ACCIONES AFIRMATIVAS-Soporte constitucional

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Acciones afirmativas de especial protección

ACCIONES AFIRMATIVAS-Aplicación restrictiva mas no discriminatoria/**MADRE CABEZA DE FAMILIA-**Protección especial no vulnera el derecho a la igualdad

No se pueden confundir dos derechos claramente distintos, ambos protegidos por el principio de igualdad. El primer derecho consiste en que los hombres y las mujeres sean tratados por igual, es decir, se consagra la específica prohibición de discriminación por razones de sexo. El segundo derecho consiste en que las mujeres, habida cuenta de una histórica e innegable tradición de discriminación sexual que el constituyente no sólo quiso abolir sino remediar, sean titulares de medidas legislativas específicas en favor de ellas, no de los hombres. Son las ya relacionadas acciones afirmativas, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. En este orden de ideas, y es este el punto cardinal del tópico que se viene tratando, el derecho a la igualdad de trato no exige, por sí solo, extender a un hombre un beneficio creado por el legislador para desarrollar el derecho constitucional -específicamente consagrado en el artículo 43- en favor de las mujeres a recibir medidas de apoyo o protección especial como un tipo de acción afirmativa. Ello implicaría desconocer el propósito perseguido por el constituyente de 1991 que reconoció una discriminación existente, y favoreció en la norma citada (art- 43 C.P.) a un grupo vulnerable históricamente. Como se dijo, las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos que, por ello, se consideraran discriminadas. Ello ha sido suficiente para que la Corte considere que constitucionalmente no es admisible que un hombre cabeza de familia solicite que se le extienda una medida adoptada por el legislador en apoyo a la mujer cabeza de familia, con base en una supuesta vulneración al principio de igualdad, cuando precisamente

el artículo 43 de la Carta Política, tiene por finalidad servir de sustento constitucional al Legislador y al Estado en general para que adopte medidas a favor de ese grupo sin tener que extenderlo a otros, en especial a su referente inmediato, el de los hombres, en las mismas circunstancias.

ACCIONES AFIRMATIVAS-Imposibilidad de establecer diferencias de trato entre niños o hijos discapacitados que dependan de la madre de aquellos que dependen del padre

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

DERECHO A LA IGUALDAD-No exige por si solo extender a un hombre un beneficio a favor de las mujeres

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Extensión de la protección al padre cabeza de familia

NORMA QUE ESTABLECE PROTECCION ESPECIAL- Encaminada a proteger derechos de indefensos

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección especial por tener a su cargo la responsabilidad familiar

DERECHO A LA FAMILIA-Ampliación de estabilidad laboral a padres cabeza de familia**/DERECHOS DEL NIÑO**-Ampliación de estabilidad laboral a los padres cabeza de familia

Las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre uno y otro, sino como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados. Vale decir, el fundamento de la protección debe ser el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, pues es en esa medida que no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en el mismo predicamento.

PADRE CABEZA DE FAMILIA-Desarrollo del concepto

No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio. (i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que

se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo. En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas.

MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS DISCAPACITADAS-Limitación a la protección reforzada fijada en la ley 813 de 2003 declarada inconstitucional por la sentencia C-991 de 2004**/PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS DISCAPACITADAS-** Vulneración por establecerle límite temporal al retén social

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIA-Procedente por existir vulneración a mandatos constitucionales

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACION DEL RETEN SOCIAL-Subreglas jurisprudenciales para su procedencia

i) *El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 7909 de 2002.* ***ii)*** *El retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a la mujer cabeza de familia de no ser desvinculada con ocasión del proceso de renovación de la administración pública;* ***iii)*** *Se ha demostrado que en estos eventos existe perjuicio irremediable, pues con la aplicación del Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, las madres cabeza de familias como beneficiarias del retén social pierden el empleo del que derivan su único sustento, con lo que queda desprotegido su núcleo familiar y en particular se ven afectados los derechos fundamentales de sus hijos menores.* ***iv)*** *Según la jurisprudencia que se ha citado, no pueden coexistir el pago de una indemnización y además la posibilidad de reintegro, por ello, las sentencias mencionadas optaron en unos casos por conceder plenamente la protección solicitada hasta la terminación definitiva del último acto de liquidación de la empresa, cuando se demostró que no tenían aún la indemnización correspondiente (T-792 de 2004), en otros casos fueron denegadas en punto a la petición de reintegro ante la comprobación de que existía el pago de una indemnización, y ello desvirtuaba la existencia de un perjuicio irremediable (T-876 de 2004) y en otros eventos se permitió el reintegro con la consecuente posibilidad de que el beneficiado devolviera a la entidad lo recibido por concepto de indemnización en caso de que quedasen saldos a favor de la empresa (T-925 de 2004 y T-964 de 2004). Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo.*

Referencia: expedientes T-851947, T-1003162, T-1003169, T-1003177, T-1003629 y T-1015380.

Acciones de tutela instauradas por Gilberto Alfredo Paz Echavarría, Jesús Pinedo Serje, Néstor Ibarra Arias, Luis Alfonso Serrano Arévalo, Andrés Bolívar Pacheco y José de Jesús Becerra Avendaño contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Humberto Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los siguientes fallos: **(i)** el proferido por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Gilberto Alfredo Paz Echavarría; **(ii)** los dictados por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, en el trámite de las acciones de tutela instauradas por Jesús Pinedo Serje, Néstor

Ibarra Arias y Luis Alfonso Serrano Arévalo, **(iii)** los dictados por el Juzgado Tercero Civil del Circuito y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, en el trámite de la acción de tutela iniciada por el señor Andrés Bolívar Pacheco y, **(iv))** los proferidos por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja y la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad en el trámite de la acción de tutela instaurada por el señor José de Jesús Becerra Avendaño contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación, (en adelante Telecom).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

Los señores Gilberto Alfredo Paz Echavarría, Jesús Pinedo Serje, Néstor Ibarra Arias, Luis Alfonso Serrano Arévalo, Andrés Bolívar Pacheco y José de Jesús Becerra Avendaño, interpusieron acción de tutela contra la empresa Telecom, por considerar que esta entidad les vulneró sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución, al dar por terminados en forma unilateral sus contratos de trabajo desconociendo que en su condición de padres cabeza de familia y en el caso del señor Bolívar Pacheco de persona próxima a pensionarse, se encontraban amparados con el retén social, consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, el cual les daba derecho a permanecer vinculados a dicha entidad hasta culminar su liquidación.

Constituyen la base fáctica de las demandas los siguientes antecedentes:

Afirman que ingresaron a trabajar a Telecom entre 1980 y 1991, épocas desde las cuales desempeñaron los cargos que luego fueron suprimidos con fecha 24 de julio de 2003. Señalan que el 10 de junio de 2003, en forma intempestiva y violenta las instalaciones de Telecom fueron invadidas por la Fuerza Pública desalojando a todo el personal y bloqueando las vías públicas y el acceso directo e indirecto a los alrededores de la empresa,

dejándolos desde ese momento y de manera fulminante, sin trabajo, sin seguridad social y sin protección alguna por parte del Estado.

Indican que del salario que devengaban derivaban su sustento y el de sus familias, que en todos los casos están conformadas por hijos menores de edad e hijos mayores que están cursando estudios universitarios y dependen económicamente de los demandantes. En el caso del señor Becerra Avendaño, afirma que sus dos hijos padecen graves problemas de salud, por lo que requieren de tratamiento médico permanente.

Sostienen que la Corte Constitucional ha establecido el derecho a la igualdad en beneficio de los hijos menores de edad, rechazando la discriminación existente entre padre o madre cabeza de familia. Afirman que la Sentencia C-1039 del 5 de noviembre de 2003, extendió el beneficio del retén social previsto en la Ley 790 de 2002 a los padres cabeza de familia, y por lo tanto, mediante éstas tutelas reclaman de Telecom su inscripción en el retén social como padres cabeza de familia, de conformidad con lo decidido en la sentencia referida. Como consecuencia de lo anterior solicitan se deje sin efecto el despido que Telecom les hizo, se ordene el pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir, y de igual manera se efectúe el pago de las cotizaciones en salud, ARP, pensión y demás prestaciones legales y convencionales.

Informaron además, que solicitaron por escrito a Telecom dar aplicación al retén social conforme a lo decidido por la Corte Constitucional, pero sus solicitudes no fueron aceptadas, negándoles injustificadamente el beneficio en su condición de padres cabeza de familia, por considerar que la referida sentencia no tiene efectos retroactivos sino hacia el futuro.

Respecto del señor Bolívar Pacheco su solicitud fue negada por la carencia de requisitos para acceder al denominado reten social como empleado próximo a pensionarse.

2. Respuesta de la empresa Telecom.

Fernando Téllez Lombana, actuando como Director de la Unidad Jurídica de Telecom, en diferentes escritos de contestación de las acciones de tutela de la referencia, indicó que esa entidad en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes. Las razones que expuso para sustentar tal aserto son las siguientes:

La afirmación de los accionantes en torno a la supuesta violación del derecho a la igualdad por no haberlos incluido en el retén social, obedeció a que no cumplían con los requisitos necesarios para ello, pues tal medida cobijaba en el momento del despido sólo a las madres cabeza de familia.

Frente a lo decidido en la Sentencia C-1039 de 2003, que amplió el retén social a los padres cabeza de familia, sostuvo que tal determinación no puede aplicarse en los casos bajo revisión pues el despido de los peticionarios se efectuó con anterioridad a dicho fallo, y además porque las sentencias de constitucionalidad tienen efecto hacia el futuro.

Señala igualmente, que si lo que pretenden los accionantes es cuestionar la legalidad del Decreto 1615 de 2003, que reglamentó la Ley 790 de 2002, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado, tal como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional. Indica además que la controversia planteada por los demandantes no es objeto de la acción de tutela sino de la competencia exclusiva de los jueces de trabajo, a través del proceso ordinario laboral.

