

CIRCULAR No. 21

30 NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial Corporación Social de Cundinamarca.

Para: Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en procesos de reestructuración y liquidación de entidades del orden departamental.

Fecha: 30 de Noviembre de 2020

1.- COMPETENCIA Y ALCANCE

1.1. Marco de competencia.

Los Decretos: 1716 de 2009 artículo 19 numeral 1° y 1069 de 2015 artículo 2.2.4.3.1.2.5 numeral primero, otorgan competencias al Comité de Conciliación y Defensa Judicial en materia de política de prevención del daño antijurídico; así mismo, el Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del Departamento de Cundinamarca", artículo 3o. Numeral 1o., establece como una de sus funciones formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.

1.2. ALCANCE El Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Departamento de Cundinamarca, en ejercicio de la función de formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico; con el fin de mitigar las demandas y condenas al Departamento de Cundinamarca, considera necesario aprobar y adoptar los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en procesos de reestructuración y liquidación de entidades del orden Estatal y de la misma forma esta Corporación adoptará los mismo lineamientos a través de la presente circular

Sobre el particular conviene precisar que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a partir de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la responsabilidad estatal frente a los daños antijurídicos que se ocasionan a los trabajadores de una entidad pública en procesos de reestructuración y liquidación, identificó los distintos factores que inciden en la producción del mismo, como el despido ilegal de trabajadores que tienen una protección constitucional reforzada, esto es, madres y padres cabeza de familia, personas con discapacidad, personas próximas a pensionarse, trabajadores aforados y trabajadores en carrera administrativa.

A juicio de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la identificación sistematizada de las causas o prácticas defectuosas que generan reiteradas y cuantiosas condenas en contra del Estado, facilita la adopción de acciones de corrección y mejora dirigidas a evitar afectaciones de derechos a los administrados y, con ello, reducir su impacto en el patrimonio público. Complementariamente, en la presente Circular se presentan lineamientos para la conciliación temprana y la defensa judicial en la misma materia.

2. PRINCIPALES FALENCIAS QUE GENERAN DAÑO ANTIJURÍDICO EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS.

2.1. De conformidad con la línea jurisprudencial a que se ha hecho referencia, las principales causas que han contribuido a generar responsabilidad patrimonial por parte del Estado en procesos de liquidación o reestructuración de entidades públicas, son las siguientes:

Respecto de los trabajadores con fuero sindical

2.1.1. El incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones que emanan de las convenciones colectivas, como puede ser el pago de las primas extralegales allí convenidas.

2.1.2. La indebida motivación de la justa causa que se aduce para solicitar a la autoridad judicial el levantamiento del fuero sindical del trabajador aforado que requiere ser despedido.

2.1.3. La configuración de una conducta antisindical, esto es, una acción tendiente a afectar el derecho de asociación sindical, como por ejemplo, el despido masivo únicamente de trabajadores sindicalizados.

2.1.4. El desconocimiento de las garantías propias del fuero sindical, como los permisos sindicales a que tienen derecho los trabajadores aforados, o el deber de las entidades públicas de solicitar autorización judicial, a través del proceso de levantamiento de fuero sindical.

2.1.5. El incumplimiento del deber de adelantar un proceso ordinario laboral cuando, debido a la culminación del proceso liquidatorio, resulta física y jurídicamente imposible cumplir la orden de reintegro del trabajador aforado emanada de autoridad judicial.

Respecto de los trabajadores en carrera administrativa

2.1.6. El incumplimiento por parte del empleador del deber de incorporar a los trabajadores que ocupan cargos de carrera administrativa en empleos iguales o equivalentes en caso de que se cree una nueva planta de personal, y en el evento de que no sea posible, de permitirles optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir una indemnización.

2.1.7. La inobservancia por parte empleador del deber de indicar al trabajador que ocupa un cargo de carrera administrativa, las tres opciones que tiene cuando su cargo va a ser suprimido, esto es, escoger la incorporación, la-reincorporación o la indemnización.

2.1.8. El desconocimiento por parte del empleador del deber de notificar a los trabajadores de carrera administrativa de todos los actos administrativos que profiera y en los que decida sobre los derechos a la incorporación, reincorporación o indemnización, de tal manera que puedan ser controvertidos.

2.1.9. La violación por parte del empleador del deber de reincorporar a las mujeres que se encuentren en estado de embarazo y que ocupen cargos de carrera administrativa a la nueva entidad que se crea para asumir las funciones de la entidad liquidada, y en caso de que esto no suceda, de suspender el pago de los salarios y prestaciones, impidiendo que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

Respecto de los trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa

2.1.10. La inobservancia del deber del empleador de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula de sus cargos a trabajadores en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

2.1.11. El incumplimiento del empleador de cancelar a los trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002 cuando son retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública y cumplan con los requisitos previstos en dicha norma.

Respecto del despido de trabajadores que ostentan la calidad de madres o padres cabeza de familia

2.1.12. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de padre cabeza de familia a un empleado que cumple con los requisitos para ello, por considerar que este beneficio es exclusivo de las madres cabeza de familia.

2.1.13. El incumplimiento del empleador de mantener en sus cargos a las madres y a los padres cabeza de familia hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la entidad como beneficiarios del retén social.

2.1.14. El incumplimiento por parte del empleador, al término de un proceso de liquidación de una entidad pública, de la obligación consistente en adoptar una política de reubicación laboral Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para los trabajadores madres o padres cabeza de familia, de tal manera que, en caso de que se requiera proveer un cargo en otra entidad del Estado, éstos tengan derecho preferencial a ser vinculados en, al menos, las mismas condiciones que tenían en la entidad liquidada.

2.1.15. La inobservancia del empleador de la obligación de reconocer la condición de madre o padre cabeza de familia al trabajador que tiene bajo su cargo personas incapacitadas para trabajar que no son hijos de aquél.

2.1.16. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando quien la alega convive con su cónyuge o compañero/a permanente, pero la presencia de aquél resulta totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que medicamente requieran la presencia de la madre o el padre y por tal razón no puedan trabajar.

2.1.16. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando quien la alega convive con su cónyuge o compañero/a permanente, pero la presencia de aquél resulta totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que medicamente requieran la presencia de la madre o el padre y por tal razón no puedan trabajar.

