



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

El fuero de estabilidad por pre pensionado en el sector privado: ¿una extralimitación de la Corte Constitucional o la protección de un derecho Fundamental? Reflexiones sobre su aplicación en Colombia.

Pablo Fernando Galeano Romero¹

Resumen.

El fuero de Estabilidad Laboral por pre pensionado se deriva del denominado Reten Social, una institución jurídica que protege a los servidores públicos para que no puedan ser desvinculados del servicio cuando les falten 3 años o menos para cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

No obstante, mediante la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, este fuero se extendió a los trabajadores del sector privado, generándose una nueva medida de protección que no se encuentra consagrada en una Ley en específico, sino que deviene de un análisis y reconocimiento de derechos que el Máximo Órgano Constitucional consagró a través de su jurisprudencia. Es por ello, que se discute si en verdad se puede considerar a esta institución normativa como un mecanismo de protección o como una extralimitación de las funciones de dicho Tribunal.

Palabras Clave: Estabilidad Laboral Reforzada, Sistema de Seguridad Social, Derechos Fundamentales, Protección al Trabajador, Derecho a la Pensión, Tratados Internacionales.

The forum for stability by prepension in the private sector: ¿an excess of the Constitutional Court or the protection of a fundamental right? Reflections on its application in Colombia.

Pablo Fernando Galeano Romero.

Abstract.

The Labor Stability Law for pre-pensioners derives from the Social Retention, a legal institution that protects public servants so that they can not be disconnected from the service when they have 3 years or less to meet the requirements to access a pension. old age.

¹ Estudiante de derecho de la Universidad Católica de Colombia, programa de pregrado, correo electrónico pfgaleano65@ucatolica.edu.co. Artículo reflexivo para optar al título de abogado, bajo la dirección del Profesor Luis Fernando Vallecilla, docente en la cátedra de Derecho Laboral. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C..2019.

However, through the jurisprudence issued by the Constitutional Court, this jurisdiction was extended to workers in the private sector, generating a new measure of protection that is not enshrined in a specific law, but that comes from an analysis and recognition of rights that the Maximum Constitutional Body consecrated through its jurisprudence. That is why we are discussing whether this normative institution can really be considered as a mechanism of protection or as an overreach of the functions of said Tribunal.

Keywords: Reinforced Labor Stability, Social Security System, Fundamental Rights, Worker Protection, Right to Pension, International Treaties

Sumario

Introducción. **1.** El derecho a la pensión de vejez en Colombia. **2.** Tipos de fueros de estabilidad consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano. **2.1.** Fuero de estabilidad por debilidad manifiesta o discapacidad. **2.2.** Fuero Sindical. **2.3.** Fuero por maternidad. **3.** La institución jurídica del Retén Social. **4.** El fuero especial de estabilidad por pre pensionado en el sector privado. Pronunciamientos de la Corte Constitucional con respecto a esta materia. Conclusiones. Referencias.

Introducción.

La seguridad Social en Colombia hace parte del catálogo de aquellos derechos fundamentales que son protegidos de forma vehemente por nuestra Constitución Política y por la Corte Constitucional como máximo interprete y protector de la Norma Superior. Prerrogativas de categoría superior que deben ser garantizadas por el Estado colombiano a través de sus instituciones, una situación que se materializa mediante las políticas públicas que sean ejecutadas de manera eficaz. Como bien explicaron Llano y Velasco (2016, p. 39):

La importancia de los derechos fundamentales que están íntimamente relacionados con los derechos humanos es la responsabilidad que adquieren las instituciones estatales para garantizar estos derechos a los ciudadanos, por medio de políticas de implementación que se encuentran como mandatos desde el texto constitucional.

Así las cosas, el derecho a pensionarse después de haber prestado años de trabajo y de haber llegado a una edad de vejez es una prerrogativa que se encuentra consagrada al interior de la Constitución Política y, por consiguiente, se establece como un deber y como un objetivo del Estado el propender porque todos los colombianos de manera progresiva alcancen este fin. En palabras de Duque y Duque (2016, p. 41):

En el Estado Social de derecho, la responsabilidad que por mandato Constitucional se ha establecido, es la de dar garantía a la efectividad de los derechos fundamentales, tal como lo ordena la Constitución Política en su artículo 48 donde se encuentra consagrado el derecho a la pensión, que de acuerdo con la legislación colombiana, cubre las contingencias de Invalidez, Vejez y Muerte o sobrevivencia.

De manera que, con el fin de garantizar de cierto modo este objetivo, es que el legislador colombiano ha establecido mecanismos de protección para los trabajadores. Lo anterior, atendiendo a los tratados internacionales que han sido ratificados en materia laboral y los que tratan sobre derechos humanos que han sido incorporados al Bloque de Constitucionalidad.

Por lo tanto, dentro de los mecanismos de salvaguarda y amparo consagrados por el legislador se encuentran los fueros de estabilidad laboral reforzados, los cuales se configuran como derechos fundamentales, instituciones normativas que a su vez protegen por conexidad otras prerrogativas de categoría superior que han sido consagradas en la Constitución Política.

No obstante, la estabilidad laboral reforzada como todo derecho no es absoluto, debe ser razonable y tiene que atender a la garantía y protección de otras prerrogativas de categoría superior propias de terceros. Todo lo anterior, en virtud de los principios de solidaridad e interés general. Según manifestó la ANDI (2017, P. 20):

En una síntesis muy apretada, podría decirse que la estabilidad laboral es la antípoda de la flexibilidad laboral. Ninguno de estos principios es absoluto y, por el contrario, deben desarrollarse en condiciones razonables a fin de evitar los abusos. Ni una flexibilidad laboral que desconozca el trabajo decente, ni una estabilidad laboral que soslaye la sostenibilidad empresarial, son, pues, escenarios propicios para el diálogo social.