Así mismo, considera que no existe un perjuicio irremediable, puesto que a los accionantes ya les fueron canceladas sus prestaciones sociales e indemnizaciones, dando estricto cumplimiento a la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003.

Tampoco se aprecia vulnerado el derecho a la seguridad social, puesto que la entidad accionada actuó en cumplimiento de disposiciones legales, y

además al haber terminado el contrato de trabajo a los demandantes, éstos perdieron la calidad de trabajadores y por tanto, cesó para la accionada toda obligación en materia de seguridad social.

Sobre el derecho de petición reclamado como vulnerado por el señor Bolívar Pacheco, consideró que en tanto su solicitud ya había sido resuelta por esa entidad, se está ante un hecho superado, situación que hace improcedente la tutela. En efecto, en el oficio de respuesta al derecho de petición elevado por el demandante, Telecom le informó que no cumplía con los requisitos para pertenecer al plan de protección social(retén social), argumentando que: *al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, el 01 de abril de 1994, usted no se encontraba en el régimen de transición, esto era para los hombres 40 años de edad y 15 años de servicio, y usted para ese momento únicamente contaba con 39.63 años de edad y 9.54 años de servicio con TELECOM, ya que de conformidad con la ADDENDA convencional hecha al artículo 2 de la convención colectiva de trabajo (1996-1997), los regímenes de TELECOM, únicamente cobijan a los trabajadores que estuvieren vinculados a la empresa antes de entrar en vigencia el decreto 2123 de 1992, y que estuvieran cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1994.*

Pruebas relevantes que obran dentro de los expedientes.

Entre las pruebas aportadas en el trámite de las acciones de tutela, la Sala destaca las siguientes:

Expediente T-851947 Demandante: Gilberto Alfredo Paz Echavarría.

- Acta de declaración juramentada con fines extra procesales, rendida ante el notario 19 de Bogotá por la señora María Janeth Astudillo Paz, donde manifiesta que no trabaja y que ella como sus dos hijos dependen económicamente del accionante (folio 6).

- Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Edith Melina Paz Astudillo, hija legítima del accionante, donde consta que actualmente es menor de edad (folio 121).

- Acta de declaración juramentada con fines extra procesales, rendida por Julián Alfredo Paz Astudillo, hijo del accionante, donde manifiesta que no trabaja ya que cursa actualmente estudios superiores (folio 118).

- Comprobante de liquidación de prestaciones definitivas e indemnización del accionante suscrito por el jefe de la Unidad de Personal de Telecom, donde consta que al actor se le giró la suma de $ 98.505.107.00 por tales conceptos. (folios 18-21).

- Contestación de Telecom al derecho de petición formulado por el accionante (folios 25-26).

- Comunicación del 23 de julio de 2003, dirigida al accionante por apoderado general para la liquidación del Telecom donde le informa la terminación del contrato de trabajo (folio 28).

También obran como pruebas, las decretadas por esta Corte:

- Certificación del 1 de junio de 2004, suscrita por la Directora de la Unidad Jurídica de Telecom en Liquidación, donde consta que al accionante le fue pagada su liquidación final de prestaciones sociales e indemnización por supresión del cargo.(folios 109-113).

- Testimonio recibido al accionante Gilberto Alfredo Paz Echavarría (folios 99-101).

Expediente T-1003162 Demandante Jesús Pinedo Serje

- Declaración juramentada con fines extra procesales, rendida ante el notario 5 de Barranquilla por el señor Pinedo Serje en la que manifiesta que es padre cabeza de familia, que desde hace 17 años vive en unión libre con la señora Doris Reyes Valiente quien depende económicamente de él, de la misma manera que tanto dos hijos menores suyos como otra hija menor de la señora Reyes Valiente dependen económicamente para todas sus necesidades del salario que devengaba en TELECOM (folio 12).

- Certificación expedida por el Notario Quinto de la ciudad de Barranquilla en la que consta que Jesús Alberto Pinedo González, nacido el 23 de octubre de 1992 es hijo del demandante (folio 13).

- Copia del carné de afiliación a Colsanitas Medicina Prepagada del hijo del demandante (folio 14).

- Contestación de Telecom a los derechos de petición formulados por el señor Pinedo (folios 15 al 17).

- Comprobante de liquidación de prestaciones definitivas e indemnización del accionante suscrito por el jefe de la Unidad de Personal de Telecom, donde consta que al actor se le giró la suma de $ 24.566.149.00 por tales conceptos. En este mismo documento aparece relacionado en los descuentos aplicados al salario del demandante un embargo por alimentos por un valor total del $10.612.607 (folios 45-46).

Expediente T-1003169 Demandante : Néstor Ibarra Arias

- Declaración juramentada con fines extra procesales, rendida ante el notario 10 de Barranquilla por el señor Néstor Ibarra Arias en la que manifiesta que: *soy de estado civil separado, quien tengo a mi cargo a mis dos hijos de nombre NESTOR JOSE IBARRA Y JOHANNA PAOLA IBARRA PALACIO, de estado civil SOLTEROS, SIN UNION MARITAL DE HECHO Y SIN HIJOS, quienes dependen económicamente de mi en todos los aspectos ya que no reciben pensión de ninguna entidad privada o del Estado, pues soy la persona que les sufraga todos los gastos necesarios para su subsistencia en especial sus estudios y quienes conviven junto conmigo bajo el mismo techo en forma permanente y continua* (folio 12).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de Néstor José Ibarra Arias, hijo del demandante donde consta que nació el 29 de septiembre de 1997, es decir que para la fecha de interposición de la presente acción (enero 28 de 2004) contaba con seis años de edad (folio 13).

- Certificación expedida por el Notario Cuarto de Barranquilla en la que consta que Johanna Paola Ibarra Palacio, hija del demandante nació el 21 de marzo de 1982 (folio 14).

- Contestación de Telecom a los derechos de petición formulados por el señor Ibarra Arias, en la que negaron su inclusión en el llamado Retén Social (folios 17 y 18).

- Comprobante de liquidación de prestaciones definitivas e indemnización del accionante suscrito por el jefe de la Unidad de Personal de Telecom, donde consta que al señor Ibarra se le giró la suma de $ 66.339.685.00 por tales conceptos (folios 44 y 45).

Expediente T-1003177 Demandante Luis Alfonso Serrano Arévalo.

- Certificación expedida por el Notario Quinto de la ciudad de Barranquilla en la que consta que Hilda Cristina Serrano Polo, nacida el 20 de enero de 1987 es hija del demandante (folio 14).

- Comprobante de liquidación de prestaciones definitivas e indemnización del accionante suscrito por el jefe de la Unidad de Personal de Telecom, donde consta que al señor Serrano se le giró la suma de $ 62.366.948.00 por tales conceptos (folios 75 y 76).

Expediente T-10033629 Demandante Andrés Bolívar Pacheco.

- Derecho de petición suscrito por el demandante, en el que le solicita al Apoderado General para la liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones su inclusión el retén social (folios 18 y 19).

- Respuesta de Telecom al derecho de petición elevado por el señor Bolívar Pacheco, en el que le informa que no cumple los requisitos para ser incluido en el plan de protección social reten social (folio 157).

1. **Expediente T-1015380 Demandante José de Jesús Becerra Avendaño**
2.

- Comunicación del 23 de julio de 2003, dirigida al accionante por apoderado general para la liquidación del Telecom donde le informa la terminación del contrato de trabajo (folio 1).

- Derecho de petición elevado por el demandante ante Telecom en el que solicita su inclusión en el denominado Retén Social como padre cabeza de familia (folios 2 al 6).

- Contestación de Telecom al derecho de petición formulado por el accionante (folios 7 y 8).

- Informes médicos donde consta el estado de salud de los dos hijos del demandante, que en el caso de Diana Becerra dice que padece *Trastornos severos en la comunicación por sordera profunda, actualmente maneja señas con desempeño parcial, requiere supervisión de la madre. 2. Escoliosis Dorso Lumbar de convergidad derecha* y, en el caso del menor Juan Pablo Becerra dice: *Paciente conocido por el servicio de Fisiatría, con secuelas de Hipoxia, Incapacidad dada por Hiperkinesia y trastornos de la Concentración. Con limitación en el aprendizaje a pesar de su seguimiento estricto por psicología, Terapia Física, Terapia Ocupacional y de Lenguaje. Los cuales se recomiendan continuar hasta lograr funcionalidad y potencializar un desempeño laboral futuro.* (folios 9 y 10).

- Acta de declaración juramentada con fines extra procesales, rendida ante el notario 3 de Sogamoso por la señora Deyce Alicia Sáenz Sanabria, donde manifiesta que no trabaja y que tanto ella como sus dos hijos dependen económicamente del accionante. De la misma manera informa que para noviembre 4 de 2003, fecha de la declaración, su hija Diana Carolina Becerra Sáenz contaba con 17 años y su hijo Juan Pablo con ocho años de edad (folio 13).

- Oficio suscrito por el Líder de Gestión Humana de Telecom, fechado el 31 de diciembre de 2002 en el que le fue informado el señor Becerra Avendaño el otorgamiento del pago de unos auxilios educativos para la educación especial que requieren sus hijos (folio 17).

- Comprobante de liquidación de prestaciones definitivas e indemnización del accionante suscrito por el jefe de la Unidad de Personal de Telecom, donde consta que al señor Becerra se le giró la suma de $ 35.609.742.00 por tales conceptos (folios 188 y 189).

DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

Expediente T-851947

Correspondió al Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, conocer de la acción de tutela de la referencia, la cual fue decidida mediante providencia del 28 de enero de 2004, no accediendo a las pretensiones del actor.

