLITÉCNICO COLOMBIANO
JAIME ISAZA CADAVID


LUCHA SOCIAL
MUNDIAL

RETEN SOCIAL

En relación con procesos de liquidación de entes estatales, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea de interpretación con alcance general que se mantiene invariable en la jurisprudencia y tiene que ver con el reconocimiento de los derechos laborales del servidor público en dos etapas.

La primera hace referencia al desarrollo del proceso liquidatorio, cuando la entidad aún cuenta con personería jurídica, y en la cual, si es materialmente posible, el trabajador beneficiario del retén social debe mantener su empleo o ser reintegrado en un cargo de iguales o mejores condiciones al que desarrollaba con anterioridad al inicio del proceso, reconociéndose el pago de lo que le habría de corresponder a la persona por concepto de salarios y prestaciones sociales hasta la liquidación de la empresa.

La segunda etapa se desarrolla luego de haberse terminado definitivamente la existencia jurídica de la entidad, momento en el cual, como consecuencia de la protección especial que deben recibir de las autoridades, les asiste el derecho a ser parte de gestiones para reubicación y traslado, e incluso, a la implementación de políticas que les aseguren una pensión adecuada.



Bélgica
socio para el desarrollo



RETEN SOCIAL

Esto se debe a que la protección especial que les ha sido reconocida no se reduce simplemente a la potestad de permanecer en un cargo hasta el último acto de liquidación de la entidad, sino que, en realidad, se manifiesta en la posibilidad de ser sujetos beneficiarios, no solo del pago de la respectiva indemnización prevista en la ley para todos los demás extrabajadores, sino también, como se adujo en líneas anteriores, de las gestiones para lograr su reubicación, traslado o el aseguramiento de sus derechos prestacionales.

Hasta aquí, el panorama para un servidor público que goza de los beneficios del retén social se muestra alentador, pues el Estado está en la obligación de garantizar su estabilidad laboral reforzada en la medida en que sea posible, incluso durante el proceso liquidatorio del ente estatal y posterior a este.

Además, aunque no existe amplia legislación sobre el tema, las altas cortes han desarrollado cuantiosas interpretaciones en distintos supuestos de hecho, que constituyen un gran aporte a la salvaguarda de los derechos fundamentales de aquellos sujetos de especial protección constitucional.



Bélgica
socio para el desarrollo



POLITÉCNICO COLOMBIANO
JAIME ISAZA CADAVID



LUCHA SOCIAL
MUNDIAL

¿Y QUÉ PASA EN EL SECTOR PRIVADO?

Ahora bien, en este punto surge un interrogante en relación con la aplicabilidad de los beneficios del retén social para los trabajadores del sector privado, pues a diferencia de lo preceptuado en la Ley 790 del 2002 respecto de los servidores públicos, no existe norma legal que determine las garantías de los beneficiarios de dicha institución jurídica vinculados a una entidad privada, mucho menos, tratándose de la protección especial que debe cobijarlos en procesos de supresión o liquidación de una sociedad.

En estos casos, el alto tribunal constitucional ha sido el que, a través de varios pronunciamientos de tutela fundamentados en el derecho a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social, ha dispuesto que dicha protección es de origen supralegal, “la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado



Bélgica
socio para el desarrollo



ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

A juicio del máximo órgano constitucional, dentro del alcance de lo que se conoce como estabilidad laboral reforzada “se presenta un desequilibrio entre dos personas que si bien pertenecen a sectores diferentes –público y privado– constitucionalmente se encuentran en la misma situación y, por lo tanto, debe dárseles el mismo trato”

Sin embargo, hace unos años, al realizar el análisis de constitucionalidad del numeral 5º del artículo 50 de la Ley 1116 del 2006^[8], referente a la terminación de los contratos de trabajo en razón a la apertura del proceso de liquidación judicial de una entidad, esta misma corporación argumentó:

“La norma que dispone la terminación de los contratos laborales como consecuencia de la declaratoria judicial de liquidación, en el marco de un proceso de insolvencia empresarial, no vulnera la protección constitucional que se brinda al derecho al trabajo (art. 25, 53 y 5º preámbulo), ni el debido proceso (art. 29), en razón a que se trata de una medida que no obedece a la voluntad omnímoda e incontrolada del empleador.



Bélgica
socio para el desarrollo



ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

En este sentido, aunque en términos generales los beneficiarios del retén social no se distinguen por el sector al que obedezca su vinculación laboral, es evidente la disparidad existente en la etapa posterior a la extinción jurídica de una entidad pública frente a esta misma etapa en una entidad privada.