2.1.17. La inobservancia por parte del empleador del reconocimiento de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando a éste se le adelantan procesos judiciales por el incumplimiento de las obligaciones que tiene con hijos que no están exclusivamente a cargo de la persona que invoca la protección, esto es, no hacen parte del núcleo familiar con el que convive.

2.1.18. El incumplimiento por parte del empleador del reconocimiento de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando el hijo que tiene a cargo el trabajador cumple la mayoría de edad pero se encuentra estudiando, siempre y cuando no sea mayor de 25 años.

Respecto del despido de trabajadores que ostentan la condición de personas con discapacidad

2.1.19. El incumplimiento por parte del empleador del deber de mantener en sus cargos a las personas con discapacidad hasta la liquidación de la entidad como beneficiarios del retén social.

2.1.20. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de discapacidad del trabajador al momento de desvincularlo de su cargo.

2.1.21. La inobservancia del empleador del deber de solicitar un dictamen a la junta calificadora de invalidez, cuando tiene conocimiento de la situación de discapacidad del trabajador, con el objeto de corroborar o desvirtuar dicha condición.

2.1.22. El incumplimiento del empleador del deber de solicitar autorización a la Oficina de Trabajo para despedir a un trabajador con discapacidad.

Respecto de los derechos de trabajadores que ostentan la calidad de prepensionados



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

2.1.23. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de prepensionado del trabajador al momento de desvincularlo de su cargo, omitiendo la obligación de continuar con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de aquél.

2.1.24. La falta de reconocimiento por parte del empleador de la condición de prepensionado de un trabajador, cuyo derecho pensional tiene origen en una convención colectiva de trabajo.

2.1.25. El desconocimiento por parte del empleador del tiempo laborado por el trabajador en calidad de supernumerario, para efectos de decidir sobre su inclusión en el retén social como prepensionado.

2.1.26. La inobservancia por parte del empleador del reconocimiento de la condición de prepensionado a aquellos trabajadores de las E.P.S. que se crearon con motivo de la escisión del I.S.S. -sector salud-, al no admitir que la convención colectiva suscrita cuando aún eran trabajadores del I.S.S. es fuente de derechos adquiridos, específicamente en materia de acceso a la pensión de jubilación.

3. LINEAMIENTOS EN PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas tienen por objeto adecuar la estructura de la Administración para garantizar su eficiente funcionamiento. Ello significa que los procesos de reestructuración o liquidación debidamente autorizados por las autoridades competentes no vulneran per se los derechos de los trabajadores de las entidades inmersas en tales procesos. Sin embargo, existen ciertas reglas encaminadas a garantizar los derechos de los trabajadores que deben ser respetadas por la Administración, so pena de ser condenada en sede judicial.

3.2. A efectos de preservar y garantizar los derechos de los trabajadores de entidades públicas del orden nacional que adelanten procesos de reestructuración o liquidación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formula los lineamientos de prevención que a continuación se presentan.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores con fuero sindical

3.2.1. Mantener actualizado el listado de los empleados que se encuentran aforados, los cargos que desempeñan en la organización sindical y su periodo, así como los cargos y las funciones que cumplen en la entidad, con el fin de tener claridad, de manera oportuna, no sólo sobre los funcionarios que necesitan de autorización judicial para ser desvinculados, sino también sobre los que se deben mantener vinculados durante el proceso de reestructuración o liquidación.

3.2.2. Respetar, durante todo el término del proceso de reestructuración o liquidación, la convención colectiva suscrita entre la entidad pública y su sindicato, y garantizar, en consecuencia, los derechos y prerrogativas que se derivan del fuero sindical a todos los empleados aforados.

3.2.3. Abstenerse de despedir exclusivamente a trabajadores sindicalizados o a un número significativo de integrantes del sindicato de tal manera que ocasione la disolución de la organización sindical durante el proceso de reestructuración o liquidación, pues la entidad podría incurrir en una conducta que vulnera el derecho de asociación sindical, salvo que el despido obedezca a la terminación o suspensión total o parcial de labores, por más de ciento veinte (120) días, o al incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales de los trabajadores aforados.

3.2.4. Solicitar en todos los casos, incluso cuando la entidad pública se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación, la respectiva autorización judicial para despedir a trabajadores aforados a través del proceso de levantamiento de fuero sindical. Inclusive cuando el proceso de liquidación ha concluido, la entidad debe solicitar judicialmente el levantamiento del fuero sindical, so pena de tener que indemnizar al trabajador por configurarse un despido injusto.

3.2.5. Tener en cuenta que, de acuerdo al artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, la entidad pública que se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación puede despedir trabajadores aforados, siempre que medie la respectiva autorización judicial, no sólo por el hecho mismo de la reestructuración o liquidación, sino también por cualquiera de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del mencionado Código.

3.2.6. Iniciar proceso ordinario laboral cuando resulte física y jurídicamente imposible el cumplimiento de la orden de reintegro del trabajador aforado que haya obtenido decisión favorable en el proceso de reintegro, ya que bajo ninguna circunstancia la entidad pública puede decidir por su propia cuenta en qué casos no resulta posible reintegrar a un trabajador, incluso en el caso de que la entidad haya desaparecido por la culminación del proceso liquidatorio.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores en cargos de carrera administrativa

3.2.7. Mantener actualizado el listado de los empleados que se encuentran ocupando cargos de carrera administrativa y las funciones que cumplen en la entidad, a efectos de tener claridad durante el proceso de reestructuración o liquidación sobre los funcionarios que se encuentran en este régimen y las funciones que desempeñan. Esta información permitirá ubicarlos en cargos iguales o equivalentes en caso de que se cree una nueva planta de personal, o, de no ser posible en la nueva institución, en otras entidades.

3.2.8. Las mujeres en estado de embarazo o lactancia (dentro de los tres meses posteriores al parto) deben ser reincorporadas en la nueva entidad que se cree para desarrollar los mismos fines de la entidad liquidada. En caso de que no se cree una nueva entidad, se les deberá continuar pagando los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

3.2.9. Informar siempre a los trabajadores de carrera administrativa cuyos cargos van a ser suprimidos con motivo del proceso de reestructuración o liquidación sobre las tres opciones que la ley contempla para estas situaciones, esto es, el derecho a ser incorporados en un empleo equivalente o superior en la nueva planta de personal de la entidad, o en caso de no ser posible, a ser reincorporados en un empleo equivalente o superior en otra entidad, o a recibir una indemnización. Así mismo, los trabajadores deben ser notificados de todos los actos administrativos que profiera la entidad en los que decida sobre sus derechos a la incorporación, reincorporación o indemnización, para que puedan ser controvertidos.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa

3.2.10. Motivar los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula de los cargos a trabajadores en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa. En consecuencia, la entidad pública podrá indicar en el respectivo acto administrativo de desvinculación, que el retiro del funcionario obedeció al proceso de reestructuración o liquidación de que era objeto la entidad, y que por ende dicho cargo ya no se requiere.