Sostiene el juzgador que la tutela resulta improcedente, toda vez que el fundamento del amparo es la sentencia C-1039 de 2003, *la cual solamente produce efectos respecto de situaciones jurídicas producidas con posterioridad a dicha fecha, toda vez que la Corte Constitucional no realizó ningún pronunciamiento especial en cuanto a los efectos de su decisión en el tiempo.*

Arguye, que en el caso particular del señor Paz Echavarría, pese a que la sentencia C-1039 del 6 de noviembre de 2003 extiende el retén social a los padres cabeza de familia, los efectos de la decisión no pueden cobijarlo por cuanto su despido tuvo lugar el 31 de julio de ese año.

Señala, que como lo pretendido por el actor es continuar con la relación laboral que tenía con Telecom, por considerar que es beneficiario del denominado retén social, debe entonces dirigirse a la justicia ordinaria laboral a fin de que le resuelvan de fondo la controversia que se presenta con ocasión de la terminación de su contrato de trabajo.

Igualmente sostiene el Juzgador que no se observa un perjuicio irremediable, puesto que en el evento bajo revisión al accionante no se le

está afectando su mínimo vital, comoquiera que se le canceló la indemnización prevista por la normatividad respectiva.

Concluye afirmando, que tampoco se presentó violación del derecho a la igualdad, toda vez que para la fecha del despido el accionante no se encontraba en pie de igualdad en relación con las madres cabeza de familia que sí fueron incluidas en el retén social, *pues precisamente en el momento en que la empresa realizó el retén, es decir, antes del 31 de julio de 2003, no existían los pronunciamientos de la Corte Constitucional que extendieron tal condición a los padres que fueran cabeza de familia y por ende los derechos que ello conlleva confirmándose así que el trato dado con referencia a las madres cabeza de familia antes del retén social, estuvo de acuerdo a lo normado en la Ley 790 de 2002.*

Expedientes T-1003162, T-1003169 y T-1003177.

De estas acciones de tutela conoció el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, que en sentencias de 12 de febrero, en el proceso T-1003177 y 17 de febrero de 2004 en los expedientes T-1003162 y T-1003169, negó la protección solicitada por los demandantes, tras considerar en todos los casos que: *se presenta un conflicto jurídico por la aplicación de unos beneficios contenidos en normas legales en donde una de las partes requiere se le apliquen unos beneficios y por otro lado, la otra se niega a reconocerlos porque considera que no es acreedor de los mismos, el cual debe resolverse a través de la vía de lo contencioso administrativo, en donde el juez con mayores elementos de juicio podrá determinar a quién le asiste la razón y no a través de la acción de tutela que es un mecanismo subsidiario residual utilizable solo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

De la misma manera, indicó que los actores cuentan con la vía contencioso administrativa y no se observa la inminencia de un perjuicio irremediable si se tiene en cuenta que los demandantes fueron indemnizados con unas sumas que les permiten satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familias.

Expediente T-1003629

En primera instancia, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja en sentencia de agosto 13 de 2004 decidió negar las pretensiones del demandante, consideró que *Era procedente el amparo para el derecho de petición en cuanto no se había dado respuesta para cuando se presentó la tutela. Hoy ese aspecto está resuelto o es hecho superado, según respuesta dada y remitida al interesado y cuya copia se nos envió con la respuesta de este trámite. La tutela no es el proceso apto para discutir los criterios de la empresa. Si el tutelante, estimas que la respuesta, no corresponde a la realidad, le corresponde acudir a las autoridades y procesos previstos en la legislación, para que la justicia resuelva si tiene o no derecho al reten social, dada la proximidad de la pensión.*

Impugnada la anterior decisión, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de septiembre 22 de 2004 confirmó la decisión recurrida por las mismas razones del *a quo.* Sobre la condición de padre cabeza de familia, alegada por el demandante en esa instancia, el Tribunal consideró que el señor Bolívar Pacheco no ostenta tal calidad, pues no demostró que tiene hijos menores por quienes deba responder para su manutención.

Expediente T-1015380.

Conoció de este caso en primera instancia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja, que en sentencia de agosto 30 de 2004 negó las pretensiones de la demanda, consideró que: *el accionante pretende ser beneficiario del sistema de protección de que trata el art. 12 de la ley 790 de 2002 aceptado por la jurisprudencia-, únicamente para lograr que mediante sentencia judicial se ordene restablecerlo en el empleo, asunto que conduce a distinguir una situación jurídica definida y que no puede tener amparo mediante el mecanismo de la tutela Resta decir que sin embargo de la acreditación probatoria sobre la disminución parcial*

funcional, tampoco frente a lo mencionado por el accionante se pone de relieve una situación de lesión o amenaza inminente de los derechos fundamentales de sus menores hijos, de tal modo que sobre este punto se pudiera establecer conveniente la protección transitoria que en definitiva persigue solo para él, en la posibilidad de lograr la continuación de su vínculo laboral.

Impugnada la anterior decisión, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Tunja en sentencia de octubre 13 de 2004 confirmó el fallo recurrido, consideró que no es el Juez de tutela quien puede dirimir la controversia planteada por el demandante, pues existen alternativas diversas al proceso de tutela para controvertir la decisión tomada por Telecom. Agregó que *le correspondía al protagonista de la tutela probar la desprotección en que se encuentra, es decir que no cuenta con el apoyo de su esposa, o madre de sus hijos, y que no posee ningún tipo de seguridad social. Porque la obligación constitucional del estado surge a partir de la petición que el hombre cabeza de familia eleve ante la autoridad del Estado competente para protegerlo, y demuestre mediante prueba sumaria que se halla en situación de desamparo; si dicha autoridad se niega a conceder la asistencia y ayuda debidos, se configura la vulneración al derecho fundamental; procede entonces, en principio la acción de tutela como mecanismo para su salvaguarda.*

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema jurídico.

Los accionantes solicitan del juez constitucional que tenga en cuenta en la mayoría de los casos la condición que padres cabeza de familia que ostentaban al momento en que fueron despedidos, y en otro caso la proximidad a pensionarse (**T-1003629**) y deje sin efecto esa medida en tanto la Sentencia C-1339 de 2003 de la Corte Constitucional extendió el retén social previsto en la Ley 790 de 2002 a los padres cabeza de familia y a las personas que se encontraren próximas a pensionarse. Al decir de los demandantes, la empresa accionada no podía desvincularlos de sus empleos por ser titulares del citado beneficio, de manera que al hacerlo los privó de su único medio de subsistencia y el de su familia, afectándoles de esta forma su mínimo vital.

La entidad accionada estima, que el fallo que amplió el retén social a los padres cabeza de familia fue dictado en fecha posterior a la del despido de las personas que demandan en tutela, de modo que no existe ningún tipo de discriminación en relación con los accionantes. Adicionalmente advierte, que la acción tutela es improcedente, no sólo por existir otros mecanismos de defensa judicial de los cuales no han hecho uso los peticionarios, sino porque ante el pago de una cuantiosa indemnización, no existe un perjuicio irremediable que haga procedente las acciones impetradas. En el caso de la persona que plantea la cercanía de su pensión (**T-1003629**) la entidad accionada respondió que no era beneficiario del retén social por no cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

Los jueces que conocieron los respectivos amparos desestimaron las pretensiones de cada tutelante por considerar improcedente la acción de tutela ante la presencia de otros medios de defensa judicial, y además porque en su parecer, no es posible atribuirle efectos retroactivos a la Sentencia C-1039 de 2003, dado que el despido ocurrió meses antes de que fuera dictada esta providencia.

Precisados los términos en que se formularon las presentes tutelas, corresponde entonces a la Corte determinar si Telecom ha violado los derechos fundamentales de los accionantes al haberlos despedido siendo padres cabeza de familia. Interesa resolver así los siguientes cuestionamientos**: (i)** naturaleza del retén social y la protección a las madres cabeza de familia; **(ii)** la extensión del retén social a los padres cabeza de familia; **(iii)** la procedibilidad de la tutela para solicitar el reintegro al empleo cuando ha sido desconocido el citado beneficio; (**iv)** la procedibilidad de la tutela en los casos de personas próximas a pensionarse y supuestas beneficiarias del retén social. Finalmente, **(v)** la Corte analizará en concreto, si los demandantes realmente cumplen la condición de padres cabeza de familia y si la conducta de la empresa Telecom al despedirlos supone un menoscabo de sus derechos fundamentales.

3. El retén social y la protección a las madres cabeza de familia. Medida de acción afirmativa a favor de un grupo tradicionalmente desfavorecido.

Mediante la Ley 790 de 2002, se expidieron disposiciones para adelantar un programa de renovación y modernización de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado, en atención de las necesidades de los ciudadanos y conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta desarrollados en la Ley 489 de 1998. En desarrollo de esta finalidad, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, estableció una protección especial a favor de las mujeres cabeza de familia con el objeto de que no pudieran ser retiradas del servicio, en aplicación del programa de renovación de la administración pública. La norma citada dice lo siguiente:

> *Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las*

personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Según la norma citada, el objetivo de la ley 790 de 2002, es renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar un adecuado cumplimiento de los fines del Estado. En desarrollo de este objetivo, la norma citada establece entonces una protección especial para tres tipos de personas que no pueden ser retiradas del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, a saber:

1. Las madres cabeza de familia sin alternativa económica

2. Las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y

3. Los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicios, 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 ley.

En lo que toca a la protección de las madres cabeza de familia, valga recordar que su fundamento se encuentra en la Constitución Política, escenario que no sólo reconoce la igualdad de derechos para todas las personas, sino que de manera explícita consagra la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y la prohibición expresa de discriminar a la mujer. Dice el artículo 13 de la Constitución:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familia, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Y el artículo 43 de la Carta expresa:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación..."

El principio de tratamiento igual reconocido constitucionalmente se configura, entonces, en un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. En consecuencia, cualquier acto que pretenda anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando a preconcepciones o perjuicios sociales o personale,

como puede serlo el sexo, es un acto discriminatorio proscrito por la Constitución.