Aun así, dichos fueros se encuentran estipulados en una norma, lo que hace mucho más práctica su aplicación, situación que no acontece con el denominado fuero de estabilidad laboral reforzado por pre pensionado, el cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que conlleva a este investigador a reflexionar acerca de si este mecanismo se erige como una verdadera protección de derechos fundamentales o si por el contrario, es una circunstancia constitutiva de un exceso de las funciones y competencias del máximo órgano constitucional.

Es por ello, que surge dentro de esta investigación un problema jurídico que hace referencia acerca de ¿cuáles son los criterios esgrimidos por la Corte Constitucional para considerar el estado de pre-pensión como un fuero de estabilidad que merece una protección especial derivada de la Constitución Política?

Mientras que, como objetivo general se desea analizar los pronunciamientos jurisprudenciales que han sido emitidos por la Corte Constitucional con respecto al fuero especial de estabilidad

laboral por pre pensión y las implicaciones que dichas decisiones tienen tanto para la protección de los trabajadores como para los intereses de los empleadores en Colombia.

Por otro lado, debe decirse que la justificación para la elaboración de este trabajo de investigación, se fundamenta en la imperiosa necesidad de comprender a fondo un mecanismo de protección de los trabajadores que no se encuentra reglamentado dentro del marco normativo colombiano, pero que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia y mediante el cual se busca salvaguardar los derechos de las personas que se encuentran próximas a adquirir una pensión por vejez.

Así mismo, la importancia de este estudio radica en el hecho de que este mecanismo de protección impacta de manera directa en asuntos que afectan a la sociedad en general, tal y como lo es el Sistema Pensional, el cual padece de graves problemas de financiamiento y, por otro lado, el factor laboral en cuanto a los índices de empleabilidad y ocupación laboral en Colombia.

Por ello, se hace necesario comprender los argumentos descritos por el máximo órgano Constitucional con el objetivo de reflexionar acerca de la necesidad de aplicar este mecanismo o si, por el contrario, esta situación se ha convertido en una extralimitación de la Corte Constitucional al legislar sobre un asunto reservado para el legislador.

Ahora bien, con el propósito de responder el problema jurídico planteado y el objetivo general propuesto, el autor acudirá a una recopilación literaria. Es decir, a la normatividad, a la jurisprudencia y a la doctrina escrita sobre la materia, para que a través de una metodología analítica y descriptiva se logre comprender a fondo cada uno de los elementos que componen este fuero de estabilidad desarrollado por la Corte Constitucional y que así mismo, se consiga reflexionar sobre las implicaciones que esta institución jurídica tiene sobre la sociedad.

1. El derecho a la pensión de vejez en Colombia.

En Colombia existe un régimen pensional que se encuentra regulado por diversas normas, siendo la más importante de ellas la ley 100 y, aunque existen distintas categorías de pensión como lo son por invalidez o de supervivencia, la que interesa para el desarrollo de esta investigación es la pensión de vejez.

Así las cosas y de acuerdo con la Corte Constitucional, la pensión de vejez se considera como un "*salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. (...)*". (cursiva dentro del texto) (Sentencia T-230 de 2018). Esto es así, debido a que el trabajador dependiente o independiente debe realizar una serie de aportes al Sistema General de Pensiones, sea en el Régimen Solidario de Prima Medida con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para poder acceder a su pensión de vejez, siempre y cuando se cumpla con otros requisitos como la edad y las semanas de cotización.

Lo anterior, se conoce como la obligatoriedad de las cotizaciones, situación que se encuentra contemplada en el artículo 17 de la Ley 100, el cual estipula que durante la duración del contrato de trabajo o del contrato de prestación de servicios se hace obligatorio efectuar los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones. De esta forma, se entiende que “la cotización es el porcentaje del salario total del trabajador con que debe contribuir este y su empleador o totalmente a cargo del trabajador si es independiente.” (Rodríguez, 2017, p.84).

Ahora bien, con respecto a los requisitos establecidos por el legislador para poder acceder a la pensión de vejez en Colombia, se encuentran el cumplimiento del requisito de la edad, que de acuerdo con el artículo 33 de la ley 100 es de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres. Adicional a ello, se debe cumplir con un mínimo de semanas cotizadas equivalentes a 1300, unos 25 años de trabajo aproximadamente.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la norma en referencia, quienes se encuentren afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán pensionarse a la edad que elijan siempre que el capital acumulado en la cuenta de ahorro pensional le permita acceder a una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Otra opción que se desprende de la Ley 100 y que aplica para aquellos individuos que se encuentren afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es la que se establece en el artículo 65 de la mencionada ley 100, el cual hace referencia a la garantía de pensión mínima de vejez.

Este precepto se refiere al momento en el que una persona que, cumpliendo con el requisito de la edad, pero que no pueda seguir cotizando semanas, no obstante, logró cotizar por lo menos 1.150 de ellas, entonces tendrá derecho a que el Gobierno Nacional en virtud del principio de solidaridad le complete las semanas que le hacen falta para que así logre acceder a la pensión.

De todas formas, cuando la persona cumple la edad y definitivamente el número de semana cotizadas no le alcanza para poder acceder a la pensión de vejez, tendrá derecho entonces a recibir la devolución de los aportes realizados hasta dicho momento, que en el caso del Régimen de Ahorro Individual se denomina devolución de saldos y en el caso del Régimen de Prima Media se denomina indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por otro lado, debe decirse que la pensión de vejez lo que busca salvaguardar una serie de derechos fundamentales que son protegidos con vehemencia por la Constitución Política de Colombia, tal es el caso del derecho a la dignidad humana, el derecho a la seguridad social y el derecho al mínimo vital, el cual se ha reconocido en virtud de la “dinamización, comprensión, e interpretación de nuevos derechos, respecto a circunstancias que, antes no siendo consideradas como tal, podría hacer parte del orden jurídico” (Agudelo, 2016, p. 11).