3.2.11. Si bien es cierto los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula de los cargos a trabajadores de libre nombramiento y remoción no requieren ser motivados, sería conveniente que la entidad pública que se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación y necesite desvincular a funcionarios de libre nombramiento y remoción, señale en el respectivo acto administrativo de desvinculación que el retiro de los funcionarios obedeció al proceso de reestructuración o liquidación de que era objeto la entidad.

3.2.12. Elaborar, antes de iniciar el proceso de reestructuración o liquidación de cualquier entidad pública, el listado de los trabajadores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, así como de aquellos que se encuentran en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, y analizar cuáles de ellos cumplen alguna de las dos condiciones previstas en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002 para ser beneficiarios del reconocimiento económico allí previsto, con el fin de prever el monto al que ascenderían estos pagos.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores que tengan la calidad de madres o padres cabeza de familia

3.2.13. Elaborar, antes de empezar el proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública, el listado inicial de los trabajadores que son madres o padres cabeza de familia, con el fin de tener identificado, desde un comienzo, el porcentaje aproximado de trabajadores que ostentan esta condición, el cual deberá ser actualizado periódicamente.

3.1.14. Capacitar a los funcionarios que van a decidir acerca de la inclusión de un trabajador en el retén social como madre o padre cabeza de familia sobre las



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

/CundíGov @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

normas y la jurisprudencia constitucional relativa a los requisitos que deben cumplir estas personas para acceder al retén social.

3.2.15. Diseñar durante el proceso de liquidación una política de reubicación laboral para las madres y padres cabeza de familia, de conformidad con lo establecido en la sentencia SU-377 de 2014 ¹ de la Corte Constitucional, tendiente a que estas personas tengan un derecho preferencial a ser empleados en otra entidad en, al menos, las mismas condiciones que tenían en la entidad liquidada. Por lo cual, si se presenta una vacante para un empleo con tales condiciones, tengan preferencia sobre candidatos que no cuenten con sus mismas condiciones constitucionales. Ello no obsta para que en los casos en que los empleos estén sujetos al ingreso por carrera administrativa, tales personas deban, mientras no se haya convocado concurso, ser nombradas en provisionalidad, o cuando sea convocado el concurso de méritos, presentar las pruebas correspondientes para ser vinculadas. Lo anterior permitirá a la entidad empezar a ejecutar dicha política una vez culmine el proceso liquidatorio.

3.2.16. Mantener en sus cargos a las madres y padres cabeza de familia hasta el final del proceso liquidatorio, pues no existe un límite temporal para ser beneficiario del retén social. La jurisprudencia constitucional ha precisado que dentro de esta categoría de trabajadores se incluyen: (i) aquellos que tienen a su cargo personas incapacitadas para trabajar, no necesariamente hijos; (ii) aquellos que convivan con su cónyuge o compañero (a) permanente, siempre y cuando la presencia de éste resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de uno de sus padres y por tal razón no puedan trabajar; (iii) aquellos a quienes se les hayan adelantado procesos judiciales por el incumplimiento de obligaciones con hijos que no estén exclusivamente a su cargo; y (iv) aquellos que tengan a su cargo hijos mayores de edad que se encuentren estudiando, siempre y cuando no sean mayores de 25 años de edad.

3.2.17. Abstenerse de exigir declaraciones ante notario para demostrar la condición de madre o padre cabeza de familia a los trabajadores que soliciten la inclusión en el retén social por esta circunstancia.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores que tengan la condición de personas con discapacidad

3.2.18. Elaborar, antes de empezar el proceso de reestructuración o liquidación de la entidad pública, el listado inicial de los trabajadores que tienen una condición de discapacidad, con el fin de conocer desde el comienzo, el porcentaje aproximado de trabajadores que ostentan esta condición. Este listado deberá ser actualizado periódicamente.

¹ M.P. María Victoria Calle Correa

3.2.19. Capacitar a los funcionarios competentes para decidir respecto de la inclusión de trabajadores en el retén social como personas con discapacidad sobre las normas y la jurisprudencia constitucional que desarrollan este tema.

3.2.20. Mantener en sus cargos a las personas con discapacidad hasta el final del proceso liquidatorio, pues no existe un límite temporal para ser beneficiarios del retén social, salvo que se cuente con la autorización de la Oficina de Trabajo para proceder al despido después de haber agotado todas las posibilidades para permitirles conservar su empleo. Para ello, es preciso que la entidad adelante la respectiva valoración de las condiciones de salud de los trabajadores discapacitados.

3.2.21. Solicitar dictamen de la junta calificadora de invalidez en caso de que la entidad pública en proceso de liquidación conozca la condición de discapacidad de los trabajadores, con el objeto de corroborar o desvirtuar tal condición.

3.2.22. Solicitar autorización a la Oficina de Trabajo para desvincular a los trabajadores con discapacidad durante el proceso de reestructuración o liquidación, después de haber agotado todas las posibilidades para que dichos trabajadores pudieran continuar laborando en un cargo equivalente o superior en la nueva planta de personal de la entidad para la que trabajaba o en otra entidad.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores que tengan la condición de prepensionados

3.2.23. Actualizar las hojas de vida de los trabajadores de las entidades públicas que pretendan iniciar un proceso de reestructuración o liquidación, con el fin de determinar los empleados que podrían adquirir la condición de prepensionados durante dicho proceso, por encontrarse a menos de tres años de cumplir los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o vejez, contados a partir de la fecha de supresión del cargo.

3.2.24. Continuar cancelando los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de los trabajadores prepensionados que la entidad pública decida desvincular de sus cargos por razones ligadas al proceso de reestructuración o liquidación, hasta el momento en que cumplan con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

3.2.25. Efectuar el cálculo presupuestal sobre el monto de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que tendrá que realizar por cada uno de los trabajadores prepensionados que serán desvinculados de sus cargos y hasta el momento en que cumplan con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

3.2.26. Capacitar a los funcionarios que sean competentes para decidir acerca de la inclusión de trabajadores en el retén social como prepensionados, sobre las normas y la jurisprudencia constitucional relativa a los requisitos que deben cumplir estas personas para acceder al retén social.