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

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

Por lo que hace al ámbito sobre el cual opera tal protección especial, resulta menester señalar que una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales a las que se ha hecho expresa referencia -artículos 13 y 43- y aquellas que propenden por la protección de la infancia y de la unidad familiar,

han llevado a la Corte a sostener que las medidas que protegen a la mujer cabeza de familia no se proyectan sobre sí misma, sino que deben asumirse como extendidas al núcleo familiar que de ella dependa, el cual se supone compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabaja.

Así lo interpretó también el legislador en la Ley 82 de 1993, dictada para apoyar a las mujeres cabeza de familia, no sólo al definir tal categoría como aquella que tiene a su cargo el grupo familiar, sino también al establecer beneficios en favor de los menores dependientes de ést, tales como: **i)** *Los establecimientos educativos prestarán textos escolares y, mantendrán servicios de intercambio en sus bibliotecas a fin de garantizar el cumplimiento de esta obligación (art. 5);* **ii)** En ningún caso podrá negarse el acceso a los servicios de educación o de salud *con base exclusiva en esta circunstancia (Art 6);* **iii)** Los establecimientos de educación primaria y secundaria atenderán de preferencia las solicitudes de ingreso, *siempre que cumplan con los requisitos y que los resultados de sus exámenes y pruebas sean por lo menos iguales a las de los demás aspirantes, a fin de no afectar el principio de igualdad; se dará acceso preferencial a auxilios educativos* (art.7). **iv)** A lo que debe agregarse que los beneficios establecidos en materia de seguridad social (art. 4) y acceso preferencial a auxilios educativos (art. 9) se predica tanto de la mujer cabeza de familia como de quienes de ella dependan.

Como se dijo, el fundamento para extender la protección especial reconocida a la mujer cabeza de familia al grupo familiar dependiente de ella, en especial a los niños, tiene sustento en el propio texto de la Constitución. De una parte, el mandato que le impone al Estado el deber de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia (artículo 43, C.P.) y de otra parte, las normas que definen como derechos fundamentales de los niños el cuidado, el amor, tener una familia y no ser separados de ella (artículo 44, C.P.).

Según lo dicho por la jurisprudencia, en razón a su condición de debilidad manifiesta e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente, la Constitución Política de 1991, acogiendo los postulados

prodigados por la legislación internacional sobre la materia, reconoce a la población infantil como grupo destinatario de una atención especial y prevalente, la cual se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista dirigido a garantizar, tanto el desarrollo normal y sano de los menores en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

El tratamiento preferencial del infante como interés jurídico relevante, que implica adoptar *una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran*, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24) y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 198.

Dentro de estas coordenadas se desenvuelve la regulación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003, al consagrar una medida de acción afirmativa a favor de mujeres madres cabeza de familia que *no podrán ser retirados del servicio en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública* La mencionada disposición fue estudiada por la Corte dentro del análisis de una demanda de inconstitucionalidad, donde se encontró ajustada a la Carta con el siguiente argumento:

> *La expresión "las madres" contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2003, lejos de establecer una preferencia frente a cualquier otra persona, consagra una estabilidad laboral para el sector más vulnerable de la población colombiana, ya que en razón de las circunstancias que rodean el país la baja participación de la mujer en el campo laboral es cada vez mayor*.

Ha sido la propia Constitución quien en busca de la igualdad real y efectiva, ha consagrado el apoyo especial del Estado a la mujer cabeza de familia y en desarrollo de ese apoyo, el programa de renovación de la administración pública, pretende que no sean retiradas del servicio las madres cabeza de familia sin alternativa económica.

Significa entonces lo anterior, que la regla general será la permanencia en el empleo de la mujer cabeza de familia como una consecuencia de la obligación estatal que consagra el artículo 43 de la Carta, sin que esto pueda considerarse como una violación al derecho a la igualdad, pues tal como lo explicó está Corte en un reciente pronunciamiento, hombres y mujeres deben ser tratados de igual manera, es decir sin discriminación, pero habida cuenta de que la mujer ha sido por tradición objeto de discriminación sexual, es titular de medidas legislativas específicas contempladas únicamente a favor de ella y no de los hombres.

Cómo se han aplicado tales postulados a la categoría padres cabeza de familia, será el estudio que se hace a continuación:

4. Extensión del retén social a los padres cabeza de familia.

El hecho de que gran parte de las medidas de protección a favor de la madre cabeza de familia se proyecten necesariamente a sus hijos menores y discapacitados, genera la inquietud de si las leyes que conceden beneficios única y exclusivamente a favor de la mujer cabeza de familia y no del hombre cabeza de familia, desconocen el principio de igualdad.

El asunto ha sido resuelto por la jurisprudencia constituciona, sosteniendo que no se pueden confundir dos derechos claramente distintos, ambos protegidos por el principio de igualdad. El primer derecho consiste en que los hombres y las mujeres sean tratados por igual, es decir, se consagra la específica prohibición de discriminación por razones de sexo. El segundo derecho consiste en que las mujeres, habida cuenta de una histórica e innegable tradición de discriminación sexual que el constituyente no sólo quiso abolir sino remediar, sean titulares de medidas legislativas específicas en favor de ellas, no de los hombres. Son las ya relacionadas acciones afirmativas, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes.

En este orden de ideas, y es este el punto cardinal del tópico que se viene tratando, el derecho a la igualdad de trato no exige, por sí solo, extender a un hombre un beneficio creado por el legislador para desarrollar el derecho constitucional -específicamente consagrado en el artículo 43- en favor de las mujeres a recibir medidas de apoyo o protección especial como un tipo de acción afirmativa. Ello implicaría desconocer el propósito perseguido por el constituyente de 1991 que reconoció una discriminación existente, y favoreció en la norma citada (art- 43 C.P.) a un grupo vulnerable históricamente. Como se dijo, las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos que, por ello, se consideraran discriminadas

Ello ha sido suficiente para que la Corte considere que constitucionalmente no es admisible que un hombre cabeza de familia solicite que se le extienda una medida adoptada por el legislador en apoyo a la mujer cabeza de familia, con base en una supuesta vulneración al principio de igualdad, cuando precisamente el artículo 43 de la Carta Política, tiene por finalidad servir de sustento constitucional al Legislador y al Estado en general para que adopte medidas a favor de ese grupo sin tener que extenderlo a otros, en especial a su referente inmediato, el de los hombres, en las mismas circunstancias.

Pese a ello, la Corte ha señalado que las acciones afirmativas deben respetar los presupuestos constitucionales para evitar, entre otros, que se conviertan en medidas irrazonables o desproporcionadas que se traduzcan en discriminaciones en perjuicio de otras personas o grupos, o que desconozcan los derechos constitucionales de otros sujetos

En ese entendido, considerando que una de las justificaciones de las medidas de apoyo a las mujeres cabeza de familia es su proyección al grupo familiar más próximo, puede afirmarse que si bien no se discrimina al hombre cabeza de familia cuando se adopta un beneficio a favor de aquellas, sí pueden afectarse irrazonablemente aquellas garantías superiores que protegen el derecho de todos los menores a recibir amor y cuidado, e incluso la igualdad de trato entre ellos y el derecho a tener una familia, ya que, a partir de la medida de protección especial, sólo resultarían favorecidos los que dependen de una *mujer cabeza de familia*, pero no así a los que dependen de su padre, cuando éste sea cabeza de familia.

Para que esa diferencia resulte constitucionalmente válida, debe existir un criterio razonable y objetivo que justifique hacer tal distinción y no garantizar los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y al cuidado y amor (art. 44. C.P.) cuando la persona cabeza de familia de quien dependen es el padre.

El fenómeno de los padres cabeza de familia, si bien no tiene la magnitud ni la dimensión del fenómeno de las mujeres cabeza de familia, sí existe y, cada día, va en aumento. Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia, el 61% de los niños vive con ambos padres. El 27% vive solamente con la madre, de los cuales el 23.3% tienen el padre vivo y el 3.7% restante no. El 2.7% de los niños vive sólo con el padre, de los cuales tan sólo el 0.3% tiene la madre muerta; en el 2.4% de los casos la madre está viva En la medida en que las mujeres han logrado ir superando los estereotipos y prejuicios, los hombres a su vez han comenzado a

desempeñar nuevos roles, como por ejemplo, participar activamente en las labores que demanda la crianza de los hijos

No se aprecia pues una razón objetiva que justifique no contemplar una medida de protección para los niños de un padre cabeza de familia. El legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre, puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia, y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen exclusivamente del padre.

Como se expresó, este criterio de interpretación ha venido siendo aplicado por la Corte a propósito del control constitucional ejercido a petición ciudadana sobre disposiciones legales que reconocen distintos beneficios en favor de mujeres cabeza de familia. Así, por ejemplo, con ocasión del estudio de constitucionalidad de la Ley 750 de 2002, por medio de la cual se le reconoció a la mujer cabeza de familia el derecho a cumplir la pena a la que fuere condenada en su lugar de residencia, la Corporación consideró que, en razón a la protección especial de que son objeto los menores y discapacitados, era constitucionalmente admisible que se extendiera el beneficio de la detención domiciliaria a los padres que se encuentren en la misma situación de hecho que una mujer cabeza de familia. Sobre el particular, se dijo en el aludido fallo:

> *la Corte también reconocerá el derecho de prisión domiciliaria en los términos en que está consagrado en la Ley 750 de 2002 a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. De esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla*

el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea.