Es por ello, que se erige como una obligación del Estado colombiano, el velar por la protección y satisfacción del derecho a la pensión de una manera progresiva, propendiendo porque cada vez más ciudadanos logren acceder a esta prerrogativa, ya que el derecho a la pensión debido a sus implicaciones en la persona se torna como fundamental.

En palabras de Valero (2016, p. 39):

En cuanto a derecho fundamental, el instituto pensional es un proyecto de carácter progresivo que afirma que su satisfacción, por parte de los Estados, es solo una obligación si su materialización debe tener lugar “en la mayor medida posible”, en atención a las circunstancias fácticas y jurídicas (...). La pensión es un derecho fundamental condicionado no solo por la disponibilidad de recursos para su satisfacción, sino, además -para la mayoría de los sistemas de pensiones occidentales no universales -a su categorización caso a caso.

No obstante, y a pesar de que es un derecho que en la actualidad no es posible garantizárselo a todo el conglomerado social, si se debe propender por la protección de quienes ya tienen derecho a acceder a la pensión de vejez en virtud del cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador. Puesto que, el imponer óbices al acceso y satisfacción de esta prerrogativa implicaría la vulneración de otros derechos fundamentales.

Como bien indicó la Corte Constitucional en sentencia T- 327 de 2017, la pensión de vejez “(...) *se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia (...)*”. Por consiguiente, un obstáculo para la obtención de esta “*pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador*”. (Cursiva dentro del texto).

Por ende, el tema de la pensión de vejez debido a su conexidad con la seguridad social y con otros derechos fundamentales se torna trascendental al interior de la sociedad colombiana. Esto, hace perentorio la ejecución de políticas públicas eficaces por parte del Estado con el objetivo de aumentar progresivamente la cobertura del Sistema General de Pensiones dentro de la población.

Como bien indicó Santana (2012, p. 13), con respecto a la seguridad Social:

El derecho a la seguridad social, un derecho fundamental—, constituye un tema central de impacto social en materia de derechos fundamentales, porque, en definitiva, lo que está en juego aquí no es otra cosa que la dignidad humana, principio fundamental del orden jurídico nacional.

Es por lo mencionado previamente, que se puede encontrar una justificación para que la Corte Constitucional por vía jurisprudencial haya creado un nuevo fuero de estabilidad laboral reforzado, el cual tiene por objetivo propender por que la persona beneficiaria de este logro acceder a la pensión de vejez y de esta forma se consiga salvaguardar prerrogativas

fundamentales que podrían verse amenazadas frente a un despido unilateral por parte del empleador.

No obstante, la anterior será una situación que se analizará más adelante cuando se estudien los pronunciamientos proferidos por parte del máximo órgano Constitucional con relación a este tema en específico y se logre comprender las circunstancias que motivaron a la Corte para la creación de este denominado nuevo fuero de estabilidad laboral reforzada.

2. Tipos de fueros de estabilidad consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano

La estabilidad en el empleo es un principio rector dentro del derecho del trabajo, el cual tiene un arraigo constitucional, puesto que la Carta Política en su artículo 53 establece que el Estado deberá garantizar la estabilidad en el trabajo. Este principio implica una vocación de permanencia, otorgando al individuo un mínimo de seguridad en la continuidad de su empleo, una situación que le permite a la persona devengar un salario por medio del cual logra satisfacer sus necesidades básicas.

En palabras de Jaramillo (2010, p. 89)

El principio de estabilidad comporta que la relación de trabajo tiene como característica esencial la vocación de permanencia en el tiempo para el trabajador; el principio tiene como finalidad brindar al trabajador un mínimo de seguridad en la continuidad de su fuente de rédito, para satisfacer sus necesidades personales y familiares.

Es por ello, que en virtud de los principios de estabilidad laboral, de la igualdad, de la solidaridad social y del Estado Social de Derecho y atendiendo a la protección de cierta clase de derechos que han sido consignados en la Constitución Política, es que el legislador ha creado distintos fueros de estabilidad laboral reforzada, los cuales de por sí, se consideran como derechos fundamentales autónomos. De acuerdo con lo mencionado por la Corte Constitucional, la estabilidad laboral reforzada consiste en:

(...)“ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”. (Cursiva dentro del texto) (Sentencia T-320 del 2016)

De acuerdo con Diazgranados (2014, p. 47):

La protección laboral reforzada ha sido un concepto elaborado sobre todo por la vía jurisprudencial, aunque no se puede desconocer que, por lo menos en lo atinente a la maternidad y a la incapacidad, el Código Sustantivo del Trabajo contiene disposiciones previas a los planteamientos jurisprudenciales, en donde ya se planteaba una estabilidad laboral reforzada. Esta materia busca proteger el trabajo, con el entendido de que el mismo está atado a principios mínimos fundamentales que tienen el carácter de irrenunciables

De manera que, estos fueros de estabilidad buscan proteger frente a un despido inminente y unilateral por parte de su empleador al trabajador que se encuentre en determinada situación de vulnerabilidad. Es decir, que cuando coexisten ciertos factores que merecen una protección especial por parte del Estado junto con la relación laboral, es que se activa esta institución jurídica como salvaguarda y amparo de las prerrogativas fundamentales que posiblemente puedan ser vulneradas por causa del despido.

De acuerdo con González (2016, pp. 2-3):

[...] el derecho a la estabilidad en el trabajo, estabilidad que, si bien no es absoluta, se entenderá como reforzada en situaciones que ameritan especial protección como por ejemplo los casos de las trabajadoras en estado de embarazo y lactancia o para quienes, en ejercicio del derecho de asociación sindical, son fundadores u ostentan cargos directivos en dichas asociaciones. Se trata de fueros, toda vez que, en estos casos, el empleador requiere el permiso de la autoridad (el inspector o el juez, respectivamente), para dar por terminado el contrato de trabajo.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-470 de 1997 se expresó de la siguiente forma:

Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por

afectar los derechos fundamentales de los minusválidos. La Corte considera que, por la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. (Cursiva dentro del texto)

Por consiguiente, se logra colegir que los fueros de estabilidad son instituciones jurídicas consideradas como derechos fundamentales autónomos que propenden por la protección y salvaguarda de cierta clase de prerrogativas de categoría superior que pueden ser vulneradas por causa de un despido unilateral por parte del empleador.