3.2.27. Abstenerse de despedir a los trabajadores que les falten menos de tres años para cumplir los requisitos necesarios para tener derecho a una pensión de jubilación, establecidos en una convención colectiva de trabajo suscrita por la entidad que se encuentra inmersa en el proceso de reestructuración o liquidación.

3.2.28. Reconocer el tiempo laborado en calidad de supernumerarios, para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de jubilación o vejez, a aquellos trabajadores que soliciten la protección del retén social en calidad de prepensionados.

4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACION TEMPRANA

4.1. Una vez demostrado, en términos relevantes para efectos del régimen de responsabilidad patrimonial estatal, que se causó un daño antijurídico a un trabajador de una entidad pública del orden territorial inmersa en un proceso de reestructuración o liquidación, se debe abordar el análisis concreto del caso para determinar si se reúnen todos los requisitos para conciliar en forma temprana (antes o durante el proceso judicial). Esto implica que, además de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para que prospere un eventual acuerdo conciliatorio, deben tomarse en consideración los criterios y condicionamientos fijados por la jurisprudencia constitucional relacionados con las conductas desplegadas por la Administración en procesos de reestructuración y liquidación, para establecer si se presentan condiciones similares a las señaladas por la jurisprudencia en las que se ha configurado la responsabilidad estatal.

4.2. En este orden, la conciliación es más que una simple opción. Resulta imperativo analizar cada caso para definir razonadamente si la entidad debe acoger o proponer una fórmula de solución conciliatoria, buscando atender de manera temprana la reclamación que en tal sentido le formule el interesado. Asimismo, se deben acometer los análisis y proyecciones necesarias para determinar, en concreto, el costo en términos económicos que representa conciliar o no conciliar de manera temprana un caso. Esta opción debe estar precedida de un análisis cuidadoso que incluya la variable de incidir en la reducción de la litigiosidad en contra del Estado y la materialización de los derechos amparados por la Constitución y la ley, contribuyendo a la reducción de costos por concepto de generación de intereses.

4.3. Ahora bien, es preciso advertir que por tratarse de controversias que en principio revisten carácter laboral, no resulta exigible la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Laboral o Contencioso Administrativa, y que, para adelantar una conciliación judicial o extrajudicial con el fin de terminar un conflicto, debe tenerse presente que el mencionado mecanismo de solución de conflictos no puede adelantarse cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Para una mayor información sobre este asunto puede consultarse el documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre la conciliación judicial y extrajudicial en lo contencioso administrativo", particularmente el capítulo segundo. Tal documento puede ser consultado en la página web de la entidad: <http://www.defensajuridica.gov.co>

4.4. La Agencia ha identificado los siguientes supuestos que permiten conocer los asuntos más recurrentes en razón de los cuales ha resultado comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado y, dadas las particularidades del caso concreto, resultarían ser jurídicamente conciliables.

Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores con fuero sindical

4.4.1. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador de las obligaciones que emanan de las convenciones colectivas y el desconocimiento de las garantías propias del fuero sindical durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública. En este supuesto se hace énfasis en la obligación que tienen las entidades públicas de respetar todas las garantías necesarias para el ejercicio de la representación sindical durante el proceso de reestructuración o liquidación, por lo que, por ejemplo, no se pueden negar los permisos sindicales que el trabajador aforado requiera para ejercer la actividad sindical, so pretexto del desarrollo del proceso de reestructuración o liquidación.

4.4.2. Casos en los que la responsabilidad se determina por el uso indebido de la facultad que tienen las entidades públicas en procesos de reestructuración o liquidación para despedir a trabajadores aforados con motivo de dicho proceso, incurriendo en ocasiones en conductas antisindicales que resultan ilegales, tales como, desvincular exclusivamente a trabajadores sindicalizados o a un número significativo de integrantes de un sindicato, con el fin de generar la disolución de la organización sindical.

4.4.3. Casos en los que la responsabilidad se determina por el indebido procedimiento empleado para despedir a un trabajador aforado durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación. Este supuesto hace referencia a la obligación que tiene la Administración de solicitar autorización judicial, a través del proceso de levantamiento de fuero sindical, cuando deba despedir a un trabajador aforado como consecuencia de un proceso de reestructuración o liquidación. Si bien esta situación hace referencia al desconocimiento de las garantías propias del fuero, supuesto identificado en el numeral

4.3.1., se analiza en un numeral aparte dado el elevado número de demandas y sentencias condenatorias en contra de la Administración por esta circunstancia.

4.4.4. Casos en los que la responsabilidad se determina por el indebido procedimiento que se utiliza para alegar la imposibilidad de cumplir la orden judicial de reintegro de un trabajador aforado despedido irregularmente. Este supuesto hace referencia a la obligación que tiene la Administración de iniciar el proceso ordinario laboral para alegar la imposibilidad, tanto física como jurídica, de hacer efectiva la orden judicial de reintegro de un trabajador aforado por haber culminado el proceso liquidatorio en el que estaba inmersa la entidad.

Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores en cargos de carrera administrativa

4.4.5. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador de incorporar a los trabajadores que ocupan cargos de carrera administrativa en un empleo igual o equivalente en los eventos en que se cree una nueva planta de personal, o si esto no ocurre, de reincorporarlos en otra entidad o recibir una indemnización.

4.4.6. Casos en los que la responsabilidad se determina por la incompleta información que brinda la entidad en proceso de reestructuración o liquidación al trabajador de carrera administrativa, cuyo cargo es suprimido, en relación con el derecho que le asiste a la incorporación, a la reincorporación, o a la indemnización.

4.4.7. Casos en los que la responsabilidad se determina por la ausencia de notificación al trabajador de carrera administrativa, cuyo cargo es suprimido, en el trámite de un proceso de reestructuración o liquidación, de todos los actos que la respectiva entidad profiere, y en los que se decide sobre sus derechos a la incorporación, reincorporación o indemnización.

4.4.8. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador de incorporar a las mujeres que se encuentren en estado de embarazo y que ocupan cargos de carrera administrativa a la nueva entidad que se crea para asumir las funciones de la entidad liquidada, o en el evento de que esto no suceda, de continuar con el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad. Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa.