Posteriormente, la posición esgrimida en el fallo citado fue reiterada en la Sentencia C-964 de 2003, al analizar algunos de los beneficios que la mencionada Ley 82 de 1993 le reconoce a la mujer cabeza de familia. En ese pronunciamiento, la Corporación precisó que las expresiones *mujer* y *mujeres* contenidas en los artículos 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18, y 19 de la Ley 82 de 1993 *por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia* , se ajustaban a la Constitución Política, siempre que se entendiera que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia. A juicio de la Corte, respecto de dichos beneficios, no existe fundamento para establecer una diferencia de trato entre los niños menores y los hijos impedidos que dependen de la mujer cabeza de familia, frente a los que dependen del hombre que se encuentra en la misma situación a que alude el artículo 2 de la Ley 82 de 199

. En uno y otro caso se trata de personas respecto de los cuales el Estado tiene una obligación de protección especialísima (arts. 13 y 44 C.P.) y a los cuales no puede discriminar en función del sexo de la persona de la cual dependan.

Y más recientemente, dentro de esa misma línea de interpretación, en la Sentencia C-1039 de 2003, la Corte declaró exequible el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, por el cual se prohibió el retiro del servicio público de las

madres cabeza de familia sin alternativa económica, cuando ello tuviera ocurrencia en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, siempre y cuando dicha norma fuera interpretada en el sentido de entender que la protección se aplica también a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen. Dijo así la sentencia:

> *Desde luego, existen aunque en menor proporción, hogares en los que las personas dependientes del seno familiar viven únicamente con el padre, bien porque fueron abandonados por su madre, o porque ella ha fallecido. Situación ésta que no ha sido contemplada en la norma objeto de estudio, pero puede validamente presentarse, y extender la protección en este aspecto, no significa que se desconozca el artículo 43 de la Constitución.*
>
> *La idea de ampliar la estabilidad laboral a los padres que tengan únicamente bajo su cargo la responsabilidad de los hijos incapaces para trabajar, se concreta en proteger los derechos de la familia, en especial a los niños, pues éstos son totalmente ajenos a la situación de si es el padre o la madre quien está en cabeza del hogar.*
>
> *Cosa distinta es que, la protección especial consagrada en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, pretenda proteger a los hombres, únicamente en razón a que invocando el derecho a la igualdad, no puedan diferenciarse de las mujeres. Ello resultaría contrario a la Carta Política, por cuanto significaría el desconocimiento del precepto constitucional establecido en el artículo 43.*
>
> *No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que como se anotó este tipo de disposiciones van encaminadas a proteger los derechos de quienes realmente se encuentran indefensos ante la toma de tales determinaciones, y es precisamente el grupo*

familiar dependiente de quien es cabeza de familia, llámese padre o madre que no tiene otra posibilidad económica para subsistir.

Así las cosas, la protección otorgada en la norma no es entonces a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, sino por el contexto dentro del cual se encuentra, es decir, tener a su cargo la responsabilidad de la familia.

En sentencia C-660 de 2000, la Corte estableció que el régimen constitucional de la familia, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5, busca hacer de esta institución el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia, e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros. Busca, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derecho cada uno de sus integrantes, aspecto éste donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones. Porque la Constitución Nacional reconoce en la familia una institución esencialmente dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad.

Dentro de este contexto, debe entenderse que es indiferente quien asume la condición de cabeza de familia, como quiera que los sujetos de protección son los menores, cuyos derechos tienen prevalencia sobre los demás conforme al artículo 44 de la Constitución.

Es decir, conforme a lo expuesto, no se protege en situaciones como la que ahora analiza la Corte a la mujer por ser mujer, ni

al hombre por ser tal sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia (artículo 5 de la Carta), y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales.

Recuerda ahora la Corte que, en la misma dirección se pronunció recientemente en sentencia C-964 de 21 de octubre de 2003 al analizar la constitucionalidad parcial de los artículos 2 a 21 de la ley 82 de 1993. (M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).

Lo anterior significa que, en concordancia con la Constitución, las normas deben ir encaminadas a proteger a la familia cuya cabeza esté radicada únicamente en una persona, sin consideración a que esta sea el padre o la madre.

En efecto, es válido considerar que cuando está de por medio el núcleo familiar y los derechos de los niños, debe el Estado propender por su protección, y esto es independientemente de quien tiene a su cargo la responsabilidad.

Así, el principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, señala:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y compresión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material ��.

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 10, establece: que los estados parte reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Conforme a los razonamientos anteriores, se impone entonces como conclusión necesaria que la protección especial consagrada para las madres, puede ser extensiva a los padres que se encuentren en la misma situación, pues la idea de proteger al núcleo familiar constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales, consagrados en el artículo 44 de la Constitución.

En consecuencia, se declarará exequible la expresión las madres contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2002 pero se condicionará a que la protección especial contenida en la norma pueda 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.

Cuanto se lleva dicho permite concluir que las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre uno y otro, sino como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados. Vale decir, el fundamento de la protección debe ser el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, pues es en esa

medida que no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en el mismo predicamento.

Ahora bien, para precisar quién es padre cabeza de familia es menester tener como referente la noción de madre cabeza de familia, siempre bajo el entendido de que la protección constitucional a una y a otro se otorga a partir de distintos contenidos constitucionales y que el padre cabeza de familia en el contexto de la Ley 790 de 2002, se circunscribe, como se verá, exclusivamente a quien tiene a su cargo hijos menores o discapacitados y vele por ellos.

La Ley 82 de 1993, mediante la cual se definió el concepto de mujer cabeza de familia y se fijaron medidas concretas de protección, dijo en su artículo 2, lo siguiente:

> *(…) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.*

Dicho esto, una mujer es cabeza de familia cuando en efecto, el grupo familiar está a su cargo. Se trata de una categoría mediante la cual se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, permitiéndoles

oportunidades en todas las esferas de su vida y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos Así, en la sentencia C-034 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte consideró que el artículo 2 de la Ley 82 de 1993 no violaba el principio de igualdad así definiera *mujer cabeza de familia* sólo en función de la mujer *soltera o casada*, dejando de lado otros estados civiles como la unión libre, debido a que el estado civil no es lo esencial para establecer tal condición, sino el hecho de estar al frente de una familia, y tener a su cargo niños o personas incapaces"

También el Decreto 190 de 2003, que reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, consagra el siguiente enunciado: *madre cabeza de familia sin alternativa económica* se entiende *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.*

Si extrapolamos tales definiciones al padre cabeza de familia, tendríamos de entrada que sostener que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de

procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: *esta condición* (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) *y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.*

En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de eda

el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas.

5. La acción de tutela es procedente para solicitar la aplicación del retén social. La situación particular de la empresa Telecom en liquidación.

Como se vio, el retén social es una garantía de estabilidad laboral que también opera en favor de los padres de familia en los mismos términos y condiciones que está previsto para las madres cabeza de familia, dada la necesidad de proteger en forma integral a los hijos menores de edad.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.2 del Decreto 190 de 2003, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la ley 790 de 2002, *se mantendrá hasta la culminación del Programa de renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto*, es decir el 31 de enero del presente año, término éste que igualmente estaba consagrado en el artículo 8 de la Ley 819 de 2003, y sobre el cual la Corte se pronunció en la Sentencia C-991 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, resolviendo ***Tercero.-*** *Declarar****inexequible*** *el último inciso del artículo 8 literal D), en el aparte que señala aplicarán hasta el 31 de enero de 2004.*

La Corte determinó que si bien es válido establecer fechas que delimiten grupos poblacionales que obtienen determinados beneficios, si estos se encuentran en circunstancias diversas, el límite del 31 de enero de 2004 establecido en el último inciso del literal d), redujo la protección especial reforzada de que gozan las madres cabeza de familia y las personas discapacitadas en la estabilidad de su empleo, con lo cual se desconoció el deber del Estado consagrado en el artículo 13 de la Constitución, de proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de entablar acción de tutela para solicitar la aplicación del retén social, cuando éste beneficio ha sido desconocido injustificadamente por la administración pública al retirar del servicio a personas que son destinatarias de tal beneficio.

Los pronunciamientos de la Corte, que se refieren al caso particular de las madres cabeza de familia, parten de considerar que la determinación de despedir a estas personas infringe los postulados del Estado Social de Derecho, puesto que se dejan de proteger los derechos de quien en realidad se encuentra en un alto grado de indefensión, es decir, el núcleo familiar de quien demanda.

La primera decisión que adoptó la Corte en relación con este tema, fue con ocasión de una tutela instaurada por una trabajadora de Telecom, a quien le fue terminado su contrato de trabajo el 31 de enero de 2004, dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, normatividad esta donde se fijó la aludida fecha como término para aplicar el beneficio del retén social.

Luego de evidenciar que el referido decreto reglamentario fijó un término que no está señalado en la Ley 790 de 2003, y que la Ley 812 de 2003 establece una discriminación respecto de las madres cabeza de familia por cuanto permite que solamente los que están próximos a pensionarse permanezcan en el retén social más allá del 31 de enero del 2004, la Corte en Sentencia T-792 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, dispuso inaplicar las citadas disposiciones y dar prevalencia a los derechos fundamentales de la accionante, ordenando reintegrarla al cargo que ocupaba *hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa*. En el referido fallo la Corte argumentó:

> *En este orden de ideas, encuentra esta Corporación, que de acuerdo a las anteriores consideraciones, que no tiene fundamento constitucional alguno efectuar una discriminación como la hace el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, por lo que es necesario restablecer la igualdad a la que tiene derecho la demandante, que además de ser madre cabeza de familia de dos menores de edad, se encuentra discapacitada por los accidentes de trabajo sufridos en el ejercicio de sus funciones.*

Así las cosas, aunque la Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad del artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, dándole prelación a las normas constitucionales (artículos 13, 42, 43 y 44), se ordenará la protección de los derechos fundamentales de la señora Esperanza Chávez Fonseca, por ser ella un sujeto especial de protección reforzada a la luz de nuestra Constitución.