Ello, teniendo en cuenta que, mientras en la primera es posible la reubicación o traslado del trabajador beneficiario a otro ente estatal, en la segunda, aunque como se adujo por disposición jurisprudencial es considerado un sujeto con los mismos derechos constitucionalmente reconocidos, las madres y padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los trabajadores que cumplan con los requisitos para acceder al estatus de prepensionados en el sector privado terminan desprotegidos y al arbitrio de encontrar un nuevo empleo que satisfaga sus necesidades mínimas, ya que no es dable para su empleador, luego de la liquidación de la entidad, disponer un cargo para su reubicación



Bélgica
socio para el desarrollo



•MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

Ley [790](#) del 27 de diciembre de 2002.

La misma ley consagró unos beneficios en favor de ciertos grupos considerados como vulnerables y con una menor probabilidad de incorporarse nuevamente a la vida laboral. Esa protección especial es la que se conoce como Retén Social, y se encuentra consagrada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO [12](#). PROTECCIÓN ESPECIAL

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-044-04 de 27 de enero de 2004, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, '... en el entendido de 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'

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.”



Bélgica
socio para el desarrollo



POLITÉCNICO COLOMBIANO
JAIME ISAZA CADAVID



LUCHA SOCIAL
MUNDIAL

•MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

1.3 Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada

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.



Bélgica
socio para el desarrollo



•MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

Corte Constitucional precisa los cuatro elementos para determinar si una mujer es madre cabeza de familia para efectos de la protección constitucional

Sentencia T-329 de 19 de agosto de 2020 de la Corte Constitucional

La Corte indicó que el Estado colombiano está en la obligación de proteger a las madres cabeza de familia, para lo cual, entre otras cosas, debe implementar medidas de política pública tendientes a compensar, aliviar y hacer menos gravosas las cargas propias del sostenimiento de un núcleo familiar.

En ese sentido, explicó que la protección a la madre cabeza de familia busca preservar las condiciones dignas de sus hijos y de las personas que dependen de ella, pues es lógico que la protección a estas mujeres repercute directamente en el bienestar de los miembros de su familia.

En ese mismo hilo conductor, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, para efectos de tener certeza sobre si una mujer es madre cabeza de familia, deben constatarse los siguientes elementos:



Bélgica
socio para el desarrollo



•MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

- 1)La mujer debe tener a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.
- 2)La responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar debe ser de carácter permanente.
- 3)Es necesario que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del progenitor de los menores de edad que conforman el grupo familiar.
- 4)Por último, se requiere que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual implica la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

La estabilidad laboral reforzada no solo se debe dar a madres con hijos menores de edad o que se encuentren en situación de discapacidad, sino también a mujeres que demuestren sostener a su familia aún con hijos mayores.

Según la providencia, que una mujer con un hijo en situación de discapacidad y otros descendientes a su cargo mayores de edad, los cuales se presumen legalmente capaces de ser titulares de derechos y obligaciones y disponer de los mismos, no anula la posibilidad de tener la calidad de madre cabeza de familia si se acredita la ausencia o imposibilidad de contribución sustancial al hogar por parte de tales miembros.



Bélgica
socio para el desarrollo



•MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

Así las cosas, aseguró que no se puede válidamente asumir que la existencia de hijos mayores presupone que estos indefectiblemente realizarán una actividad productiva que contribuya al sostenimiento económico familiar.

También destacó que para acreditar esta condición de madre cabeza de familia la ley no contempla formalidad jurídica alguna, ni se deben exigir pruebas desproporcionadas, de modo que es necesario examinar las condiciones materiales de cada caso concreto y para ello, como por regla general ocurre en el proceso laboral, existe libertad probatoria (artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y deben aplicarse las reglas generales de distribución de las cargas de prueba.

Así las cosas, y en el caso concreto, ante la afirmación indefinida de la mujer demandante según la cual su salario es la única base del sustento de su familia, el empleador demandado es quien tenía la carga de probar lo contrario.

Finalmente, afirmó que la estabilidad reforzada de estas madres bajo este contexto no es ilimitada ni absoluta, puesto que pueden ser desvinculadas al existir una justa causa o hasta que cesen las condiciones que originan la protección.



Bélgica
socio para el desarrollo



¿QUIÉN ES UN PREPENSIONADO?

Tiene la condición de pre pensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. En el caso de los pre pensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico.

“El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables.

Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los pre pensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública”.



Bélgica
socio para el desarrollo



POLITÉCNICO COLOMBIANO
JAIME ISAZA CADAVID



LUCHA SOCIAL
MUNDIAL

¿QUIÉN ES UN PREPENSIONADO?

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



Bélgica

socio para el desarrollo



POLITÉCNICO COLOMBIANO
JAIME ISAZA CADAVID



LUCHA SOCIAL
MUNDIAL

GRACIAS



Bélgica
socio para el desarrollo



POLITÉCNICO COLOMBIANO
JAIME ISAZA CADAVID



LUCHA SOCIAL
MUNDIAL