Lo mencionado previamente, se presenta cuando concurren circunstancias que ubican al empleado en un riesgo inminente de vulnerabilidad, sea el caso de las mujeres en estado de embarazo o lactancia, las personas en situación de discapacidad o los trabajadores que cuenten con fuero sindical. Todo lo anterior, en virtud del principio a la estabilidad laboral.

Como bien indicó la Corte Constitucional en Sentencia T-317 de 2017:

La estabilidad laboral reforzada es parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de éste, la cual se activa cuando el trabajador se encuentra en situación de vulnerabilidad, debido a condiciones específicas de afectación a su salud, su capacidad económica, su rol social, entre otros. Dicha estabilidad se materializa en la obligación impuesta al empleador de mantenerlo en su puesto de trabajo en razón de su condición especial.

Así las cosas, a continuación, se mencionarán dentro de esta investigación los fueros de estabilidad laboral reforzada más importantes que se pueden encontrar al interior del ordenamiento jurídico colombiano, pues cada uno de ellos pretende proteger al empleado frente a una situación en particular.

2.1.Fuero de estabilidad por debilidad manifiesta o discapacidad.

El fuero es estabilidad laboral por debilidad manifiesta, por salud o por discapacidad se encuentra contemplado en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, el cual manifiesta que “ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”.

Con respecto a este fuero Mezu y Polo (2015, p. 69) manifestaron lo siguiente:

En Colombia, las personas con estabilidad laboral reforzada, por hechos o circunstancias de discapacidad, son considerados a su vez como personas en estado de

debilidad manifiesta ante el resto de la sociedad, y por lo tanto, cuentan con normas que ha expedido el Congreso de la República, quien ha promulgado diversas leyes, a las cuales hemos hecho referencia a lo largo de este texto, aunque haciendo mayor hincapié a la norma que por esencia es más relevante en la protección de personas con limitaciones, la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

Quiere decir esto, que para la norma en comento cuando un trabajador en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta es despedido sin justa causa de su puesto de trabajo, dicha acción se ha ejecutado en virtud de su estado de vulnerabilidad. Es decir, la norma tácitamente determina que, si no media autorización por parte del Ministerio del Trabajo al momento del despido implica *per se*, que este se efectuó en virtud del estado de debilidad, salud o discapacidad del trabajador.

Por consiguiente, el empleador estaría en la obligación de reintégralo a su puesto de trabajo y adicional a ello, de pagarle una indemnización correspondiente a 180 días de salario. En palabras de la Corte Constitucional:

Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta. En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.
(Cursiva dentro del texto) (Sentencia T-320 de 201)

De esta manera, se entiende a este fuero de estabilidad como una protección especial que brinda la legislación, por medio de la cual se busca garantizar la salvaguarda de los derechos de todas las personas que debido a sus condiciones de salud o de discapacidad se encuentren en un estado latente de vulnerabilidad.

Adicional a ello, este es un fuero de estabilidad laboral reforzada que propende por la inclusión laboral de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, con

lo cual se da plena aplicación y se protege el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Sin embargo, puede ser que este fuero sea un arma de doble filo, pues como bien indicó Diazgranados (2017, p. 67)

Esta protección laboral reforzada, aunque se considera una ventaja representativa frente a los trabajadores en situación de discapacidad, ha constituido una barrera importante en materia de vinculación laboral de esta población, al considerar los empleados que limita su libertad de empresa y sus posibilidades para exigir el pleno cumplimiento de sus obligaciones legales.

Por ello, es importante que los trabajadores no solo cuenten con fueros de estabilidad laboral reforzados, sino que, además, se hace necesaria la aplicación de políticas públicas eficaces destinadas al sector empresarial con el fin de estimular la creación y la contratación de personas vulnerables que merezcan una salvaguarda especial por parte de la Ley. Esto haría que los empresarios no solo vieran desventajas al momento de contratar personas que como en este caso se encuentran en alguna situación de discapacidad.

2.2. Fuero Sindical.

El fuero sindical es una especie de protección laboral que se encuentra regulada por los artículos 405 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual define a esta institución jurídica como aquella garantía “de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”.

Este tipo de fuero de estabilidad laboral reforzada se encuentra estrechamente vinculado con el derecho fundamental a la libertad de asociación y libertad sindical, presupuestos consagrados en el artículo 39 de la Constitución Política y el cual establece que los trabajadores tienen derecho a formar organizaciones sindicales, que de acuerdo con Ostau (2017, p. 129):

(...) presuponen el reconocimiento del derecho a asociarse con otros para la consecución de propósitos comunes. Ello implica la libertad y el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos ya constituidos al libre ejercicio de sus funciones para la defensa de los intereses de los trabajadores; de ahí que sea necesario distinguir entre un aspecto individual de la libertad sindical y uno colectivo.

A su vez, el fuero sindical se encuentra íntimamente ligado al derecho a la huelga que se encuentra consignado en el artículo 56 de la Constitución Política. Por ende, es una garantía de protección que está armonizada con los diversos tratados internacionales que fueron adoptados

por Colombia en materia de derechos laborales, como lo son los convenios 87 y 98 de la OIT, que “de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (...) han sido considerados referentes a derechos humanos y, por lo tanto, prevalecen en el orden interno” (Niño y Ostau, 2014, pp. 45-46).

Por tal razón, cualquier acción, determinación, decisión o normas que se expidan y que sean contrarias a los convenios de la OIT antes mencionados, se entenderán como inconstitucionales. Puesto que, los preceptos internacionales previamente mencionados se consideran como Tratados que versan sobre derechos humanos y, por consiguiente, hacen parte del bloque de constitucionalidad. En palabras de Ostau (2015, p 15):

(...) cualquier disposición del Código Sustantivo del Trabajo relativa a la organización sindical y la negociación colectiva que sea contraria a los convenios de la OIT será considerada inconstitucional, sea por vía directa en aplicación del control de constitucionalidad por la Corte Constitucional o por aplicación de la vía de excepción de inconstitucionalidad.³⁵ En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales en virtud de lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política.

Es por ello, que el fuero sindical representa una garantía trascendental para la estabilidad laboral de los trabajadores sindicalizados, ya que propende por la protección de algunos derechos humanos y fundamentales relevantes en el ámbito del derecho laboral, como lo son la libertad sindical y el derecho a la huelga.

Por este motivo, los trabajadores cobijados bajo dicho fuero no pueden ser despedidos sin previa autorización del juez de trabajo, quien se debe encargar de levantar el fuero sindical, pero solo si existen justas causas para hacerlo. De lo contrario, se entenderá que el despido se dio en virtud de la sindicalización del trabajador, lo cual se establecería como una afrenta directa a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales.

2.3. Fuero por maternidad.

El fuero de estabilidad laboral reforzada por maternidad se encuentra contemplado en los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 43 de la Constitución Política, en ellos se establece la prohibición de despedir a una mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, a menos que medie la respectiva autorización por parte del inspector de trabajo y siempre cuando se presente una justa causa.

De acuerdo con la Sentencia T- 662 de12, proferida por parte de la Corte Constitucional:

i) Será ineficaz el despido que no se encuentre precedido por una autorización del inspector del trabajo que haya descartado la presencia de una discriminación.

(ii) La estabilidad laboral reforzada se extiende a toda modalidad de contratos laborales (a término fijo y por duración de la obra o labor), civiles y de trabajo cooperado. Ello, en virtud del derecho a la igualdad, al mínimo vital, a la vida digna, a la salud y a la prohibición de discriminación en razón del sexo.

De lo anterior, se puede colegir que este fuero lo que busca es prevenir la discriminación que usualmente se ejerce en contra de la mujer. Puesto que son acciones que se siguen practicando debido a “su condición física y natural de reproducción, es por ello, que se ha considerado oportuno dictar convenios que plasmen los actos de discriminación que serán sancionados” (Izurieta, 2015, p. 32)

Por consiguiente, a través del fuero de estabilidad laboral por maternidad se protegen derechos consagrados en la Constitución Política, como lo son el derecho a la igualdad, preceptuado en el artículo 13 al igual que el artículo 43 que también hace referencia al mismo precepto.

Adicional a ello, mediante este mecanismo de protección de la trabajadora también se salvaguarda el artículo 42 superior, ya que proteger a la madre gestante y lactante es proteger a la familia en general, además de proteger el interés superior del menor.

Así las cosas, debe decirse que el fuero de estabilidad por maternidad es un triunfo de los derechos humanos en beneficio de la mujer, ya que históricamente las mujeres han sido una población violentada y discriminada. Como bien expresó Ramírez (2017, p. 141):

La violencia contra las mujeres es la forma más evidente de violación a los derechos humanos, pues para conculcar los derechos de este género, no es posible establecer límites en razón de la ubicación geográfica, diferencias culturales o de la posición socioeconómica. Ni siquiera se escapan de ser víctimas de estos constantes abusos las mujeres con formación académica, nivel socioeconómico alto o pertenencia étnica, pero se manejan con mayor hermetismo porque su posición no les permite denunciar y hacer pública su situación.

Por lo tanto, el fuero de estabilidad por maternidad se establece como un mecanismo no solo de protección, sino como un instrumento que propende por equilibrar las relaciones en este caso laborales entre el empleador y las mujeres trabajadoras, salvaguardándolas de la discriminación, el abuso laboral y la violencia que se pueda ejercer en contra de ellas en el trabajo.

Como se ha logrado describir, son diversos los fueros de estabilidad presentes al interior del ordenamiento jurídico colombiano, todos ellos consagrados en normas generales y abstractas, con los cuales se busca proteger una serie de derechos humanos y fundamentales de los

trabajadores colombianos. Situación anterior, que se hace imprescindible dentro de un Estado Social de Derecho.

3. La institución jurídica del Retén Social.

La figura jurídica del retén social se consagró en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, el cual establece que:

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.** (Subrayas dentro del texto) (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, puede colegirse que de la figura jurídica del Retén Social consagrado en la norma fue que devino lo que se conoce como el fuero de estabilidad laboral por pre pensionado, el cual en primer lugar se destinó a los servidores públicos que se encontraban en determinado estado de vulnerabilidad, como por ejemplo una situación de discapacidad.

Adicional a ello, estableció la norma previamente mencionada que esta salvaguarda y protección especial también aplicaría para aquellos funcionarios a quienes les faltasen 3 años o menos para cumplir con los requisitos legales exigidos por el legislador para poder acceder a una pensión de vejez.

Por consiguiente, de forma lógica hay que decir, que la institución jurídica del retén social consagrada en la Ley 790 de 2002 también se configura como el precursor del denominado fuero de estabilidad laboral reforzado por pre pensionado del sector privado del que trata esta investigación.

Pues como ya se mencionó, aunque dicho fuero de estabilidad en un principio fue consagrado para aquellos servidores públicos que se encontraban bajo las condiciones arriba mencionadas y con el fin de protegerlos frente a la política de restructuración de la administración pública, también fue extendido a los trabajadores del sector privado tal y como se verá más adelante.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-795 del 2009 se refirió sobre Retén Social de la siguiente forma:

En este contexto constitucional se enmarca la protección laboral reforzada denominada “retén social”, por medio de la cual se buscó que en los procesos de reforma

institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieren económica o afectivamente de ellas[19]. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada prevista la ley 790 de 2002.