Finalmente, la protección de que goza y es acreedora la demandante, en el presente caso, retén social, deberá extenderse en el tiempo hasta tanto no se efectúe el último acto que ponga fin a la vida jurídica de la empresa accionada. Se debe tener presente que Telecom en proceso liquidación, es una empresa que aún subsiste, y subsistirá hasta tanto no quede aprobada el acta final de su liquidación. Al respecto, el Decreto 1615 expedido el 12 de junio de 2003, en su artículo 2 estableció:

> *'Artículo 2. Duración del proceso de liquidación y terminación de la existencia de la entidad.* ***El proceso de liquidación deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años contados a partir de la vigencia del presente Decreto, prorrogables por el Gobierno Nacional por un acto debidamente motivado hasta por un plazo igual****.*
>
> *'Vencido el término de liquidación señalado, terminará para todos los efectos la existencia jurídica de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación. (Negrillas fuera de texto).'*

Inicialmente la liquidación de Telecom de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1615 de 2003 debe culminar en el mes de junio de 2005, pero existe la posibilidad de que la misma se prorrogue en tiempo por dos años más, es decir, hasta junio de

2007, por lo que la protección de la señora Chávez como madre cabeza de familia y discapacitada, deberá concluir ya sea en junio de 2005 o en junio de 2007, o hasta tanto no quede en firme el acta final de la liquidación, por lo tanto, y hasta que no desaparezca jurídicamente Telecom la demandante deberá continuar laborando en la entidad demandada.

Concluyendo, resulta imperioso entonces para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Chávez Fonseca, garantizarle su estabilidad laboral hasta el momento en que Telecom pierda definitivamente su personería jurídica, y no como lo pretende el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003, hasta el 31 de enero de 2004.

Por consiguiente, aplicando la Constitución y haciendo valedero el principio de igualdad, la Corte tutelará los derechos fundamentales invocados por la demandante.

Posteriormente, mediante Sentencia T-925 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se abordó el caso de algunas empleadas de Telecom que interpusieron acción de tutela como mecanismo transitorio, con el objeto de que la entidad accionada no las retirara del servicio el 31 de enero de 2004 -hecho que finalmente se produjo en el trámite de la acción de tutela-, al ostentar la calidad de madres cabeza de familia, para lo cual solicitaron la inaplicación de los artículos 14 y 16 del Decreto 190 de 2003, por ser incompatibles con los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución y con la Ley 790 de 2002.

En el caso que se comenta la Corte decidió ordenarle a Telecom en liquidación, reintegrar en la nómina de la entidad a las accionantes sin solución de continuidad, desde 1 de febrero de 2004, para lo cual hizo las siguientes precisiones:

*Téngase en cuenta que como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia, c*uando la parte trabajadora de una relación *laboral está conformada por un sujeto especialmente protegido según la Constitución -en este caso la mujer cabeza de familia en razón de la protección debida a sus hijos menore- el principio a la estabilidad en el empleo (art53 C.P.) adquiere principal prevalencia, lo que comporta cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas, pero ello claro está, mientras no exista una causal justificativa del despid.*

Al respecto cabe reiterar el énfasis hecho por la Corte en que el cumplimiento de los deberes que tiene el Estado con determinados grupos -en esta caso las madres cabeza de familia y particularmente sus hijos menores-, en materia de integración y estabilidad laboral reforzada, no cabe confundirlo con el otorgamiento de una inmunidad que las exonere de sus obligaciones o que las proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contr.

Hecha esta importante precisión es claro que a las accionantes y especialmente a sus hijos menores se les vulneraron sus derechos reconocidos por la Constitución (arts. 43 y 44 C.P.) con la aplicación en su caso de los artículos 14 y 16 del Decreto 190 de 2003 que limitó en el tiempo la protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

En ese orden de ideas la Corte concederá el amparo solicitado en ambos casos para que hasta tanto se mantengan las*condiciones que sustentan la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, y sin que ello* las *exonere claro está, de sus obligaciones con la entidad demandada o que las proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que*

eventualmente puedan ejercerse en su contra, se garantice su estabilidad laboral en la Empresa Nacional de telecomunicaciones TELECOM- En liquidación.

4.4 Los hechos sobrevinientes a la instauración y decisión por los jueces de instancia de las acciones de tutela sub examine. La necesidad de adecuar la orden de protección de los derechos conculcados a la situación creada.

Ahora bien, la Corte advierte que durante el trámite en sede de tutela las accionantes fueron efectivamente desvinculadas de la entidad accionada y recibieron una indemnización y que en este sentido la orden que debe dar la Corte para asegurar la protección de los derechos de las accionantes y de sus hijos menores no puede desconocer la situación creada por estas circunstancias.

Así las cosas, en cuanto las demandantes no han debido ser desvinculadas por encontrarse amparadas, en consonancia con los mandatos superiores, por la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, deberá reconocérseles todos los salarios y prestaciones a que tenían derecho desde la fecha en que fueron desvinculadas hasta el momento en que efectivamente sean incorporadas a la nómina de la entidad accionada.

Así mismo y en cuanto la indemnización efectuada tiene como fundamento la desvinculación de las accionantes de la entidad demandada, y que con la presente sentencia dicha desvinculación queda sin efectos, ha de dejarse igualmente sin efectos la indemnización anotada.

Empero en la medida en que la restitución inmediata de dicha indemnización podría no resultar posible por haberse dispuesto de la misma por parte de las accionantes, efectuado el cruce de

cuentas correspondiente, en caso de resultar saldos a favor de la entidad accionada, ésta deberá ofrecer facilidades de pago a las accionantes que garanticen para éstas su subsistencia digna y la de sus hijos menores.(Negrillas fuera del texto)**.**

Finalmente la sentencia T-964 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto, en el caso de varias personas que demandaron en su condición de mujeres cabeza de familia y discapacitados siguió los criterios consignados en la sentencia T-925 de 2004 y concedió los amparos deprecados. El mencionado fallo expuso lo siguiente:

Para los casos analizados en esta oportunidad se procederá en el mismo sentido, vale decir, dando prevalencia a los mandatos superiores, por cuanto a los accionantes, en este caso, madres cabeza de familia en su mayoría y una persona con comprobadas limitaciones físicas, se les vulneraron, a ellos y a sus hijos, los derechos reconocidos por la Constitución (arts 43 y 44 C. P.) con la aplicación en su caso del artículo 16 del Decreto 190 de 2003, que limitó en el tiempo la protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

La vista de la doctrina anterior permite elaborar las siguientes subreglas jurisprudenciales en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la aplicación del retén social:

i) El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen

próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 7909 de 2002.

ii) El retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a la mujer cabeza de familia de no ser desvinculada con ocasión del proceso de renovación de la administración pública;

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

iv) Según la jurisprudencia que se ha citado, no pueden coexistir el pago de una indemnización y además la posibilidad de reintegro, por ello, las sentencias mencionadas optaron en unos casos por conceder plenamente la protección solicitada hasta la terminación definitiva del último acto de liquidación de la empresa, cuando se demostró que no tenían aún la indemnización correspondiente (T-792 de 2004), en otros casos fueron denegadas en punto a la petición de reintegro ante la comprobación de que existía el pago de una indemnización, y ello desvirtuaba la existencia de un perjuicio irremediable (T-876 de 2004) y en otros eventos se permitió el reintegro con la consecuente posibilidad de que el beneficiado devolviera a la entidad lo recibido por concepto de indemnización en caso de que quedasen saldos a favor de la empresa (T-925 de 2004 y T-964 de 2004).

Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua

efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo.

Partiendo de lo dicho, quien como madre o padre cabeza de familia goce del beneficio del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no puede ser desvinculado de la entidad donde trabaje, pues con tal determinación se desconoce la garantía de estabilidad laboral reforzada que le ha sido otorgada en razón de la protección debida a sus hijos menores de edad. Lo propio se predica del servidor público de Telecom que se encuentre próximo a pensionarse.

Teniendo en cuenta las líneas jurisprudenciales anotadas y las circunstancias particulares de cada uno de los accionantes, la Corte realizará el estudio de los casos sometidos a revisión.

6. Los casos objeto de estudio.

Según se ha consignado en los antecedentes, los accionantes fueron desvinculados por la empresa Telecom en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, cuando ostentaban en ese momento la condición de padres cabeza de familia que, según su parecer, imponía a la entidad accionada la aplicación del retén social, permitiéndoles por ende, el derecho a conservar su empleo. Considera la Corte, que en tanto cada situación ofrece particularidades que lo distinguen del otro, es preciso analizar caso por caso a fin de determinar su adecuación o no a los dictados de la jurisprudencia reseñada.

Expedientes T-851947, T-1003177, T-1003162 y T-1003629.

1. Dentro del expediente T-851947 está acreditado que el accionante se encuentra casado, vive con su esposa, y tiene bajo

su dependencia dos hijos: Edith Melina Paz que cumplirá 18 años el 19 de febrero de 2005 y según certificación de la Universidad Nacional, expedida por el Secretario de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional, cursa tercer semestre de ingeniería mecatrónica; y Julián Alfredo Paz, de 23 años de edad, y quien también adelanta estudios universitarios. A folios 116 y 119 del respectivo expediente se pudo constatar que el accionante paga por concepto de matrículas universitarias las sumas de $ 69.566 y $ 173.453. Así mismo, a folio 28 del informativo reposa fotocopia del documento por medio del cual se le comunica al accionante la terminación de su contrato de trabajo por terminación del cargo, y a folios 18 a 21 obra el comprobante de liquidación de prestaciones definitivas e indemnización del peticionario suscrito por el jefe de la Unidad de Personal de Telecom, donde consta que recibió la suma de $ 98.505.107.

2. El accionante dentro del expediente T-1003177 sostiene simplemente que tiene una hija de 17 años y que ella depende económicamente de él.