4.4.9. Casos en los que la responsabilidad se determina por la ausencia de motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se retira del servicio a funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción durante el trámite de un proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública.

4.4.10. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador de cancelar a los trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002, en los eventos en que son retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, a pesar de cumplir alguna de las dos condiciones establecidas en la referida norma.

Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores que tengan la calidad de madres o padres cabeza de familia, personas con discapacidad y prepensionados



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

4.4.11. Casos en los que la responsabilidad se determina por el despido de sus cargos de madres y padres cabeza de familia y de personas con discapacidad durante el proceso de liquidación sin que éste hubiere finalizado.

4.4.12. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador, durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública, de incluir a trabajadores en el retén social como madres o padres cabeza de familia, personas con discapacidad o prepensionados, que cumplen con los requisitos para ello, por interpretar erróneamente los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia al respecto.

4.4.13. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador, al término del proceso de liquidación de una entidad pública, de adoptar una política de reubicación laboral para los trabajadores que ostentan la calidad de madres o padres cabeza de familia.

4.4.14. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador, durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública, de incluir a trabajadores con discapacidad en el retén social, sustrayéndose del deber de solicitar el dictamen de la junta calificadora de invalidez en los eventos en los que conoce la condición de discapacidad de un trabajador.

4.4.15. Casos en los que la responsabilidad se determina por el despido de un trabajador con discapacidad durante el proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública sin la respectiva autorización de la Oficina de Trabajo.

4.4.16. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador de continuar pagando los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de aquellos trabajadores que ostenten la condición de prepensionados y sean desvinculados de la entidad pública durante un proceso de reestructuración o liquidación.

4.5. Se advierte que, si bien el acuerdo conciliatorio es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, no se deben proponer o aceptar fórmulas de arreglo evidentemente lesivas, desequilibradas, desproporcionadas o abusivas en contra tanto del Estado como del particular afectado por la actuación u omisión de la Administración, dado que las mismas podrán ser improbadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tenor de sus lineamientos en la materia.

4.5.1. A pesar de que, mediante providencia de unificación del 28 de abril del 2014, Rad. 200012331000200900199 01 (41.834), la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció los baremos bajo los cuales es posible conciliar, en auto de unificación del 24 de noviembre de 2014, Rad. 07001-23-31-000-2008-00090-01(37.747), la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó su jurisprudencia y eliminó dichos topes, bajo el entendido de que esta medida afectaba la autonomía de la voluntad privada y la capacidad negocial de las partes.

En consecuencia, si bien el juez administrativo debe velar por la protección del patrimonio público y los derechos de los particulares a los que el Estado haya causado un daño antijurídico, en la actualidad no existen ningún tipo de parámetros o baremos jurisprudenciales sobre los montos a conciliar.

5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL

5.1. El estudio de la jurisprudencia constitucional por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ha permitido identificar la posición actual de dicha Jurisdicción en materia de daños antijurídicos causados a trabajadores de entidades públicas del orden nacional inmersas en procesos de reestructuración o liquidación, con el propósito de que sea posible anticipar la decisión que el juez adoptará en los casos concretos y, de esta manera, facilitar la construcción de estrategias de defensa judicial efectivas que reduzcan las condenas o el monto de las mismas. En consecuencia, se exhorta a las entidades públicas a atender los lineamientos que a continuación se presentan.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores con fuero sindical

5.1. Verificar que el trabajador que solicite judicialmente la protección especial del retén social por gozar de fuero sindical pertenezca en efecto a un sindicato, pues de lo contrario, la entidad pública deberá alegarlo ante el respectivo juez a efectos de desvirtuar la condición de aforado. Por lo anterior, con el fin de que en estos eventos se aporten elementos probatorios suficientes, es importante mantener actualizado el registro del sindicato o sindicatos existentes en la entidad y de los trabajadores que los integran, tanto de aquellos que ostentan fuero sindical como de los que solo se encuentran asociados. De acuerdo al artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, "la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador". De otra parte, si bien de acuerdo al artículo 364 14 del mismo Código, toda organización sindical goza de personería jurídica a partir de su asamblea constitutiva, es importante que la entidad pública constate que se haya cumplido con el registro del sindicato ante el Ministerio de Trabajo (Art. 365 del Código Sustantivo del Trabajo), toda vez que este trámite tiene por finalidad cumplir con el principio de publicidad y constituye la prueba de la existencia del sindicato. En caso de que no se haya cumplido con este requisito, la entidad podrá argumentar que desconocía la existencia del sindicato, para sustentar que el despido del trabajador durante el proceso de reestructuración o liquidación no se produjo por la circunstancia de ser sindicalista y/o que no estaba obligada a mantenerlo vinculado hasta la supresión de la entidad.

5.1.2. Determinar, en caso de que se creen sindicatos con posterioridad al conocimiento de la decisión de iniciar el proceso de reestructuración o liquidación, si esta actuación tuvo como único objetivo entorpecer dichos procesos y evitar el despido de trabajadores amparados por la garantía del fuero sindical. Esta situación debe analizarse en cada caso concreto para evaluar si en efecto la constitución del sindicato no perseguía los objetivos constitucional y legalmente previstos, esto es,

la defensa de los derechos de los trabajadores y el fortalecimiento de su posición para debatir las condiciones de trabajo con el empleador. Tal circunstancia debe ser aducida ante el juez laboral en los respectivos procesos de levantamiento de fuero sindical. Para estos efectos, es importante que la entidad pública allegue al respectivo proceso copia del acta constitutiva del sindicato y de la ley o acto administrativo por medio del cual se ordena la reestructuración o liquidación de la entidad, con el fin de que el juez tenga claridad sobre la fecha de creación del sindicato y de la decisión de la Administración de llevar a cabo la reestructuración o liquidación.

5.1.3. Argumentar y demostrar, en los procesos de levantamiento de fuero sindical, que el despido que se pretende realizar de un trabajador aforado no está determinado por la circunstancia de ser miembro de un sindicato, sino porque la entidad se encuentra en un proceso de reestructuración o liquidación que ha sido debidamente autorizado por el legislador.