De manera seguida, dentro de la misma Sentencia referida previamente, la Corte expresó lo siguiente:

Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, que se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado. Así, la Corte ha precisado en reiterada jurisprudencia que el límite temporal establecido para la protección constitucional derivada del retén social era la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa, o el momento en que quede en firme el acta final de la liquidación. (Cursiva dentro del texto)

Por lo tanto, puede entenderse que este fuero de estabilidad denominado como Retén Social se fundamenta en diversas prerrogativas de carácter fundamental, como lo son la igualdad (Arts. 13 y 43), la familia (Art. 42), los derechos de los niños (Art. 44) y por supuesto, el derecho a la seguridad Social (Art. 48), el cual se considera de acuerdo con Santana (2012, pp. 195-196) como:

(...) un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de los cuales disponen el individuo y la población para gozar de una mejor calidad de vida, que esto se logra mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la

sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, principalmente las de la salud y la capacidad económica, con la finalidad de lograr el bienestar de cada uno de los integrantes de la población colombiana.

Por su parte, la OIT (2001, p. 120) indicó sobre la seguridad social que:

(...) es un elemento clave del objetivo del trabajo decente y está reconocida como un derecho humano. Uno de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT -realizar el alcance y la eficacia de la protección social para todos -está encaminado a hacer efectivo este derecho.

De manera que, la institución jurídica del Retén Social tiene como fin primordial el garantizar la protección y garantía de satisfacción de importantes preceptos constitucionales que se encuentran enfocados en propender por una mejor calidad de vida de los ciudadanos colombianos, en este caso en particular, de los servidores públicos que han trabajado en las entidades estatales que conforman al Estado.

Por otro lado, el alto Tribunal en sentencia SU-897 del 2018 definió al pre pensionado del sector público de la siguiente manera:

(...) las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los pre pensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez. (Cursiva dentro del texto)

De lo anterior, se puede concluir que tanto la norma como la jurisprudencia establecieron como único requisito para acreditarse como beneficiario de este fuero el hecho de que al individuo le faltasen 3 o menos años para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Es decir, años de trabajo y edad. Esto, igualmente quedó consignado en el Decreto 190 de 2003, que en su artículo 13, numeral 13.1, literal D estableció lo siguiente:

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

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

De esta manera, se entiende al retén social como aquella protección especial que se les brinda a determinados servidores públicos, dentro de los cuales se encuentran los llamados pre pensionados, es decir, a aquellos funcionarios a quienes les faltan 3 años o menos para cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de vejez (edad y tiempo de trabajo o de cotización).

Un instrumento de protección que tiene como finalidad el salvaguardar los derechos a la igualdad y a la seguridad social con el objetivo de garantizar una mejor calidad de vida para quienes sean beneficiarios de este fuero de estabilidad, a quienes se consideran como personas que se encuentran en algún grado de vulnerabilidad.

4. El fuero especial de estabilidad por pre pensionado en el sector privado.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional con respecto a esta materia.

Ya es un hecho que el fuero de estabilidad laboral reforzada por pre pensionado ha sido extendido por vía jurisprudencial a los trabajadores del sector privado. Lo anterior, se presentó a partir de la Sentencia T-638 del 2016 en donde el alto Tribunal atendiendo a la vía de la igualdad manifestó lo siguiente:

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

Por consiguiente, para la Corte Constitucional no puede existir ningún trato diferencial entre similares, pues en los casos que tienen que ver con el derecho del trabajo, a pesar de que se trate de personas que se desempeñan en distintos escenarios (trabajadores del sector público y empleados del sector privado); estos, se encuentran en condiciones idénticas y, por lo tanto, merecen la misma protección Constitucional por parte del Estado. En palabras del Tribunal:

El trato diferencial entre similares afecta el derecho a la igualdad, excepto cuando se trata de personas de especial protección, dadas las circunstancias en que se encuentran, por lo tanto, es obligación del Estado materializar dicho derecho respecto de las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, propiciando la implementación de medidas que procuren sus necesidades esenciales. (Cursiva dentro del texto) (Sentencia T-638 de 2016)

En este mismo sentido, el Tribunal se manifestó en la sentencia T-229 de 2017 de la siguiente forma:

La estabilidad laboral reforzada derivada de la condición de pre pensionado no es un derecho fundamental que se aplique única y exclusivamente a los servidores públicos, por el contrario, este derecho a la estabilidad laboral que se reconoce constitucionalmente en el artículo 53 a todo trabajador, resulta aplicable a quienes laboran en el sector privado, en desarrollo del principio de igualdad.

Es así, como el denominado retén social que fue consagrado en la ley 790 de 2002 para los servidores públicos se extendió a todos los ciudadanos en general. Pues como bien explicó la Corte Constitucional, esta figura jurídica tiene un carácter supralegal, ya que su origen se desprende de principios constitucionales que buscan proteger los derechos fundamentales de todos los individuos. En palabras de la Corte:

El retén social, como uno de los mecanismos para proteger la estabilidad laboral reforzada, si bien se basa en la ley y la jurisprudencia constitucional, no es menos cierto que su origen se desprende de los principios relativos al derecho a la igualdad, a la seguridad social y dignidad, entre otros, consagrados en la Constitución Política. Es decir, se trata del reconocimiento de derechos fundamentales y, por lo mismo, debe cobijar a todos los ciudadanos en general. (Cursiva dentro del texto) (Sentencia T-638 de 2016)

Por consiguiente, no se hace necesaria la preexistencia de una norma que preceptuó el fuero de estabilidad laboral por pre pensionado para los trabajadores del sector público, ya que como se indicó previamente, esta es una institución jurídica de carácter constitucional que debe ser reconocida a todas las personas que cumplan los requisitos para su acreditación sin importar si laboran en el sector público o privado.

De igual manera, existe otro fundamento esgrimido por la Corte Constitucional para la extensión del fuero de estabilidad por pre pensionado a los trabajadores del sector privado y es el que tiene que ver con el hecho de que protege una expectativa legítima, una noción que surgió como consecuencia de la existencia de los regímenes de transición. Pues como bien indicó el alto Tribunal en sentencia C-789 de 2002 citada por Congote y Muñoz (2016, p. 239):

La creación de un Régimen de Transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.

Así que, este fuero de estabilidad propende por la protección de los derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana que se derivan de una prestación económica como lo es la pensión a la cual podrán acceder los individuos cobijados bajo la protección de este fuero, pues los requisitos estipulados por la ley para su exigencia se encuentran próximos a cumplirse.

Es decir, que la exigencia del derecho a la pensión se hace realidad en muy poco tiempo, como consecuencia de ello, es que surge la denominada expectativa legítima que se diferencia de una mera expectativa, pues esta última es la que tienen las persona que recién están comenzando su vida laboral. Por lo tanto, a estos últimos no los cobija el fuero de estabilidad laboral por pre pensionado.

Bajo esta misma línea y de acuerdo con Camacho y Romero (2018, p.151), la aplicación de la estabilidad laboral por pre pensionado por los trabajadores del sector privado se fundamenta en:

Su cercanía al cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez (de la mano de la pérdida de la capacidad productiva de esos seres humanos) hace surgir una necesidad diferente a la de los otros trabajadores, pues si fueran retirados de su empleo estarían sin mayores tutelas no solo para obtener un sustento en el inmediato y corto plazo, sino que perderían esa expectativa legítima próxima a obtener una vejez digna, con el derecho a la pensión y a la seguridad social en general.

Finalmente, la Corte Constitucional, también manifestó con respecto al reconocimiento del fuero de estabilidad por pre pensionado, que no solo basta con que le falten 3 años o menos para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Sino, que se hace necesario también, que con el despido del trabajador se conculquen gravemente derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política.

Esto quiere decir, que la persona debe demostrar una afectación grave a otros derechos fundamentales como lo es, por ejemplo, el derecho al mínimo vital. Algo que podría presentarse debido a la edad del individuo, pues debido a esta situación se le dificultaría poder acceder a otro empleo que le genere los ingresos necesarios que le ayuden a satisfacer sus necesidades básicas mientras se le reconoce la pensión.

Adicional a ello, se debe demostrar por parte de quien reclame la protección del fuero de estabilidad por pre pensionado que no cuenta con otros ingresos que la permitan garantizar su subsistencia de una forma digna. Como bien indicó la Corte Constitucional en Sentencia T-638 de 2016:

Esta Corporación también ha sostenido que no basta la mera calidad de pre pensionado para proteger a las personas que se encuentren en esta situación, ya que se requiere, además, que su desvinculación ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el

mínimo vital, dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia. Es decir, en los eventos de retiro de personas a quienes les falten tres (3) o menos años para adquirir el *status* de pensionados debe analizarse cada caso concreto para establecer si se ponen en riesgo sus derechos fundamentales.

Igualmente, en la Sentencia T-229 de 2017, el Tribunal expresó lo siguiente:

Ahora bien, la garantía y protección que se predica de la condición de pre pensionado, no se deriva única y exclusivamente de esta situación, sino que, es necesario que se demuestre que el despido ocasiona una amenaza o un riesgo para otros derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital, pues es entendible que una persona que está próxima a pensionarse y que deriva el sustento propio y el de su familia de lo devengado, si es retirado del servicio abruptamente y faltándole menos de tres años para adquirir su *status* pensional, tendrá dificultades para conseguir un nuevo empleo y por tanto, se verá afectado su mínimo vital, circunstancia que haría imperiosa la intervención del juez de tutela.

En resumen, el fuero de estabilidad por pre pensionado se configura como un mecanismo de aplicación para todas las personas en general, pues así lo exigen los principios constitucionales como lo es de la igualdad. Un instrumento mediante el cual se busca la protección de derechos fundamentales que se derivan del reconocimiento de una prestación económica denominada pensión de vejez.

La anterior, se presenta como expectativa legítima siempre y cuando el demandante acredite que le faltan 3 años para cumplir con los requisitos exigidos por la norma para acceder a esa pensión y siempre que demuestre la trasgresión o amenaza de otros derechos de categoría superior como lo es el mínimo vital.

De esta manera, para el autor el reconocimiento del fuero de estabilidad por pre pensionado se configura como un avance en materia de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y no como una extralimitación de funciones del máximo órgano constitucional.

Pues a través este mecanismo de salvaguarda, lo que buscó la Corte Constitucional es proteger las prerrogativas de categoría superior de un grupo poblacional que debido a ciertas condiciones específicas se ubican en un estado de vulnerabilidad que los hace merecedores de un amparo especial por parte del Estado colombiano.

Conclusiones.

Con el objetivo de dar respuesta al problema jurídico planteado, debe decirse que los criterios esgrimidos por parte de la Corte Constitucional para extender la figura del Retén Social y, por

consiguiente, el fuero de estabilidad por pre pensionado a los trabajadores del sector privado se fundamentó en primer lugar en el principio de igualdad.

Pues, para el alto Tribunal se generaba un desequilibrio entre personas que, aunque se desenvolvían en sectores diferentes, si se encontraban en una misma condición que los hacía vulnerables. Por lo tanto, no era admisible que en virtud del principio de igualdad ya mencionado se le reconociera una protección a un grupo específico de individuos, mientras que a otros no, lo anterior, a pesar de que se hallaran en una misma situación de riesgo de transgresión de otros derechos fundamentales.

Por consiguiente, como segundo criterio expuesto por parte de la Corte Constitucional se estableció el carácter de suprallegal del fuero de estabilidad laboral por pre pensionado, pues el mismo no necesariamente debería estar preceptuado en una norma como ocurre para los trabajadores del sector público para que así pudiera ser reconocido a los empleados vinculados al sector privado.

Esto es así, debido a que el origen de este fuero de estabilidad tiene arraigo constitucional y a través del mismo se busca salvaguardar los derechos fundamentales consignados en la Constitución Política, los cuales son reconocidos en igualdad de condiciones a todos los miembros de la sociedad, Lo anterior, sin tener en cuenta en el caso de los trabajadores si unos pertenecen al sector público y otros al privado.