3. Jesús Pinedo Serje, demandante dentro del expediente T-1003162 afirmó en su demanda de tutela que su familia esta integrada por un hijo de 11 años. Posteriormente, en la declaración extra procesal sostuvo que su núcleo familiar esta conformado por la señora Doris Reyes Valiente, en calidad de compañera permanente, una hija de ésta, y otra menor hija de Pinedo Serje, de quien no aportó registro civil ni otro dato para determinar su edad actual. Adicionalmente se constató a folio 45 del expediente, que al momento de liquidar las prestaciones definitivas e indemnización del accionante, existía un descuento por concepto de embargo por alimentos en un valor de $ 10.612.07.

4. Igualmente, para el caso del señor Bolívar Pacheco dentro del expediente T-1003629, observa la Corte que la tutela no esta llamada a prosperar en tanto el peticionario no obtuvo siquiera el status de prejubilado que pudiera haberle otorgado Telecom ante el cumplimiento actual o futuro - a tres años- de los requisitos legales para acceder a la pensión, tal como lo exige el artículo 12 de la Ley

790 de 2002. Sin tal comprobación, que sería la que ubicaría al accionante en el grupo de favorecidos por el retén social, el asunto se torna de carácter legal e inhibe a la Corte de pronunciarse respecto al reconocimiento de la pensión del accionante. No existe se repite, en cabeza del accionante la titularidad del beneficio al retén social por carecer de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. El peticionario dentro del expediente que se comenta, intentó también acceder al beneficio por la vía del padre cabeza de familia, presupuesto que tampoco cumple por cuanto no demostró siquiera tener hijos menores de edad a su cargo.

Tales datos son suficientes para acreditar que los peticionarios no se encontraban dentro del supuesto de hecho del beneficio previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y por consiguiente el amparo invocado debía desestimarse por las siguientes razones**:**

a. No esta demostrado que los demandantes tuvieren la condición de padres cabeza de familia sin alternativa económica.

b. Se trata de personas con hijos ya mayores de edad, o a punto de serlo (como en el caso de la hija del accionante en el expediente T-1003177 que cumplió los 18 años de edad el 20 de enero de 2005) luego es claro que la protección ya no opera cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad y no tienen discapacidades ni enfermedades que hagan urgente la manutención permanente del padre.

c. No se probó que la condición de padre cabeza de familia, en el entendido de quien vela y asume sus obligaciones como tal frente al núcleo familiar integrado por hijos menores, estuviere fielmente demostrada, pues en el caso del expediente T-1003162 se constató por el contrario, que existía un embargo por concepto de alimentos, lo que pone en duda el deber de asistencia y cuidado predicable del padre cabeza de familia en el marco que se viene entendiendo tal categoría.

Por lo expuesto, los amparos anteriores se negarán y se confirmarán las sentencias de instancia.

Situación distinta es la que revelan los accionantes dentro de los expedientes T-1003169 y T-1015380, como pasa a demostrarse:

1. Néstor Ibarra Arias, (T-1003169) sostiene que su estado civil es separado, tiene dos hijos de 7 y 22 años que dependen económicamente de él. Afirma en su demanda que sus hijos viven con él, bajo el mismo techo y que sufraga todos los gastos necesarios para su subsistencia y en especial sus estudios.

2. El demandante dentro del expediente T-1015380, demostró que tiene dos hijos: Diana Becerra, de 17 años de edad, incapacitada por *sordera profunda, escoliosis dorso lumbar de convergidad derecha,* y requiere supervisión permanente de la madre; y Juan Pablo Becerra, de 8 años de edad, que requiere educación especial por padecer *secuelas de Hipoxia, Incapacidad dada por Hiperkinesia y trastornos de la Concentración. Con limitación en el aprendizaje a pesar de su seguimiento estricto por psicología, Terapia Física, Terapia Ocupacional y de Lenguaje*. (folios 9 y 10 del expediente T-1015380).

Considera la Corte que en estos casos sí se demostró que los accionantes estaban en el supuesto del artículo 12 de la Ley 790 y se advierte por demás, que su situación se ajusta a los criterios fijados por la jurisprudencia plasmada en este fallo. En tales casos, la tutela resulta procedente por los siguientes motivos:

1.1. Se demostró la existencia de un hijo menor de edad al cuidado exclusivo de su padre, quien sostuvo que el niño depende de él para todos los efectos y que no tiene otra alternativa económica ni de cuidado para su hijo (T-1003169)

1.2. Las circunstancias que se advierten en el expediente T-1015380 son más evidentes. Se trata de una persona que demostró ser padre cabeza de familia, cuya única alternativa económica deriva de su trabajo en Telecom, que tiene una hija con trastornos severos en la comunicación por sordera profunda y según dictamen médico requiere supervisión permanente de la madre. Se estima que en este caso, privar al accionante de su empleo genera una fuerte desarticulación de la convivencia familiar y un notorio abandono de los niños en tanto padecen diversos grados de discapacidad y necesitan atención médica especializada permanente.

De manera pues, que en relación con tales accionantes se configura un perjuicio irremediable, que no sólo es inminente y actual sino que también produce una grave afectación de derechos fundamentales, que demanda en consecuencia, la adopción de medidas urgentes e impostergables de parte del juez constitucional con el fin de restablecer en la medida de lo posible los derechos constitucionales conculcados. Se revocarán en consecuencia, las sentencias que negaron el amparo para estos casos, y se harán las siguientes precisiones:

El hecho de que con posterioridad a la desvinculación de los demandantes la Corte Constitucional se hubiera pronunciado en la Sentencia C-1039 de 2003, sobre la extensión del retén social a los padres cabeza de familia, no constituye una justificación objetiva y razonable para otorgarles un trato diferente, según lo sugiere la empresa accionada, como quiera que la discriminación respecto de tales personas existía desde el momento mismo en que fue establecido el aludido beneficio, y no a partir de la fecha en que la Corte declaró una situación ya existente y decidió ampliarla a los hombres cabeza de hogar.

Todo lo anterior permite concluir, que la empresa Telecom no ha debido despedir a los señores Néstor Ibarra Arias y Jesús Pinedo Serje, dada su condición de padres cabeza de familia sin alternativa económica. Por lo tanto, esta Sala de Revisión deberá ordenar el reintegro de los accionantes a

su lugar de trabajo en las mismas condiciones laborales que disfrutaban al momento del despido.

Ahora bien, esta probado dentro de los expedientes que a los accionantes se les pagó una indemnización como producto del proceso de desvinculación de la entidad surgido como consecuencia de la supresión de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Por consiguiente, si a los accionantes ya se le pagó la indemnización de que hablan los artículos 24 a 26 del decreto 1615 de 2003, la orden que procede en este fallo, no puede ignorar ese hecho y por lo tanto, la protección se hará de la siguiente manera:

En tanto los accionantes no han debido ser desvinculados por encontrarse amparados por la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, la entidad accionada debe reconocerle a los peticionarios los salarios y prestaciones a que tenían derecho desde su desvinculación hasta el momento en que sean incorporados nuevamente a la nómina de la entidad accionada, para lo cual se dejará sin efectos la indemnización por él recibida.

Empero, en la medida en que la restitución inmediata de dicha indemnización podría no resultar posible por haberse dispuesto de la misma por parte de los accionantes, efectuado el cruce de cuentas correspondiente, en caso de resultar saldos a favor de la entidad accionada, ésta deberá ofrecerle facilidades de pago que le garanticen su subsistencia digna y la de sus hijos menores

En todo caso, llegado el momento de la liquidación definitiva de la empresa podrán materializarse los ajustes pendientes con el pago de la indemnización que en ese momento habrá de realizarse. Para una mayor claridad conviene tener en cuenta la presencia de tres eventos diferentes en los cuales pueden operar las compensaciones o restituciones que fueren necesarias.

En primer lugar, a la fecha del reintegro efectivo de los trabajadores, en cuya oportunidad 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 segundo lugar, en el evento en que existieren créditos pendientes a favor de la empresa, los padres cabeza de familia favorecidos con este fallo podrán hacer abonos parciales desde el momento del reintegro y durante su permanencia en la entidad, para lo cual Telecom debe ofrecer facilidades de pago a todos los trabajadores de manera que no afecte su mínimo vital y la subsistencia en condiciones dignas, o la de sus menores hijos.

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

IV. ALCANCES DE ESTE FALLO.

En el asunto objeto de revisión considera la Corte que la medida de protección que cobija a algunos padres cabeza de familia debe hacerse extensiva a todos aquellos padres cabeza de familia que, en aplicación del límite temporal indebidamente creado (artículo 16 del decreto 190 de 2003 y Ley 812 de 2003), fueron desvinculados de TELECOM a partir del 1 de febrero de 2004. A juicio de la Corte, no existe ninguna justificación para no amparar también a quienes demostrasen estar dentro de los supuestos fácticos exigidos para acreditar la condición de padres cabeza de familia, haber presentado la respectiva reclamación ante TELECOM, haber presentado la acción de tutela y saber que sus asuntos no fueron seleccionados para revisión o en todo caso fueron decididos en forma adversa a sus pretensiones.

Lo anterior tiene asidero en la doctrina diseñada por esta Corporación según la cual *existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes*, sino que es necesario adoptar medidas para proteger los derechos de otros sujetos en principio ajenos al trámite de la tutela y de su revisión. En efecto, la técnica de hacer extensivos los efectos de una decisión de tutela a otros sujetos ya ha sido explicada por esta Corporación y se relaciona con tres factores estrechamente ligados: **(i)** la naturaleza del trámite de revisión de tutela ante la Corte, como mecanismo de unificación jurisprudencial en materia de derechos fundamentales, **(ii)** el papel de la Corte como garante de la supremacía e integridad de la Constitución, y **(iii)** el respeto de la igualdad y la prevalencia del derecho sustancial.