5.1.4. En caso de que en un proceso de levantamiento de fuero sindical el trabajador señale que su pretendido despido está condicionado por consideraciones relativas a la actividad sindical, debe ofrecer algún indicio razonable al respecto, por lo que en caso de que no lo haga, la entidad pública debe ponerlo de presente ante el juez laboral y señalar, como se indicó en el numeral anterior, que el despido no obedeció al hecho de ser miembro de un sindicato.

5.1.5. El medio judicial idóneo para que un trabajador aforado solicite el reintegro laboral por haber sido despedido sin autorización judicial es la acción de reintegro, y sólo de manera excepcional procede la acción de tutela. En consecuencia, en un proceso de tutela el accionante debe demostrar alguna de las circunstancias que hacen procedente dicha acción constitucional en estos eventos, a saber:

5.1.5.1. La vulneración del derecho de asociación sindical por incurrir la Administración en una conducta antisindical, como la terminación del contrato de trabajo únicamente de trabajadores sindicalizados.

5.1.5.2. La vulneración de otros derechos fundamentales que no pueden protegerse a través de la acción de reintegro, como, por ejemplo, el derecho al mínimo vital.

5.1.5.3. Como mecanismo transitorio, si a pesar de estar en curso un proceso de reintegro se demuestra que con la tutela se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.1.5.4. Para solicitar el cumplimiento de una orden de reintegro o indemnización proferida por un juez laboral en un proceso de reintegro, debe demostrar la ineficacia del medio ordinario de defensa, que en estricto sentido sería un proceso ejecutivo.

5.1.5.5. Si la tutela se interpone en contra de una sentencia proferida por juez laboral en la que se desconoce la obligación que tiene la entidad en proceso de

reestructuración o liquidación de solicitar autorización judicial para despedir a un trabajador aforado.

En el evento de que el accionante no demuestre alguno de los supuestos antes señalados que posibilitan la interposición de la acción de tutela, la entidad pública debe evidenciar tal circunstancia ante el juez constitucional y argumentar que la tutela resulta improcedente porque no se configura ninguna de las hipótesis establecidas por la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-377 de 2014) para estudiar el reintegro laboral de trabajadores aforados a través de la mencionada acción constitucional.

5.1.6. En caso de que en el proceso de reintegro el juez laboral valore la legalidad de la causal mediante la cual se despidió al trabajador aforado y profiera decisión en contra de la Administración con fundamento en esta circunstancia, la entidad pública debe apelar esta providencia (artículo 117 del C.P.T.), argumentando que el escenario en el que se debe debatir este asunto es el proceso de levantamiento de fuero sindical y no el de reintegro, en el que el juez debe limitarse a verificar el cumplimiento del requisito atinente a la autorización judicial requerida para despedir al trabajador aforado.

5.1.7. Verificar que el trabajador haya agotado previamente el procedimiento administrativo, consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², cuando la entidad pública sea notificada del inicio del proceso de reintegro.

Para agotar la vía gubernativa, el trabajador tiene un término de dos (2) meses contados a partir de la fecha de despido. Asimismo, debe corroborar que la acción no haya prescrito, esto es, que se haya interpuesto dentro del término de dos (2) meses contados a partir del momento en que haya quedado agotada la vía gubernativa.

Ahora bien, en el evento de que sea un empleado de libre nombramiento y remoción el que acuda a la acción de reintegro, la entidad pública debe tener en cuenta que en estos casos el término prescriptivo de la acción de dos (2) meses empieza a correr desde la comunicación del acto de insubsistencia, ya que no procede ningún recurso para controvertir la decisión ante la propia Administración.

5.1.8. Tener presente que el término de prescripción de la acción de levantamiento de fuero sindical es de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que ocurra la justa causa que invoca el empleador para despedir al trabajador sindicalizado, o culminado el procedimiento convencional o reglamentario que da lugar a establecerla. Así, por ejemplo, en un proceso de reestructuración dicho término se debe contar desde el momento en que quede ejecutoriado el acto administrativo por

² Bajo el antiguo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el procedimiento administrativo era denominado como Vía Gubernativa.

medio del cual se autoriza la reestructuración de la entidad, esto es, hasta que se surta la notificación a todas las partes interesadas. Sin embargo, cuando se trata de un proceso de liquidación, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2160 de 2004, estos dos (2) meses empiezan a contarse a partir del día siguiente al de la publicación del acto que ordena la supresión del cargo.

5.1.9. Constatar que las decisiones judiciales proferidas en procesos de reintegro que ordenan indemnizar al trabajador aforado que fue despedido irregularmente, cuando resulta imposible física y jurídicamente ordenar su reintegro laboral, se ajustan a las sub reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional, a saber: (i) si la desvinculación del trabajador se produjo antes de la clausura definitiva de la entidad, la indemnización que se ordene comprende los salarios, con sus incrementos y las prestaciones sociales, tanto legales como convencionales, a partir de la fecha del despido y hasta la terminación de la existencia jurídica de la entidad; y (ii) si la terminación del vínculo ocurre con el cierre definitivo de la entidad o con posterioridad, la indemnización corresponde a seis meses de salarios, de acuerdo al artículo 116 del Código Procesal del Trabajo, sin perjuicio de sus demás derechos y prestaciones legales.

5.1.10. Cuando se encuentre en trámite un proceso de reintegro en el que se advierta que una eventual orden de reintegro del trabajador demandante resultaría de imposible cumplimiento, la entidad pública debe poner de presente esta situación ante el juez laboral para que éste, en caso de que acceda a las pretensiones del actor, ordene la indemnización a que haya lugar y no el reintegro laboral, ya que de lo contrario la entidad se vería en la necesidad de iniciar un proceso ordinario laboral para que allí se avale la imposibilidad de reintegrar al trabajador y en su defecto se ordene la respectiva indemnización.

5.1.11. En caso de que en un proceso de levantamiento de fuero sindical el demandado se rehúse a ser notificado personalmente del auto mediante el cual se corre traslado de la solicitud de levantamiento de fuero sindical, o dificulte la misma, la entidad pública podrá solicitar al juez de la causa que aplique las reglas previstas en el Código General del Proceso sobre notificaciones de las providencias, particularmente las del artículo 291, en cuyo numeral 4° se establece: "Cuando en el lugar de destino rehusaren recibir la comunicación, la empresa de servicio postal la dejará en el lugar y emitirá constancia de ello. Para todos los efectos legales, la comunicación se entenderá entregada". Lo anterior teniendo en cuenta que de acuerdo al artículo 1° de dicho Código, las normas allí contenidas se aplican "a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes", tal como acontece en el presente asunto, pues el Código Procesal del Trabajo no prevé estas particularidades.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores en carrera administrativa



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

5.1.12. En caso de que un trabajador de carrera administrativa haya sido indemnizado, e inconforme con esta decisión solicite judicialmente la incorporación o reincorporación porque su cargo fue suprimido con motivo de un proceso de reestructuración o liquidación, la entidad pública deberá constatar que el trabajador manifestó a la Administración su decisión de optar por la incorporación o reincorporación dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se le comunicó la supresión de su cargo, pues de lo contrario la entidad pública está facultada legalmente para reconocer la respectiva indemnización.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa

5.1.13. Constatar que el trabajador en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción que solicite judicialmente el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002, cumpla con alguna de las dos condiciones exigidas por la referida norma, pues en caso contrario la entidad deberá aducir esta circunstancia ante el respectivo juez y aportar las pruebas necesarias para sustentar su defensa.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores que tengan la calidad de madres o padres cabeza de familia, personas con discapacidad y prepensionados

5.1.14. Verificar que el trabajador que alega la condición de madre o padre cabeza de familia cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para ostentar dicha condición, establecidos en el artículo 1° del Decreto 190 de 2003 y en las sentencias SU-388 de 2005 y SU- 389 de 2005 de la Corte Constitucional³. En caso de que la entidad en proceso de reestructuración o liquidación advierta la ausencia de uno de tales requisitos, deberá señalarlo ante el respectivo juez y aportar las pruebas conducentes a desvirtuar la calidad de madre o padre cabeza de familia.

5.1.15. Verificar que el trabajador que aduce la condición de persona con discapacidad cumpla con los requisitos legales exigidos para ostentar dicha condición, establecidos en el artículo 1° del Decreto 190 de 2003⁴. En el evento de que la entidad en proceso de reestructuración o liquidación advierta la ausencia de uno de tales requisitos, deberá alegarlo ante el respectivo juez y aportar las pruebas

³ Al respecto consultar el capítulo 5.1. del documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional".

⁴ Al respecto consultar el capítulo 5.2. del documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional".

conducentes a desvirtuar la calidad de persona con discapacidad, como, por ejemplo, el dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez.

5.1.16. Verificar que el trabajador que aduce la condición de prepensionado cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para ostentar dicha condición, establecidos en el artículo 1° del Decreto 190 de 2003 y en la sentencia SU-897 de 2012 de la Corte Constitucional⁵. En caso de que la entidad en proceso de reestructuración o liquidación advierta la ausencia de uno de tales requisitos, deberá aducirlo ante el respectivo juez y aportar las pruebas conducentes a desvirtuar la calidad de prepensionado.

5.1.17. Si bien las madres y padres cabeza de familia y las personas con discapacidad tienen derecho a permanecer en el cargo hasta el último acto de liquidación de la entidad, en el evento en que se configure una justa causal de despido y ésta haya sido verificada por la Oficina de Trabajo, tratándose de trabajadores con discapacidad, la entidad en proceso de reestructuración o liquidación deberá poner de presente esta situación ante el respectivo juez y demostrar que el despido se dio al amparo de una justa causa.

5.1.18. En caso de que una entidad sea demandada con el objeto de lograr el reintegro de un trabajador prepensionado, cuyo cargo fue suprimido en un proceso de reestructuración o liquidación porque se consideraba innecesario en atención a los fines de dicho proceso, la entidad deberá manifestar al respectivo juez que el despido del trabajador se dio al amparo de una justa causa, y que de acuerdo a la sentencia SU-897 de 2012 de la Corte Constitucional, la Administración puede suprimir cargos que estén siendo ocupados por personas que tiene la calidad de prepensionados, siempre y cuando se continúen cancelando los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del trabajador desvinculado hasta el momento en que éste cumpla con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

5.1.19. Constatar que el trabajador que solicite la inclusión en el retén social a través de acción de tutela haya alegado su condición de madre o padre cabeza de familia, persona con discapacidad o prepensionado durante el proceso de reestructuración o liquidación. De lo contrario, la entidad demandada podrá poner de presente esta circunstancia ante el respectivo juez con miras a que la autoridad judicial valore esta omisión y constate una posible improcedencia de la tutela.

Lineamientos de defensa judicial transversales a todos los casos

5.1.20. En caso de que un juez embargue sumas de dinero de una entidad en proceso de liquidación o del patrimonio autónomo de remanentes que se cree para administrar las obligaciones remanentes y contingentes de la entidad en liquidación, la entidad podrá aducir que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional

⁵ Al respecto consultar el capítulo 5.3. del documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional".

(sentencias T-538 de 2009 y SU-377 de 2014), el congelamiento de estos recursos no resulta justificado porque es improbable que la entidad se sustraiga al cumplimiento de las órdenes del juez de tutela y que dicha medida afecta el cumplimiento de otras obligaciones de las que depende el goce efectivo de derechos de terceros.

5.1.21. La entidad pública podrá solicitar al juez que, en caso de que resulte condenada y se ordene el reintegro del demandante sin solución de continuidad, el pago de salarios se circunscriba a los que efectivamente dejó de percibir el trabajador. Esto significa que si durante el tiempo que duró la desvinculación el demandante laboró en el sector público o privado, como dependiente o independiente, deberá descontarse la suma de dinero que haya recibido como remuneración por su trabajo durante este tiempo, sin que esto implique que en caso de que haya recibido una suma igual o superior a la que debía recibir durante ese mismo lapso en el cargo al que se refiere la condena, deba hacerse descuento alguno por el excedente recibido, pues en este caso simplemente no habrá lugar a pago alguno. Esta recomendación se realiza teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa sobre la materia⁶, que si bien ha versado sobre casos de despidos de trabajadores en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, podría ampliarse a trabajadores beneficiarios del retén social, amparados por fuero sindical o de carrera administrativa.

5.1.22. En caso de que la entidad pública sea demandada a través de acción de tutela, deberá verificar si ésta reúne todos los requisitos de procedibilidad, esto es, legitimación por activa y pasiva, inmediatez, subsidiariedad, competencia del juez y temeridad. Al respecto puede consultarse en la página web de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el documento especializado "Manual para la defensa jurídica del Estado en el proceso constitucional de tutela", en el que se explica cada uno de dichos requisitos. Sin embargo, a continuación, se indicarán algunos aspectos a tener en cuenta en materia de procedibilidad de la tutela que pueden resultar útiles en el tema objeto de análisis.

Legitimación por activa: verificar que quien interponga la acción de tutela sea el titular de los derechos, o en caso de que sea un tercero, que éste sea (i) un apoderado judicial con un poder debidamente otorgado, (ii) el Defensor del Pueblo o Personero Municipal, o (iii) un agente oficioso, si el titular de los derechos se encuentra imposibilitado para promover por sí mismo la defensa de sus derechos, caso en el cual deberá demostrarse tal circunstancia en la acción de tutela.

Legitimación por pasiva: si bien la jurisprudencia constitucional ha determinado que los patrimonios autónomos de remanentes, a través del fiduciario o administrador de ese patrimonio, tienen legitimación por pasiva en los procesos de tutela en los

⁶ Al respecto consultar: Corte Constitucional. Sentencias SU-556 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia del 29 de junio de 2006, Exp 3068- 01, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

que sean demandados, incluso si el demandante es un ex trabajador que no tenía procesos o reclamaciones en curso cuando se puso fin al trámite liquidatorio de la entidad, en algunos casos puede concluirse que la obligación cuyo cumplimiento se pretende no tiene el carácter de remanente o contingente, por lo que el patrimonio autónomo de remanentes puede señalar que carece de legitimación por pasiva.

Competencia del juez: verificar que las acciones de tutela se interpusieron ante (i) el juez o tribunal del lugar donde se presenta la amenaza del derecho fundamental, (ii) el juez o tribunal del lugar en que se presenta efectivamente la violación del derecho, o (iii) el juez o tribunal del lugar donde se producen los efectos de la amenaza o violación. En el evento de que no se presente ninguna de estas circunstancias, la entidad pública podrá solicitar que se declare la nulidad todo lo actuado porque el juez que conoce la acción de tutela carece de competencia, lo que genera una violación al derecho al debido proceso.

Temeridad: constatar que no se haya presentado otra acción de tutela con las mismas partes, los mismos fundamentos e idéntico objeto o pretensión, pues en esta circunstancia la tutela resultaría improcedente. Así mismo, se debe verificar que no se haya producido una sentencia en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa que tenga identidad de partes, fundamento y objeto con la acción de tutela que se presenta, pues en caso de que no se haya demandado la sentencia del proceso adelantado en la otra jurisdicción, el juez constitucional debe estarse a lo resuelto en esa decisión en virtud del principio de cosa juzgada.

Inmediatez: verificar que la acción de tutela se haya interpuesto en un término razonable, contado desde el momento en que sucedió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. En materia de procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas, la Corte Constitucional ha señalado que es en principio irrazonable dejar transcurrir un tiempo de dos o más años para reclamar prestaciones derivadas de dichos procesos. Sin embargo, existen ciertas particularidades en estos casos sobre el momento en que debe empezar a contarse la inmediatez, por lo que es preciso señalarlas a continuación.

En las tutelas en las que se solicita la inclusión en el retén social, la Corte ha juzgado la inmediatez desde el momento en que se desvinculó al actor de su cargo, o en caso de haber elevado alguna solicitud encaminada a ser incluido en el retén social, con posterioridad a la desvinculación, desde la fecha en que se le comunicó la respuesta negativa a su petición.

En los casos de tutelas presentadas por reclamaciones derivadas del fuero sindical, la inmediatez también ha sido evaluada por la Corte desde distintos momentos dependiendo de las circunstancias de cada caso. En efecto, si el actor plantea la vulneración de sus derechos con fundamento en que el empleador no solicitó el levantamiento del fuero sindical, la inmediatez ha sido contada desde la fecha de desvinculación de demandante. De otra parte, en el evento de que la tutela se dirija en contra de la decisión del juez laboral que autorizó el despido del trabajador aforado, la inmediatez se ha contado desde la fecha en que se profirió dicha

providencia. La Corte ha concluido entonces que, si en el interregno entre la desvinculación del accionante o la decisión que autorizó su despido y la interposición de la tutela se presentó una demora de por lo menos dos años sin que se demostrara alguna diligencia encaminada a defender sus derechos, como la interposición de una acción de reintegro, la tutela carecería de inmediatez y resultaría improcedente.

Finalmente, en los eventos en donde se reclamen derechos derivados de un Plan de Pensión Anticipad (PPA) ofrecido por la entidad en liquidación o reestructuración a sus empleados, la Corte ha contado el término para fijar la inmediatez desde dos momentos, según las particularidades de cada caso. Así entonces, si el actor solicitó la inclusión en el PPA y su solicitud fue negada, se ha contado la inmediatez desde el momento en que se comunicó la decisión de negar su solicitud, pero si la desvinculación del accionante sucedió con posterioridad a la negativa de la entidad de incluirlo en el PPA, la inmediatez se ha contado desde el momento de la desvinculación.

Subsidiariedad: en caso de que el accionante disponga de otro medio de defensa judicial, la entidad pública debe aducir esta circunstancia ante el respectivo juez para que declare la improcedencia de la acción de tutela por incumplir el principio de subsidiariedad. Además, es preciso argumentar que el otro medio de defensa judicial resulta idóneo y eficaz para proteger los derechos que el demandante considera vulnerados. Si el demandante señala que interpone la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la entidad deberá demostrar que esto no es cierto, aduciendo, por ejemplo, que no se vislumbra una vulneración al derecho al mínimo vital del actor, o que ha transcurrido varios meses o incluso años, desde el momento en que se le negó su inclusión en el retén social o desde la fecha en que se le comunicó su desvinculación. Sobre este punto debe prestarse particular atención a los casos en los que trabajadores aforados solicitan el reintegro laboral, pues en principio resultaría procedente la acción de reintegro y no la acción de tutela, tal como se explicó en el numeral 5.1.5. de esta Circular.

6. El fundamento y soporte de la presente Circular se encuentra en el documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional". Tal documento puede ser consultado en la página web de la entidad: [http://www.defensajuridica.gov.co/\(...\)](http://www.defensajuridica.gov.co/(...))"



ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO

Presidente

COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL.

Elaboró: Sandra Patricia Mendoza.- Abogada de Apoyo- Oficina Jurídica



CUNDINAMARCA
¡REGIÓN
Que Progresa!

Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.

Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

 /CundiGob  @CundinamarcaGob
www.cundinamarca.gov.co