Por otro lado, otro criterio formulado por parte de la Corte Constitucional se fundamentó el hecho de que el fuero de estabilidad por pre pensionado tanto en el sector público como en el privado busca proteger una expectativa legítima. Lo que hace necesario, un amparo especial por parte del Estado colombiano, pues no es lo mismo el despido de una persona que recién comienza su vida laboral a que se haga en una persona a la que le falta un periodo muy corto de tiempo para acceder a la pensión.

En el primer caso señalado previamente, se configura una mera expectativa que no requiere una protección reforzada, mientras que en el segundo caso dicha expectativa se convierte en latente y, por lo tanto, en legítima, puesto que las condiciones para acceder al derecho a la pensión se configurarán en breve. Es esta última situación precisamente y según la Corte Constitucional, es la que requiere una protección especial por parte del Estado, pues al no realizar estas acciones se pondrían en riesgo o se conculcarían otros derechos de categoría superior.

Finalmente, como último criterio esgrimido por parte de la Corte Constitucional para el reconocimiento del fuero de estabilidad por pre pensionado, fue el hecho de que se afectarían otros derechos fundamentales como lo es el mínimo vital y la seguridad social. Por ende, el Tribunal exigió en su jurisprudencia que el demandante acredite la transgresión o puesta en peligro de otras prerrogativas consignadas en la Constitución. Por lo que solo basta con que al

individuo le falten 3 años para cumplir con los requisitos establecidos en la Ley para acceder a su pensión de vejez.

Así las cosas, a modo de reflexión el autor considera que el fuero de estabilidad por pre pensionado extendido al sector privado se erige como un avance en cuanto a la protección y salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales que se deben reconocer por igual a todos los individuos pertenecientes al conglomerado social.

Por consiguiente, este asunto no se torna como una extralimitación de la Corte Constitucional, ya que es su deber el garantizar que las normas existentes dentro del ordenamiento jurídico se adapten a la Constitución. Del mismo modo, también es su deber corregir las omisiones legislativas que puedan afectar los derechos fundamentales de un grupo de personas, máxime, cuando estas se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad en la que se hallan otros a quienes si se les reconoce una protección especial.

Referencias.

Bibliográficas:

- Agudelo, O. A. (Ed.). (2016). *Perspectivas del constitucionalismo*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia.
- ANDI. (2017). *Salud y estabilidad en el empleo. Retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Camacho, A. & Romero, M. C. (2018). *De la estabilidad relativa, ¿a la estabilidad laboral absoluta?: estabilidad laboral reforzada en el empleo*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad del Rosario.
- Congote, A. R. & Muñoz, L. F. (2016). *Pensiones: regímenes especiales y exceptuados*. Medellín, Colombia: Ediciones Unaula.
- Diazgranados, L. A. (2014). *El acoso laboral. Análisis conceptual y comparado*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia.
- Diazgranados, L. A. (2017). *Discapacidad: tratamiento laboral y protección social*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia.
- Duque, N. & Duque S. P. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Revista de Derecho Justicia Juris*, 12 (1), pp. 40-55. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v12n1/v12n1a04.pdf>

- González, J. (2016). *Estabilidad laboral reforzada por salud: Inamovilidad por debilidad manifiesta*. Trabajo de grado, Universidad de los Andes. Recuperado de <http://repositorio.uniandes.edu.co/xmlui/handle/1992/6030?show=full>
- Izurieta, C. (2015). *La regulación de la licencia de maternidad y paternidad en el Ecuador*. Trabajo de grado, Universidad de las Américas. Recuperado de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2338/1/UDLA-EC-TAB-2015-08.pdf>
- Jaramillo, I. D. (2010). *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad del Rosario.
- Llano, J. V. & Velasco N. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Colombia*, 10 (2), pp. 35-55. Recuperado de: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1317/1250
- Mezu, J. C & Polo, D. F. (2015). *El paradigma de la estabilidad y protección laboral reforzada por condiciones de discapacidad desde el precedente judicial colombiano*. Trabajo de grado, Universidad ICESI. Recuperado de: https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/78137/1/T00346.pdf
- Niño, L. A. & Ostau, F. R. (2014). El servicio esencial y derecho de huelga en Colombia (Convenios 87 y 98 de la OIT). *Novum Jus, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Colombia*, 8 (1), pp. 39-59. Recuperado de: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/648/666
- OIT. (2001), *Seguridad social un nuevo consenso*. Ginebra Suiza: Autor. Recuperado de: https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_220095/lang--es/index.htm
- Ostau, F. R. (2015). *El derecho internacional laboral*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia.
- Ostau, F. R. (2017). *La libertad Sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia
- Ramírez. G. (2017). *Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia.
- Rodríguez, R. (2017). *Estudios sobre Seguridad Social (5ª ed.)*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.

Santana, M. V. (2012). *La seguridad Social en Colombia: Un derecho fundamental*. Medellín, Colombia: Ediciones Unaula.

Valero, O. M. (2016). *Régimen de Pensiones en las convenciones colectivas de trabajo*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Católica de Colombia.

Jurisprudenciales:

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, expediente D-1606. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-662 del 24 de agosto de 2012, expediente T-3.447.341. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-795, del 4 de noviembre de 2009, expediente D-7725. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-897 del 31 de octubre de 2012, expedientes T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-320, del 21 de junio de 2016, expediente T-5.187.233. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-317, del 12 de mayo de 2017, expediente T-5.921.558. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-638, del 16 de noviembre de 2016, expediente: T-5.671.111. Magistrado Ponente: Jover Iván Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-229, del 20 de abril de 2017, expediente T-5875845. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 327 del 15 de mayo de 2017, expediente T-5.889.357. Magistrado Ponente: Iván Humberto Encrucería Mayolo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-230 del 14 de junio de 2018, expediente T-6.469.463. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, Colombia.