Con fundamento en lo anterior, entre otros caso, en la sentencia SU-1023 de 2001 la Corte ordenó al liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante pagar las mesadas de todos los jubilados de la empresa, y no solamente de quienes interpusieron las acciones de tutela que fueron revisadas en aquella oportunida; mediante la sentencia T-500 de 2002, la Corte ordenó afiliar como beneficiaros de ECOPETROL a los cónyuges de las trabajadoras sin exigir más requisitos que los previstos para las cónyuges de los trabajadores varones. En este caso, no sólo se concedió el amparo a las demandantes, sino que en la parte resolutiva hizo extensiva la orden a quienes estuvieran en la misma situación fáctica y lo solicitaran a la empresa. En otras palabras, hizo extensivos los efectos de su decisión a otras personas que se encontraran en condiciones similares. Y en la sentencia SU-783 de 2003, la Corte recordó que debido al carácter unificador de la jurisprudencia constitucional, las decisiones de tutela pueden ir más allá del tradicional efecto *inter partes*.

Así se procederá igualmente en este caso, como también se hizo para las madres cabeza de familia en la sentencia SU-388 de 2005, pero con algunos matices propios de quien ostenta la circunstancia de padre cabeza de familia. Ello porque a diferencia de aquellos casos, en los que el estado de madres cabeza de familia ya estaba acreditado con una certificación expedida por la propia empresa, en el caso de los padres cabeza de familia tal acreditación sólo se verifica con el cumplimiento de los supuestos que este fallo ha dejado previstos, cobrando el elemento probatorio mayor exigencia.

Por ello, serán amparados por esta decisión los empleados de la empresa TELECOM EN LIQUIDACION, que en aplicación del límite temporal indebidamente creado en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y en la Ley 812 de 2003, fueron desvinculados de esa empresa a partir del 1 de febrero de 2004, siempre y cuando los extrabajadores **(i)** reunieren los requisitos para permanecer en la entidad, **(ii)** prueben haber presentado ante TELECOM reclamación de su condición de padres cabeza de familia, **(iii)** demuestren encontrarse en alguna de las circunstancias enunciadas en el título 4 de las consideraciones y fundamentos de este fallo, **(iv)** a la fecha de esta sentencia hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y**, (v)** que sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubiesen sido resueltos desfavorablemente. Quienes así lo deseen, si se encuentran en las condiciones descritas, deben acudir directamente ante el liquidador de TELECOM, para solicitar su reintegro y el pago de acreencias laborales.

La decisión de exigir que la acción de tutela se hubiere presentado antes de la fecha de esta sentencia se explica porque algunos de los trabajadores pudieron considerar que la indemnización satisfacía sus expectativas y por lo mismo decidieron no hacer reclamo judicial alguno, por lo tanto ningún sentido tendría obligarlos a retornar a la entidad cuando no lo solicitaron con antelación.

Por último, con miras a garantizar el cumplimiento de esta sentencia, especialmente en relación con el trámite de reintegro de los padres cabeza de familia que no son parte directa de esta providencia, la Corte estima necesario adoptar las siguientes medidas adicionales:

Ordenará que por Secretaría General de esta Corporación se notifique al Liquidador de TELECOM y se le envíe copia íntegra de esta providencia.

Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación, el Liquidador de la empresa deberá informar por escrito, a quienes hubiesen reclamado ante la empresa su condición de padres cabeza de familia o hubiesen presentado acción de tutela a la fecha de este fallo, explicándole a cada uno de los padres cabeza de familia sobre la posibilidad de solicitar el reintegro en los términos aquí señalados para que, si lo estiman oportuno, procedan de conformidad.

Teniendo en cuenta la necesidad de definir con prontitud el monto y las obligaciones de TELECOM, los padres cabeza de familia tendrán el plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la notificación que deberá efectuar el liquidador de la entidad, para acudir ante éste, a fin de acreditar y demostrar los requisitos indicados en este fallo para el reintegro y pago de los salarios y prestaciones sociales.

Dentro de los cinco (5) días subsiguientes a la presentación de cada uno de los padres cabeza de familia, el Liquidador de TELECOM deberá proceder al reintegro inmediato del respectivo trabajador y disponer lo pertinente para el pago de salarios y prestaciones, así como las compensaciones a que hubiere lugar.

Si el Liquidador de TELECOM encuentra que en algunos casos no se acreditaron en debida forma los requisitos para ser beneficiarios del retén social en calidad de padre cabeza de familia, deberá motivar su decisión y esas personas tendrán la posibilidad de entablar individualmente la acción de tutela para que sus circunstancias sean evaluadas por el juez constitucional.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por la Sala Plena de esta Corporación en sesión del día treinta (30) de noviembre de 2004.

Segundo. CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá en el proceso T-851947, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla en los procesos T-1003162 y T-1003177 y por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, dentro del expediente T-1003629.

Tercero. REVOCAR las sentencias proferidas por los Juzgados Primero Penal del Circuito de Barranquilla (T-1003169) y por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja (T-1015380) dentro de las acciones de tutela promovidas por NESTOR IBARRA ARIAS y JOSÉ de JESÚS BECERRA AVENDAÑO contra Telecom en liquidación y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 42, y 44 de la Constitución Política.

Cuarto. ORDENAR a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, reintegre en sus labores a los señores NESTOR IBARRA ARIAS y JOSE de JESÚS BECERRA AVENDAÑO como beneficiarios del retén social, hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa y en los términos y condiciones señalados en la parte considerativa de la presente providencia.

Quinto. ORDENAR al liquidador de Telecom que reconozca a los demandantes todos los salarios y prestaciones a las cuales tenían derecho

desde la fecha en la cual fueron desvinculados y hasta el momento en que sean efectivamente incorporados a la nómina de la entidad.

El liquidador de la empresa debe adelantar el cruce de cuentas correspondiente y, en caso de resultar saldos a favor de la entidad, como la restitución de la indemnización puede no resultar posible en un sólo momento deberá ofrecer facilidades de pago a los accionantes que garanticen su subsistencia digna y la de sus hijos menores. En todo caso, llegado el momento de la liquidación definitiva de la empresa podrá materializar los ajustes pendientes con el pago de la indemnización que en ese momento habrá de realizarse.

Sexto. Conforme a lo expuesto en el título IV de la parte motiva de esta sentencia, la decisión produce efectos en el caso de los padres cabeza de familia de Telecom que se encontraren en las circunstancias allí señaladas.

Séptimo. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se notifique al Liquidador de TELECOM y se le envíe copia íntegra de esta sentencia.

Octavo. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación, el Liquidador de la empresa deberá informar por escrito, a quienes hubiesen reclamado ante la empresa su condición de padres cabeza de familia o hubiesen presentado acción de tutela a la fecha de este fallo, explicándole a cada uno de los padres cabeza de familia sobre la posibilidad de solicitar el reintegro en los términos aquí señalados para que, si lo estiman oportuno, procedan de conformidad.

Noveno. Los padres cabeza de familia tendrán el plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la notificación que deberá efectuar el liquidador de la entidad, para acudir ante éste, a fin de acreditar y demostrar los requisitos indicados en este fallo (Punto IV) para el reintegro y pago de los salarios y prestaciones sociales.

Décimo. Dentro de los cinco (5) días subsiguientes a la presentación de cada uno de los padres cabeza de familia, el Liquidador de TELECOM deberá proceder al reintegro inmediato del respectivo trabajador y disponer lo pertinente para el pago de salarios y prestaciones, así como las compensaciones a que hubiere lugar.

Undécimo. Si el Liquidador de TELECOM encuentra que en algunos casos no se acreditaron en debida forma los requisitos para ser beneficiarios del retén social en calidad de padre cabeza de familia, deberá motivar su decisión y esas personas tendrán la posibilidad de entablar individualmente la acción de tutela para que sus circunstancias sean evaluadas por el juez constitucional.

Duodécimo. LÍBRESE por secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Presidente

CON SALVAMENTO DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA SU.389 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

PADRES CABEZA DE FAMILIA-Posible solución para quienes al final de la relación laboral no compensen el saldo de la indemnización que recibieron al momento de su despido/**PADRES CABEZA DE FAMILIA-**Posibilidad de reubicación en un cargo equivalente en otra entidad de la rama ejecutiva del orden nacional (Aclaración de voto)

Referencia: expedientes T-851947 y otros.

Magistrado Ponente

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Con el acostumbrado respeto, debo manifestar que aclaro el voto en la decisión adoptada por la mayoría en torno a las órdenes dadas a Telecom para cumplir los amparos concedidos.

Plantea la sentencia tres hipótesis de solución así:

En primer lugar, a la fecha del reintegro efectivo de los trabajadores, 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 segundo lugar, en el evento en que existieren créditos pendientes a favor de la empresa, los padres cabeza de familia podrán hacer abonos parciales desde el momento del reintegro y durante su permanencia en la entidad, para lo cual Telecom debe ofrecer facilidades de pago a todas los trabajadores de manera que no afecte su mínimo vital y la subsistencia en condiciones dignas, o la de sus menores hijos.

Por último, si todavía quedaren saldos pendientes con la entidad llegado el día de la terminación de la empresa y la desvinculación definitiva de los

trabajadores, habrá lugar a las restituciones y compensaciones mutuas que hasta entonces estuvieren pendientes.

Estimo que por tratarse de un asunto que pretendía unificar la jurisprudencia relativa al tema de los padres cabeza de familia desvinculados de TELECOM ha debido avanzarse en la jurisprudencia y prever igualmente la hipótesis de todos aquellos trabajadores que al final de la relación laboral aún no pudieran compesar en su totalidad el saldo de la indemnización que recibieron al momento de su despido luego de efectuar el cruce de cuentas correspondiente. Para estos casos, el Estado dando aplicación analógica al artículo 44 de la Ley 909 de 2004, debía reubicar a esos trabajadores en un cargo equivalente en otra entidad de la rama ejecutiva del orden nacional, para permitir que cancelen el posible saldo pendiente. Es una aplicación por analogía de las normas sobre supresión de empleos de carrera administrativa (Ley 909 de 2004) que debía tenerse en cuenta por la entidad accionada al momento de la liquidación de la empresa de forma irreversible.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado