

Sentencia T-162/10

ACCION DE TUTELA PARA ASEGURAR MEDIDAS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA-Procedencia

ACCIONES AFIRMATIVAS-Definición

ACCIONES AFIRMATIVAS-Protección especial a las madres cabeza de familia

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Alcance de la expresión soltera o casada

PROCESO DE REESTRUCTURACION-Alcance

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección al grupo familiar que de ella depende

LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA-Aplicación de la garantía de estabilidad laboral reforzada a madre cabeza de familia

ACCION DE TUTELA-Orden de reintegro al cargo que ocupaba al momento de la desvinculación y hasta cuando ocurra el último acto de liquidación de la entidad

Referencia: expediente T-2438517

Acción de tutela interpuesta por Rosemary Pardo Reina contra la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P., en liquidación.

Magistrado Ponente:
Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., ocho (08) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, en la acción de tutela instaurada por la señora Rosemary Pardo Reina contra la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación.

I. ANTECEDENTES.

La señora Rosemary Pardo Reina interpone acción de tutela en contra de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad reforzada, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a los derechos fundamentales del menor. En consecuencia, solicita se ordene a la entidad demandada su reintegro en las mismas condiciones salariales y prestacionales que tenía antes de su desvinculación. Para fundamentar su solicitud la accionante relata los siguientes:

1. Hechos.

1.1. Sostiene la actora que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución número SSPD 20091300007455 del 25 de marzo de 2009, ordenó la liquidación de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-. Agrega que, como consecuencia de la anterior medida, el 26 de marzo de 2009 la fuerza pública invadió de forma intempestiva las instalaciones de la entidad impidiendo el acceso de los trabajadores y causando un perjuicio inminente a toda la comunidad laboral al haberlos dejado sin seguridad social y sin ninguna protección por parte del Estado.

1.2. Manifiesta que estuvo vinculada a la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- desde el 28 de marzo de 1988 hasta el 25 de marzo de 2009 y que el último cargo que desempeñó fue el de Secretaria Ejecutiva.

1.3. Afirma que su familia está conformada por su hija Ana Valentina Cocuy Pardo, quien, tal y como lo expuso en declaración extrajuicio allegada a la entidad accionada, está bajo su responsabilidad económica, afectiva y social, pues el padre de la menor, Víctor Manuel Cocuy Ocampo, nunca ha respondido por ella.

1.4. Indica que su condición de madre cabeza de familia fue acreditada con anterioridad a la entrada en liquidación de la entidad demandada en virtud de diferentes trámites realizados durante su relación laboral, tales como *“actualizaciones de datos para hoja de vida y solicitud de afiliación a la Caja de Compensación Familiar”*.

1.5. Asevera que los derechos fundamentales de su menor hija están siendo vulnerados, toda vez que desde cuando fue desvinculada de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, se encuentra totalmente desprotegida *“al no contar ni siquiera con la atención en salud, la cual fue suspendida a partir del 26 de abril del 2009”*.

1.6. Narra que el 13 de abril de 2009 solicitó a la liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- su inclusión como madre cabeza de familia, petición que fue resuelta por dicha entidad mediante Resolución número 045 del 13 de mayo de 2009, en la cual se le informó que se aplazaba la decisión de su inclusión y se le solicitó aportar declaración extrajuicio en la que informara cuál era la profesión del señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo, si el mismo estaba pensionado, si había adelantado demanda de alimentos contra el padre de su menor hija, entre otros.

1.7. Aduce que para dar respuesta a las solicitudes realizadas en la Resolución número 045 del 13 de mayo de 2009 y con el propósito de demostrar su condición de madre cabeza de familia, allegó ante la entidad accionada certificaciones expedidas por Coomeva E.P.S., *“CAIP Hogar Infantil Amiguitos del I.C.B.F.”* y por el Colegio el Amparo.

1.8. Relata que la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, mediante resolución número 00451 del 11 de junio de 2009, rechazó definitivamente su solicitud del 13 de abril de 2009 por considerar que, al ser el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo abogado, *“se entiende que no es una persona discapacitada ni física ni moralmente y por ende conforme a la ley se presupone que tiene la mínima capacidad para aportar en algo a la manutención de la menor”*.

1.9. Expone la actora que la entidad accionada no tuvo en cuenta para tomar la anterior decisión las declaraciones extraprocesales que ella aportó. Aclara que desde el año 2001 el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo se ha sustraído al cumplimiento de sus obligaciones como padre, a tal punto que ni siquiera visita o llama a su hija, razón por la cual ha sido ella quien ha asumido en su integridad su manutención y cuidado.

1.10. Refiere que desconoce el domicilio y actividades del señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo. Sin embargo, con el propósito de obtener ayuda para la manutención de su pequeña hija y teniendo en cuenta que las últimas noticias que había tenido de él era que estaba desaparecido (huyendo) por problemas judiciales, procedió a consultar la página web de la Rama Judicial encontrando que el señor no está registrado como abogado. Adiciona que, tal y como se puede verificar en la misma página web, el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo actualmente está vinculado a dos procesos judiciales, el primero de ellos en el Juzgado 14 Penal del Circuito por el delito de falsedad material en documento público, radicado bajo el número 760013104014200100272, dentro del cual fue condenado, y el segundo por el

delito de estafa “*radicado a partida número 760011281001200801507 en el cual aún no se ha proferido fallo*”.

1.11. Finalmente señala que no incurrió en una invención cuando expuso “*en la primera declaración que el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo era abogado, pues estaba plenamente convencida de ello, por demás desde hace mucho tiempo desconoce su sitio de residencia por lo que le ha sido imposible su ubicación, lo cual haría inútil una demanda de alimentos por la imposibilidad de su comparecencia a un proceso y máxime cuando no es una persona con un empleo estable*”.

2. Respuesta de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación.

La apoderada especial de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, dio respuesta a la acción de amparo oponiéndose a su prosperidad, bajo los siguientes argumentos:

Manifiesta que la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- entró en liquidación mediante Resolución número 20091300007455 de fecha 25 de marzo de 2009 proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Agrega que, como consecuencia de ello y de acuerdo con lo establecido en el literal f, artículo 47, del Decreto 2127 de 1945, el estado de liquidación de la empresa configura un modo de terminación de los contratos de trabajo, razón por la cual el vínculo laboral de los trabajadores oficiales terminó a partir del día 26 de marzo de 2009. Por tal motivo la entidad procedió a desvincular a todos los trabajadores oficiales exceptuando aquellos con garantía de fuero sindical, los calificados con discapacidad laboral por la autoridad competente y los que cumplían con requisitos para acceder a la pensión legal.

Afirma que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades frente a la aplicación del retén social en entidades en liquidación, especialmente en la sentencia T-768 de 2005, en la cual sostuvo: (i) que el retén social no procede en el caso de liquidaciones obligatorias y (ii) que dentro de dichos procesos “*existe una protección laboral reforzada para las madres (hoy concepto adecuado a mujeres) y padre cabeza de familia, que hayan acreditado esa calidad ante la entidad empleadora*”.

Refiere que en el momento en que la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- entró en liquidación no tenía reporte de personas que hubieran argumentado o acreditado la calidad de mujer o padre cabeza de familia. No obstante, con el objetivo de establecer la posible existencia de “*ex trabajadores que calificaran en ese grupo*”, la liquidadora, de acuerdo al concepto y consejo de la asesora laboral externa, sin mediar solicitud por parte de la organización sindical, de abogados o de los mismos interesados, emitió un aviso, el cual fue publicado el día 7 de abril de 2009 en la empresa y en un diario local de amplia difusión, para que quien considerara tener dicha calidad

presentara solicitud escrita aportando las pruebas documentales respectivas, dentro de las cuales debía encontrarse una declaración extrajuicio, según modelo previamente publicado.

Expresa que, como respuesta a ese aviso, se recibieron en término y fuera de él múltiples solicitudes. Aclara que, una vez dichas solicitudes fueron analizadas, se concluyó que algunas requerían aclaraciones o complementos, tal y como ocurrió en el caso de la accionante, a quien se le solicitó allegar declaración extrajuicio indicando *“la profesión del señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo, padre de su hija, si está pensionado, si tiene demanda de alimentos contra él, dónde cursa y si se ordenó algún embargo, o si por esa acción está recibiendo dineros”*.

Señala que la accionante dio respuesta a la anterior solicitud aportando declaración extrajuicio en la que manifiesta que el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo tiene la profesión de abogado.

Igualmente asevera que, según las Leyes 82 de 1993 y 1232 de 2008, el requisito *“sine qua non”* para acreditar la condición de mujer o padre cabeza de familia es la *“ausencia total de otra persona, su no presencia física en el hogar, bien sea por abandono, muerte, desaparición o incapacidad”*. En consecuencia y de acuerdo con la documentación aportada por la actora, la entidad demandada concluyó acertadamente que la señora Rosemary Pardo Reina no califica en la categoría de mujer cabeza de familia por cuanto *“no cumple con las circunstancias de hecho ni derecho; es decir, que esta condición se desvirtúa por cuanto el padre de la menor, el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo es abogado, según manifiesta la accionante bajo la gravedad del juramento, por ende se entiende que no es una persona discapacitada ni física ni moralmente y por ende conforme a la ley se presume que tiene la mínima capacidad para aportar en algo a la manutención de la menor, máxime si se tiene en cuenta que es profesional”*.

Sostiene que en los registros de la entidad accionada no existen documentos que acrediten que la señora Rosemary Pardo Reina tenía la calidad de mujer cabeza de familia antes de haberse iniciado el proceso liquidatorio de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- .

Finalmente expone que la actora es una persona activa laboralmente, pues no tiene ninguna imposibilidad física. Además advierte que su representada canceló la liquidación de prestaciones sociales correspondientes a la señora Pardo Reina, lo que *“aminora las consecuencias de la terminación del vínculo laboral, por ende mal puede decirse que su núcleo familiar en la actualidad se encuentra completamente desprotegido”*.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali, mediante sentencia del 15 de julio de 2009, tuteló a favor de la señora Rosemary Pardo Reina los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y móvil, los derechos de los menores y a una vida en condiciones dignas, que considera vulnerados por la liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, ordenándole, como consecuencia, en el término de 48 horas, reintegrar a la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría y cancelarle todos los salarios dejados de devengar desde la desvinculación hasta la fecha en que haga efectivo el reintegro.

Considera el juzgado que la accionante reunió ante la entidad accionada todos los requisitos que exige la Corte Constitucional, especialmente en su sentencia SU-388 de 2005, para ser considerada madre cabeza de familia, y que, sin embargo, esa entidad le negó tal calidad y la desvinculó arbitrariamente de su trabajo con el argumento de que la señora Rosemary Pardo Reina dijo en su declaración ante notario que el padre de su menor hija tiene la profesión de abogado, por lo cual se entiende que no es una persona discapacitada ni física, ni moralmente, y se presume que tiene una capacidad mínima, sin tener en cuenta que de las pruebas y de las afirmaciones de la accionante lo que se deduce es que ésta desconocía donde se encuentra el padre de la menor, quien huye de la justicia, y no es posible dirigir contra él ninguna acción judicial.

Finalmente sostiene el despacho que la liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- desbordó sus facultades legales, no solamente al rechazar la solicitud del reconocimiento del status de madre cabeza de familia de la accionante, sino también *“por que al dar por terminado unilateralmente el contrato laboral de la accionante con fundamento en lo dispuesto en el literal f, artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 ,obró en manifiesta vía de hecho, pues la referida norma lo que dispone es una forma de terminación de los contratos laborales por liquidación definitiva de una empresa y no por el inicio de un proceso liquidatorio como lo pretende la accionada”*.

2. Impugnación.

La apoderada especial de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, impugnó la sentencia de primera instancia con la pretensión de que se revocara en su integridad, y, en su lugar, se declarase improcedente la acción de tutela incoada, reiterando para ello los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregando que la sentencia impugnada es totalmente contraria al espíritu de la jurisprudencia constitucional, por cuanto la accionante no es madre cabeza de familia, porque no hay ausencia total del padre de la menor, quien, por el contrario, en la base de datos del Sistema Único de Seguridad Social aparece afiliado como padre cabeza de familia desde el 28 de mayo de 2009, y que, según la declaración de la accionante ante notario, tiene la profesión de abogado,

aunque después haya afirmado inexplicablemente lo contrario, con el argumento de que se equivocó. Considera que en esas condiciones el padre de la menor tiene capacidad para responder por sus obligaciones, al igual que la madre, quien dice también ser abogada de profesión.

Aclara que, según la jurisprudencia, no es madre cabeza de familia la mujer que no exige al padre el cumplimiento de sus obligaciones, pudiendo hacerlo, como es el caso de la accionante.

Anota la recurrente que la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, no tiene vida jurídica, no está desarrollando su objeto social y no tiene nómina en rigor, porque su planta de personal desapareció y por eso es imposible el reintegro laboral, el cual no se puede reclamar por intermedio de la acción de tutela, que es improcedente para eso, incluso como mecanismo transitorio.

3. Segunda Instancia.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, en providencia del 19 de agosto de 2009, revocó el fallo de primera instancia, para lo cual argumenta que, pese a que la señora Rosemary Pardo Reina es madre cabeza de familia, la acción de tutela es improcedente en este caso, porque la actora dispone, para reclamar la protección de sus derechos, de la acción contencioso administrativa, que es igual o más eficaz que aquella; y porque no puede alegar su propia culpa para derivar efectos jurídicos a su favor.

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN DENTRO DEL EXPEDIENTE.

- Copia de la Resolución número SSPD 20091300007455 del 25 de marzo de 2009, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual se decreta la liquidación de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- (folios 56 a 61).
- Solicitud de la señora Rosemary Pardo Reina dirigida a la Representante Legal y Liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P.-, de fecha 13 de abril de 2009, pidiendo se le reconozca la calidad de madre cabeza de familia y los derechos y efectos jurídicos que tal calidad otorga, acorde con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993 (folio 27).
- Copia del certificado de semanas cotizadas por la afiliada Rosemary Pardo Reina, expedido por Coomeva E.P.S. el 12 de mayo de 2009 (folio 30).
- Copia de la certificación expedida el 13 de mayo de 2009 por CAIP Hogar Infantil Amiguitos ICBF (folio 31).

- Copia de la certificación expedida el 13 de mayo de 2009 por el colegio El Amparo (folio 33).
- Copia de la Resolución número 045 del 13 de mayo de 2009, expedida por la Gerente Liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, por la cual se dispone aplazar la decisión final frente a la solicitud de treinta y dos extrabajadores oficiales por no haber acreditado la prueba documental completa y por ende existir dudas sobre si tenían o no la calidad de mujeres o padres cabeza de familia (folios 63 al 74).
- Copia del acta de declaración bajo juramento para fines extraprocesales número 3394-2009 rendida el 14 de mayo de 2009 por la señora Rosemary Pardo Reina ante el Notario Dieciocho del Circuito de Cali- Encargado (folio 29).
- Escrito dirigido por la señora Rosemary Pardo Reina a la Representante Legal y Liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, de fecha 18 de mayo de 2009, mediante el cual da respuesta a lo solicitado en la Resolución número 045 (folio 28).
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Rosemary Pardo Reina (folio 33).
- Fotocopia del registro civil de nacimiento de Ana Valentina Cocuy Pardo (folio 34)
- Fotocopia de la tarjeta de identidad de Ana Valentina Cocuy Pardo (folio 35).
- Fotocopia del carné de afiliación de Ana Valentina Cocuy Pardo expedido por Coomeva E.P.S. (folio 36).
- Copia de la Resolución número 00451 del 11 de junio de 2009, expedida por la Gerente Liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, por la cual se rechaza la solicitud de veintiocho extrabajadores oficiales, a quienes se había aplazado la decisión final por no cumplir los requisitos de mujeres o padres cabeza de familia (folios 37 al 49).
- Escrito dirigido por la señora Rosemary Pardo Reina a la Representante Legal y Liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, de fecha 18 de junio de 2009 (folios 50 a 51).
- Copia de “*consulta afiliados base de datos única*” del Fondo de Solidaridad y Garantía en salud –FOSYGA-, de fecha 23 de julio de 2009, del afiliado Víctor Manuel Cocuy Ocampo identificado con cédula de ciudadanía 14.983.706 (folio 96).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno, de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar (i) si la accionante reúne los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia y, si ello es así, (ii) si la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, vulneró los derechos fundamentales de la señora Rosemary Pardo Reina, al desvincularla del cargo que ejercía, en virtud del proceso de liquidación forzosa administrativa de dicha entidad.

Para resolver el anterior problema jurídico la Sala estima preciso analizar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con: (i) la procedencia de la acción de tutela para obtener el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia; (ii) la condición constitucional de las madres cabeza de familia como sujetos de especial protección y el desarrollo de acciones afirmativas en su favor; (iii) mecanismos de amparo a favor de las madres cabeza de familia aplicables tanto en los procesos de renovación y modernización de la administración pública como en los de liquidación forzosa administrativa. Con base en ello, la Sala procederá al análisis (iv) del caso concreto para determinar si hay lugar o no a la protección invocada.

3. Procedencia de la acción de tutela para obtener el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado el carácter excepcional de la acción de tutela, por regla general ésta solo resulta procedente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, pues no puede desplazar, ni sustituir, los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico¹.

No obstante, esta Corporación también ha sostenido que esta regla tiene dos excepciones, que se presentan cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa, éste no es

¹ Ver sentencias T-099 de 2008, T-1268 de 2005, T-480 de 1993 y T-106 de 1993, entre muchas otras.

idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales². En relación con este último aspecto, en Sentencia T-1268 de 2005, se indicó:

“Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto”.

Ahora bien, cuando el amparo de los derechos es solicitado por sujetos de especial protección constitucional como consecuencia del estado de debilidad manifiesta en el que se encuentran y del especial amparo que la Constitución Política les brinda, la Corte ha considerado que se debe hacer un examen menos estricto de las reglas de procedencia de la acción de tutela. Al respecto, en Sentencia T-456 de 2004 expuso³:

“(…) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.”

3.2. Esta Corporación ha sostenido de forma reiterada que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para obtener pretensiones derivadas de una relación laboral, pues la competencia de dichos asuntos está radicada en la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativa, según el caso⁴. No obstante lo anterior, esta Corte ha precisado que, a pesar de la existencia de otros medios ordinarios de protección, la acción de tutela resulta procedente para reclamar el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia, *“no sólo porque se trata de un sujeto especial de protección constitucional, sino porque la posible amenaza de los derechos, se extiende a su núcleo familiar dependiente. Esto significa que eventualmente existe la posibilidad de que se configure un perjuicio de carácter irremediable por el hecho del despido, pues las personas a su cargo quedan totalmente desprotegidas y en un estado de indefensión inminente; lo cual hace procedente solicitar una protección a través de la acción de tutela”*⁵.

² Sentencias T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000, entre otras.

³ En igual sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-238 de 2009, T-180 de 2009, T-515A de 2006 y T-789 de 2003.

⁴ Ver sentencias T-178 de 2009, T-768 de 2005 y T-514 de 2003, entre otras.

⁵ Sentencia T-773 de 2005.

4. La condición constitucional de las madres cabeza de familia como sujetos de especial protección y el desarrollo de acciones afirmativas en su favor. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El artículo 13 de la Constitución Política⁶ consagra la obligación del Estado de velar por la igualdad real y efectiva y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. El cumplimiento de estos cometidos constitucionales se materializa en las denominadas acciones afirmativas, respecto de las cuales la jurisprudencia constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse⁷. Sobre su naturaleza, en la sentencia C-371 de 2000 la Corte explicó lo siguiente:

“Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan⁸, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación⁹.”

Entonces, con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas orientadas a favorecer a un grupo de personas, con el propósito de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que lo afectan.

En la Carta, además de la cláusula abierta consagrada en el artículo 13, existen grupos expresamente definidos *“como destinatarios de las mencionadas acciones, uno de los cuales son las mujeres, específicamente las que sean cabeza de familia”*¹⁰. En este sentido el artículo 43 de la Constitución Política señala que *“(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”*.

Es de concluir, entonces, que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supralegal, la cual se desprende de lo dispuesto en los artículos 13 y 43 precitados¹¹. A las anteriores disposiciones se suman los artículos 5 y 44 de la Carta, los cuales establecen la primacía de los derechos inalienables de la persona, al tiempo que amparan a la familia y, de manera especial, a los niños¹².

⁶ La norma en comento establece: *“(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. || El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.

⁷ Sentencias T-1211 de 2008, C-174 de 2004, C-044 de 2004, C-184 de 2003, T-500 de 2002, C-371 de 2000, y C-112 de 2000, entre otras.

⁸ Alfonso Ruiz Miguel, *"Discriminación Inversa e Igualdad"*, en Amelia Varcárcel (compiladora), *El Concepto de Igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

⁹ Greenwalt Kent. *"Discrimination and Reverse Discrimination."* New York: Alfred A. Knopf. 1983. Citado en: Michel Rosenfeld. *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry.* Yale University Press. New York. 1991.

¹⁰ Sentencia T-827 de 2009.

¹¹ Ver sentencias C-044 de 2004, C-964 de 2003 y C-184 de 2003, entre muchas otras.

¹² Ver sentencia T-926 de 2009.

4.2. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación también ha reconocido la difícil situación a la que se enfrentan las mujeres, especialmente en su rol de madres cabeza de familia y la necesidad de ofrecerles algunas prerrogativas, con el propósito de hacer más llevadera la difícil tarea de asumir en forma solitaria las riendas del hogar¹³. En este sentido, por ejemplo, en la Sentencia C-184 de 2003 la Corte señaló lo siguiente:

“3.2.2. Como se indicó, uno de los roles que culturalmente se impuso a la mujer fue el de ‘encargada del hogar’ como una consecuencia del ser ‘madre’, de tal suerte que era educada y formada para desempeñar las tareas del hogar, encargarse de los hijos y velar por aquellas personas dependientes, como los ancianos. Sin desconocer la importancia que juega toda mujer, al igual que todo hombre, dentro de su hogar, el constituyente de 1991 quiso equilibrar las cargas al interior de la familia, tanto en las relaciones de poder intrafamiliar, como en cuanto a los deberes y las obligaciones de las que cada uno es titular.

Suponer que el hecho de la ‘maternidad’ implica que la mujer debe desempeñar ciertas funciones en la familia, ha llevado, por ejemplo, a que tengan que soportar dobles jornadas laborales: una durante el día como cualquier otro trabajador y otra en la noche y en sus ratos libres, desempeñando las labores propias de la vida doméstica. Esta imagen cultural respecto a cuál es el papel que debe desempeñar la mujer dentro de la familia y a cuál ‘no’ es el papel del hombre respecto de los hijos, sumada al incremento de separaciones, así como al número creciente de familias sin padre por cuenta del conflicto armado y la violencia generalizada, trajo como consecuencia que una cantidad considerable de grupos familiares tuvieran una mujer como cabeza del mismo.
(...)

El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.”

4.3. En desarrollo del mandato constitucional establecido en los artículos 13 y 43 el Congreso de la República expidió la Ley 82 de 1993¹⁴, mediante la cual se definió el concepto de mujer cabeza de familia y se consagraron algunas medidas concretas de protección. Las medidas de apoyo establecidas en esta ley a favor de la mujer cabeza de familia son de diversa índole, entre ellas pueden citarse las siguientes: *“la adopción de reglamentos que garanticen su ingreso a la seguridad social (art. 4°), el aseguramiento a sus hijos del acceso a textos escolares (art. 5°), la creación de programas de capacitación gratuita (art. 8°) o la fijación de estímulos para que el sector privado cree programas especiales para las mujeres cabeza de familia (art. 10)”*¹⁵.

¹³ Ver sentencias T-926 de 2009 y SU-388 de 2005.

¹⁴ Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

¹⁵ Ver Sentencia C-184 de 2003.

En cuanto a la definición del concepto de “*mujer cabeza de familia*”, el inciso 2° del artículo 2 de dicha norma, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, dispone:

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

4.4. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección especial de que gozan las madres cabeza de familia emana tanto del articulado de la Carta como de su “*condición especial, concretada en su responsabilidad individual y solitaria en frente del hogar y como única fuente capaz de derivar el sustento diario de todos sus miembros*”¹⁶. Conforme a ello y teniendo en cuenta su definición legal, esta Corporación ha precisado que no toda mujer, por el hecho de serlo, ostenta la calidad de madre cabeza de familia, pues para tener tal condición es necesario “*(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar*”¹⁷.

De igual forma, la Corte ha aclarado que el desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que esta pueda resultar, no significa *per se* que una madre adquiera la condición de cabeza de familia, toda vez que para ello es indispensable el **total abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; es decir, debe existir un incumplimiento absoluto y permanente de las obligaciones inherentes a esta condición**¹⁸. Todo ello sin olvidar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social¹⁹. En ese orden de ideas, debido a la existencia de otras formas de colaboración en el hogar, la carencia de un ingreso económico fijo de una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia²⁰.

¹⁶ Véase, entre otras, sentencias T-1211 de 2008, T-356 de 2006 y T-1183 de 2005.

¹⁷ Sentencia SU-388 de 2005.

¹⁸ Ver Sentencia T-1211 de 2008 y T-834 de 2005.

¹⁹ Sentencia T-494 de 1992.

²⁰ Sentencia T-1211 de 2008.

Asimismo, esta Corporación ha indicado que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, sino de las circunstancias materiales que la configuran. Así lo sostuvo en la Sentencia C-034 de 1999, al señalar que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Dijo entonces:

“Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia puede constituirse o en virtud del matrimonio ‘o por la voluntad responsable de conformarla’ por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir ‘por vínculos naturales o jurídicos’, razón ésta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como ‘cabeza de familia’ su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella ‘tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar’, lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un compañero permanente.”

En el mismo sentido esta Corte ha manifestado que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993 no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto²¹.

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que las “acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución se diferencian de la ‘especial protección’ que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”²².

5. Los mecanismos de amparo a favor de las madres cabeza de familia son aplicables tanto en los procesos de renovación y modernización de la administración pública como en los de liquidación forzosa administrativa. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En orden a desarrollar este punto corresponde valorar aspectos generales relacionados con los procesos de renovación administrativa. El artículo 209 de la Constitución Política, señala que la administración pública está al servicio del interés general y se orienta por los principios de igualdad, eficacia y economía, entre otros. Bajo esta óptica las autoridades administrativas deben

²¹ Sentencia C-184 de 2003.

²² Sentencia T-1211 de 2008.

propender por el cumplimiento de los fines del Estado, dando un manejo eficiente de los recursos públicos. Uno de los mecanismos por medio de los cuales la administración hace frente a las exigencias que se presentan en el cumplimiento de dichos fines son los procesos de reforma institucional.

Aunque es claro que los procesos de reestructuración son necesarios y persiguen fines constitucionalmente admisibles, su ejecución suele generar efectos en la sociedad, haciéndose imperioso que las autoridades obren diligentemente en su diseño y desarrollo y así no vulnerar los derechos de los sectores involucrados en el proceso, en especial aquellos que se originan en el contexto laboral. Al respecto y concretamente en lo relacionado con las modificaciones de las plantas de personal en el marco de los procesos de reestructuración, esta Corporación en sentencia T-512 de 2001 expuso:

“La estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inalterables. Las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, factores económicos, son, entre muchas, razones por las cuales en algunas ocasiones resulta necesario proceder a reestructurar entidades públicas.

La Corte ha señalado que tales procesos no pueden realizarse de manera libre, sino que a las autoridades les asiste el deber de respetar ciertos parámetros. Entre ellos, se ha destacado la necesidad de respetar y proteger los derechos de los trabajadores. (...)

En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).”²³

Ahora bien, existe un grupo de trabajadores que, por sus especiales características, están en una situación vulnerable dentro del mercado laboral y que por lo tanto son más susceptibles de resultar perjudicados en mayor grado dentro de los procesos de reestructuración que involucren supresión de cargos. Siguiendo los parámetros establecidos por los artículos 13, 43, 46 y 47 de la Constitución, la ley y la jurisprudencia han considerado importante dar una especial protección a estas personas para quienes una indemnización en esas circunstancias resulta insuficiente²⁴.

En efecto, la Ley 790 de 2002 se expidió dentro del marco de la renovación administrativa, con el objetivo de modernizar la estructura de la administración pública. Previendo la reducción de plantas de personal que el desarrollo de ello implicaría, la norma incorporó mecanismos para proteger a aquellos trabajadores que por su especial condición pudiesen resultar perjudicados. La protección ofrecida se concretó a favor de i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación

²³ Sentencia T-512 de 2001.

²⁴ Sentencia T-1052 de 2007.

física, mental, visual o auditiva y iii) las personas próximas a pensionarse. El texto de la disposición pertinente es el siguiente:

“ARTÍCULO 12. 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.”

La Corte, en la sentencia C-1039 de 2003 precisó que en este caso *“más allá de la protección que se le otorga a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños”*, razón por la cual declaró la exequibilidad condicionada de la expresión *“las madres”* del artículo 12 precitado, *“en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”*.

La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que no puede predicarse válidamente que la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 a favor de las madres cabeza de familia dependa de la pertenencia al plan de renovación de la administración pública, pues la misma es una garantía constitucional autónoma. Al respecto, la Corte indicó en sentencia T-768 de 2005:

“Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.”

5.2. Por otra parte, el artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²⁵ señala la naturaleza y el objeto de los procesos de liquidación forzosa administrativa en los siguientes términos:

“El proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido

²⁵ Disposición aplicable a la liquidación de las Empresas de Servicios Públicos, por expresa remisión contenida en artículo 121 de la Ley 142 de 1994.

del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.”

La jurisprudencia constitucional, al referirse a la naturaleza y características propias de los procesos de liquidación forzosa administrativa, ha precisado que son procesos concursales y universales, que tienen por finalidad esencial *“la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo, incluyendo, como es lógico, las prestaciones de orden laboral con la correspondiente prelación de créditos, a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores (...) se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial”*²⁶.

El artículo 117, literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone que *“los derechos laborales de los trabajadores gozarán de la correspondiente protección legal, en los procesos de liquidación”*. De igual forma, el numeral 9° del artículo 295 de dicho estatuto establece las facultades y deberes del liquidador, advirtiendo específicamente que puede dar *“por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, y conservar o contratar los que sean necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación”*.

El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 510 de 1999²⁷, expidió el Decreto 2211 de 2004²⁸. El artículo 22 de dicho decreto establece que el liquidador cuenta con la facultad de poner *“fin unilateralmente a los contratos de cualquier índole existentes al momento de la adopción de la medida que no sean necesarios para la liquidación de la institución”*. Sin embargo, el párrafo de la misma norma aclara que, *“en el proceso de toma de posesión y liquidación, los derechos laborales de los trabajadores gozan de la correspondiente protección legal y la nómina continuará pagándose normalmente, en la medida en que los recursos de la entidad lo permitan”*.

De las normas en cita se advierte que los derechos de los trabajadores no pueden desconocerse en los procesos de liquidación forzosa administrativa. Lo anterior toma mayor relevancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como las madres cabeza de familia, quienes derivan su especial protección no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, sino también del artículo 43 *ibidem*²⁹. Así lo

²⁶ Ver sentencia T-768 de 2005.

²⁷ Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.

²⁸ Por medio del cual se determina el procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa.

²⁹ Sentencia T-926 de 2009.

precisó esta Corporación en la sentencia T-768 de 2005 al extender el ámbito de aplicación de la Ley 790 de 2002 a los procesos de liquidación forzosa administrativa. En dicha oportunidad la Corte sostuvo:

“Aunque en ambos escenarios la supresión de empleos y el consecuente retiro de trabajadores responde a causas jurídicas distintas, la garantía de estabilidad laboral reforzada para aquellas personas de especial protección constitucional esta igualmente llamada a ser aplicada en los casos de liquidación forzosa administrativa. Teniendo en cuenta que se trata de un derecho que deriva su existencia directamente del mandato constitucional, resulta apenas lógico que las garantías previstas para las personas discapacitadas, las madres y, por extensión, los padres cabeza de familia, sean aplicadas de igual forma tanto en los procesos de reestructuración administrativa como en los de liquidación forzosa.

Así, pues, en los procesos de liquidación forzosa administrativa, en donde resulte como consecuencia la supresión de empleos, deberá respetarse, en todo caso la protección laboral reforzada de las madres cabeza de familia y discapacitados, como quiera que ésta debe su razón de ser a expreso mandato constitucional.”

5.3. De lo anterior se concluye que (i) la naturaleza de la protección laboral reforzada atribuida a las madres cabeza de familia no tiene un origen legislativo, sino que es desarrollo de expresos mandatos constitucionales. En consecuencia, (ii) a pesar de que en los procesos de liquidación forzosa administrativa no existe una norma específica que proteja a las madres cabeza de familia, al menos durante el tiempo que dure ese trámite, deberá respetarse, en todo caso, la protección laboral reforzada de este grupo de personas³⁰.

6. Análisis del caso concreto.

Teniendo en cuenta las consideraciones que se han hecho a lo largo de esta providencia y las pruebas que obran en el expediente, la Sala procede a establecer si la accionante reúne los requisitos para ser calificada como madre cabeza de familia, y, de ser así, si la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, le está vulnerando sus derechos fundamentales, al desvincularla del cargo que venía desempeñando, en desarrollo del proceso de liquidación forzosa administrativa de dicha entidad.

6.1. En primer lugar se constata que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, previa toma de posesión y adopción de un plan de salvamento, mediante Resolución número 20091300007455 del 25 de marzo de 2009, con fundamento en la Ley 142 de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 510 de 1999 y en los Decretos 2211 de 2004 y 990 de 2002, por considerar que era inviable financiera y técnicamente a corto y largo plazo, ordenó la liquidación de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, para lo cual señaló un plazo de 2 años contados a partir de la publicación de dicha resolución.

³⁰ Ibidem.

Rosemary Pardo Reina afirma en la acción de tutela que venía trabajando en la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- desde el 28 de marzo de 1998 y que el 26 de marzo de 2009 quedó cesante en el cargo de secretaria ejecutiva, porque las instalaciones de la entidad demandada fueron invadidas intempestivamente por la fuerza pública, impidiendo el acceso de los trabajadores.

Por su parte, la apoderada especial de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, al contestar la demanda acepta que todos los trabajadores oficiales fueron desvinculados a partir del 26 de marzo de 2009, a excepción de los amparados con fuero sindical, los calificados por la autoridad competente con discapacidad y los que reunían requisitos legales para pensión de jubilación³¹.

Esto significa que Rosemary Pardo Reina efectivamente fue desvinculada del cargo de secretaria ejecutiva por la entidad accionada en forma unilateral y como consecuencia de la liquidación forzosa administrativa de la entidad.

6.2. Ahora bien, la apoderada especial de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, también acepta que esa entidad, de manera unilateral y sin petición de nadie, resolvió emitir, el 7 de abril de 2009, un aviso público para que los extrabajadores interesados solicitaran por escrito el reconocimiento como padres y madres cabeza de familia, acompañando las pruebas de esa condición, entre ellas una declaración extrajuicio, reconocimiento que le fue negado a la accionante porque ésta dijo que el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo, padre de su menor hija, es abogado de profesión, por lo cual *“se entiende que no es una persona discapacitada ni física ni moralmente y por ende conforme a la ley se presume que tiene la mínima capacidad para aportar en algo a la manutención de la menor”*³². Añade que la misma accionante ha manifestado que no ha intentado demandar al padre de su hija para reclamarle alimentos y que ella misma es abogada, *“profesión que le permite desempeñarse de manera independiente”*³³.

Acerca del mismo tema la señora Rosemary Pardo Reina expresa que el 13 de abril de 2009 solicitó a la liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- ser incluida como madre cabeza de familia, teniendo en cuenta los requisitos que había allegado con anterioridad, y que la liquidadora, por medio de la Resolución número 045 del 13 de mayo de 2009, aplazó la decisión y le ordenó aportar una declaración extrajuicio, especificando la profesión del padre de su hija, si era pensionado, si lo había demandado por alimentos con embargo de bienes y si aportaba dinero, la cual anexó con certificaciones de estudio y afiliación a salud de su hija Ana Valentina. Aclara que la liquidadora, por medio de la Resolución número 00451 del 11 de junio de 2009, le negó la inclusión como madre cabeza de

³¹ Folio 63.

³² Folio 71.

³³ Folio 89.

familia y aporta copia de las mencionadas resoluciones y de la petición de reconocimiento como madre cabeza de familia.

En efecto, obra la copia del escrito de fecha 13 de abril de 2009, dirigido por la señora Rosemary Pardo Reina a la liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, por medio del cual le solicita el reconocimiento de la calidad de madre cabeza de familia y de los derechos derivados de ella, anunciando que anexa las pruebas que demuestran esa condición³⁴.

Se aprecia copia de la Resolución número 045 del 14 de mayo de 2009, por medio de la cual la representante legal y liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- aplazó la decisión final frente a la solicitud de inclusión como madre cabeza de familia, entre otras personas, de la señora Rosemary Pardo Reina, y le concedió un plazo improrrogable de 5 días hábiles para allegar una declaración extrajuicio, informando *“cuál es la profesión del señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo, padre de su hija, si está pensionado, si tiene demanda de alimentos contra él, dónde cursa y si se ordenó algún embargo, o si por esa acción está recibiendo dineros. Si en su declaración falta algún dato su solicitud será rechazada definitivamente”*. Esa resolución precisa que la solicitante había anexado otra declaración extrajuicio y copia del registro civil de nacimiento de la menor Ana Valentina Cocuy Pardo.

Se cuenta también con la copia del acta de declaración juramentada con fines extraprocesales, rendida por la señora Rosemary Pardo Reina, de profesión abogada, el 14 de mayo de 2009, ante la Notaría Dieciocho de Cali, en la cual afirma que el padre de su hija es el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo, abogado de profesión, que desconoce si es pensionado, que no recibe dinero de él, que nunca lo ha demandado por alimentos, ni le ha embargado bienes, que es madre cabeza de familia y la encargada de pagar la alimentación, la educación, el vestido, la recreación y el transporte de su menor hija Ana Valentina Cocuy Pardo³⁵.

Existe en el proceso la copia de la Resolución número 00451 del 11 de junio de 2009, a través de la cual la representante legal y liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- rechazó definitivamente a la señora Rosemary Pardo Reina, entre otras personas, la solicitud de ser calificada como madre cabeza de familia, argumentando que como la accionante allegó ***“declaración extrajuicio, en la cual confiesa que el padre de la menor tiene como profesión abogado, (...) no puede predicarse la calidad de madre cabeza de familia ya que el padre de la menor, no es una persona discapacitada ni física ni moralmente y por ende conforme a la ley se presume que tiene la mínima capacidad para aportar en algo a la manutención del menor, máxime si se tiene en cuenta que la***

³⁴ Folio 27.

³⁵ Folio 29.

profesión es de abogado, debiendo en consecuencia actuar para ejercer el derecho de la menor³⁶.

Aquí es preciso señalar que la Sala no comparte el argumento dado por la entidad para negar la petición de la actora, pues la condición de abogado no determina la capacidad laboral, ya que un profesional de esa clase puede estar, como cualquier persona, en condiciones de trabajar o no; y que lo que exigen realmente el inciso 2° del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, así como la jurisprudencia constitucional ya analizada, es que una mujer tiene la calidad de madre cabeza de familia cuando, siendo *“soltera o casada, ejerce la jefatura femenina del hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica y socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya se por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”*. Y más que la ausencia del padre, lo que ha de tenerse en cuenta es que se sustraiga al cumplimiento de sus obligaciones. Precisamente la señora Rosemary Pardo Reina en su declaración extrajuicio insiste en que es la única persona que sostiene a su hija en alimentación, vestuario, educación, recreación y transporte, porque el padre no le aporta dinero y desconoce si es pensionado o no. De lo cual se infiere que tampoco recibe colaboración de otros familiares para el sostenimiento de la niña. Afirmaciones que encuentran apoyo en los siguientes documentos allegados por la accionante: constancia expedida por Coomeva E.P.S. en la que se certifica que Ana Valentina Cocuy Pardo y Rosemary Pardo Reina estuvieron afiliadas en salud en esta entidad, esta última en calidad de madre cabeza de familia, desde el 30 de junio de 2001 al 26 de marzo de 2009³⁷; certificaciones en las que se verifica que la accionante, como representante legal y acudiente de la menor Ana Valentina Cocuy Pardo, canceló sus gastos educativos en el Hogar Infantil Amiguitos ICBF desde el 10 de julio de 2000 hasta el 29 de junio de 2003³⁸; e igualmente en el colegio El Amparo del año 2003 al 2009³⁹. Elementos probatorios que en ningún momento fueron desvirtuados por la entidad accionada.

Ahora bien, la apoderada especial de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.- pretende acreditar la capacidad económica del señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo con el informe de la *“consulta afiliados base de datos única”* del Fondo de Solidaridad y Garantía en salud -FOSYGA-, de fecha 23 de julio de 2009, correspondiente al señor Cocuy Ocampo, por cuanto allí aparece afiliado a salud desde el 28 de mayo de 2009. Sin embargo, esa afiliación es al régimen subsidiado y en la E.S.E. EMSSANAR del departamento de Nariño⁴⁰. Lo que quiere decir que no cuenta con los recursos económicos para afiliarse al régimen de salud

³⁶ Folio 39.

³⁷ Folio 30.

³⁸ Folio 31.

³⁹ Folio 32.

⁴⁰ Folio 96.

contributivo y que no reside en Calí, donde vive su menor hija Ana Valentina, sino en el departamento de Nariño. Sobre este último punto la Corte, en sentencia T-1080 de 2006, precisó que cuando el padre del menor reside en una ciudad distinta se infiere que: (i) se ha presentado una ausencia de la figura paterna y (ii) *“la responsabilidad por cubrir las necesidades tanto económicas como emocionales”* del niño recae de manera primaria y permanente sobre la madre.

Lo anterior permite concluir que no hay ninguna prueba dentro del expediente de la cual pueda derivarse que exista una responsabilidad compartida en el sostenimiento y cuidado de la menor Ana Valentina Cocuy Pardo, pues los argumentos dados por la entidad demandada para negar la solicitud de la señora Rosemary Pardo Reina no tienen la fuerza suficiente para desvirtuar el hecho de que la accionante es quien ha velado por cubrir las necesidades fundamentales de su hija.

6.3. No cabe duda, entonces, que para el 26 de marzo de 2009, fecha en que la señora Rosemary Pardo Reina fue despedida del cargo de secretaria ejecutiva que desempeñaba en la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación, efectivamente reunía los requisitos para ser reconocida como madre cabeza de familia, con derecho a estabilidad laboral reforzada en los términos anteriormente señalados, pues tenía bajo su responsabilidad exclusiva el cuidado y sostenimiento de su menor hija Ana Valentina Cocuy Pardo, nacida el 8 de octubre de 1998⁴¹, porque su padre se había sustraído totalmente de sus obligaciones y no contaba con ninguna ayuda de los otros miembros de su núcleo familiar.

Por consiguiente, la entidad accionada le está vulnerando los derechos fundamentales al trabajo y a la vida digna, ya que, según la jurisprudencia atrás reseñada, la garantía de estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia también es aplicable tratándose de procesos de liquidación forzosa administrativa. En este punto se reitera que *“no puede predicarse válidamente que la protección laboral de tales sujetos dependa de la pertenencia al plan de renovación de la administración pública, pues la estabilidad laboral reforzada de la que es titular una mujer en estas especiales circunstancias, es una garantía constitucional autónoma que impone, en virtud de la eficacia normativa del Texto Superior, deberes ciertos para la entidad liquidadora, que debe adoptar las medidas necesarias que armonicen el proceso liquidatorio con las acciones afirmativas, para el caso consistentes en una especial protección en su estabilidad laboral, de la que es titular la accionante, por su especial condición de madre cabeza de familia, a fin de brindar una adecuada garantía, así sea de manera temporal, mientras la empresa es liquidada definitivamente”*⁴².

⁴¹ Folio 34.

⁴² Sentencia T-926 de 2009.

6.4. Por otra parte, si bien es cierto, como ya se mencionó, que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la acción de tutela es improcedente para reclamar derechos surgidos de una relación laboral y específicamente para ordenar el reintegro laboral, también lo es que la misma jurisprudencia justifica el ejercicio de dicha acción cuando se trata de proteger la garantía de la estabilidad laboral reforzada de personas especialmente protegidas por la constitución, como es el caso de las madres cabeza de familia desvinculadas arbitrariamente de su trabajo, tal como le ha ocurrido a la señora Rosemary Pardo Reina. Más aún cuando están de por medio también los derechos de la menor Ana Valentina Cocuy Pardo.

6.5. Siendo así las cosas, el fallo que se revisa debe ser revocado y, en su lugar, han de tutelarse los derechos fundamentales de la accionante, ordenando a la vez su reintegro al mismo cargo o a uno equivalente donde pueda seguir devengando igual asignación salarial a la que recibía en el momento de su desvinculación. Además, la entidad accionada deberá pagar los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, los salarios y las prestaciones sociales, causados desde el 26 de marzo de 2009 hasta cuando tenga lugar el reintegro laboral. Ello, realizando el cruce de cuentas y compensaciones a que haya lugar en caso de que la accionante hubiese recibido efectivamente indemnización al momento de su despido, siempre que ella quiera ser reintegrada, hasta la liquidación definitiva de la entidad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, de fecha 19 de agosto de 2009, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Rosemary Pardo Reina contra la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P.-, en liquidación. En su lugar, **CONCEDER**, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y vida digna de la accionante.

SEGUNDO.- ORDENAR al liquidador de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P.- que, dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, reintegre a la señora Rosemary Pardo Reina, si ella está de acuerdo, al mismo cargo o uno donde pueda seguir devengando igual asignación salarial a la que recibía en el momento de su desvinculación y hasta cuando ocurra el último acto de liquidación de la entidad.

TERCERO.- ORDENAR al liquidador de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P.- que, dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, pague a favor de la señora Rosemary Pardo Reina los aportes a seguridad social correspondientes a salud y pensión, los salarios y las prestaciones sociales, causadas desde el 26 de marzo de 2009 hasta cuando tenga lugar el reintegro laboral. Ello, realizando el cruce de cuentas y compensaciones a que haya lugar en caso de que la accionante hubiese recibido efectivamente indemnización al momento de su desvinculación, siempre que ella quiera ser reintegrada, hasta la liquidación definitiva de la entidad.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

