

Sentencia T-229/17

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Marco constitucional y legal

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Garantía se aplica tanto a trabajadores del sector público como a trabajadores del sector privado

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

ACCION DE TUTELA PARA REINTEGRO DE PREPENSIONADO-Improcedencia por cuanto no se acreditó perjuicio irremediable de prepensionado

Si bien al momento de la terminación del contrato de trabajo, al actor le faltaban menos de tres años para adquirir la edad pensional de 62 años, y había cotizado un total de 1327,29 semanas al sistema de seguridad social en pensiones, ésta sola circunstancia, la de prepensionado, no hace procedente el amparo solicitado puesto que el actor, a más de contar con un mecanismo idóneo al cual debe acudir para que se defina su derecho, no acreditó la configuración del perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-5875845

Acción de tutela instaurada por Guillermo Bulla Espinosa contra la Administración Hotelera DANN S.A.S.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, y los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Ochenta y Dos (82) Penal Municipal con Función de Control de Garantías el día treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia, por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), en el proceso de tutela iniciado por el señor Guillermo Bulla Espinosa contra la Administradora Hotelera DANN S.A.S. y a la cual se vinculó, de oficio, al Ministerio de Trabajo.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante auto del veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno¹, por solicitud de insistencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, al considerar que la selección permitiría a la Corte desarrollar reglas sobre la posibilidad de aplicar el concepto de retén social a sociedades que se rigen por el derecho privado, de conformidad con la sentencia T-357 de 2016.²

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y solicitud

Guillermo Bulla Espinosa interpuso acción de tutela contra la Administradora Hotelera DANN S.A.S., al considerar que esa entidad vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y la protección de las expectativas legítimas, al haber sido despedido sin justa causa, sin tener en cuenta su condición de pre pensionado y como tal, de sujeto de especial protección.

A continuación se presentan los hechos de la acción, la respuesta de las entidades accionadas y las decisiones objeto de revisión:

1. Hechos Relevantes

1. El señor Guillermo Bulla Espinosa afirma que se vinculó, el 11 de octubre de 2012, a la Administradora Hotelera DANN S.A.S. mediante contrato de trabajo desempeñándose como Vicepresidente Financiero y que por decisión arbitraria, unilateral y sin estar facultado, el apoderado general de la Administradora dio por terminado su contrato de trabajo el 16 de junio de 2016.

1. Considera que la decisión de terminar unilateralmente su contrato de trabajo, le está afectando sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada dada su condición de pre pensionado, a la seguridad social, al debido proceso y al buen nombre.

1. Afirma que a pesar de que su vínculo laboral no era con una entidad pública, sí se encuentra en situación de igualdad con quienes prestan sus servicios en dichas entidades, pues al igual que ellos ostentaba la calidad de trabajador cuyo único sustento lo constituía el salario derivado de la relación de trabajo subordinada que mantuvo con la accionada.

1. Destaca que le falta poco menos de tres años para adquirir su status pensional ya que para la fecha en que fue despedido, sin justa causa, tenía 59 años de edad³ y había cotizado al sistema pensional 1327,29 semanas.

1. Pruebas

Con la acción de tutela, el actor aportó los siguientes documentos:

1. Copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía (fol. 14-16).

1. Copia del contrato individual de trabajo a término indefinido con salario integral equivalente a \$14.000.000.00 y que según la cláusula DÉCIMA del contrato, comprende tanto el salario ordinario, como el 30% del factor prestacional (fol. 17-21).

1. Copia del oficio de fecha junio 16 de 2016 dirigido al señor Guillermo Bulla Espinosa y suscrito por apoderado general de la Administradora Hotelera DANN S.A.S., mediante el cual se le comunicaba la terminación del contrato laboral (fol. 22-23).

1. Certificado de existencia y representación legal de la Administradora Hotelera DANN S.A.S. (fol. 24-35).

1. Acta de descargos de fecha 16 de junio de 2016 (fol. 36-45).

1. Certificación de COLPENSIONES sobre las semanas cotizadas por el afiliado Guillermo Bulla Espinosa (fol. 46).

1. Respuesta de las entidades demandadas

1. La Administradora Hotelera DANN S.A.S.

El veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016), el representante legal de la Administradora Hotelera DANN S.A.S. solicita “se deniegue la acción de tutela presentada por el accionante en contra de la empresa accionada ADMINISTRADORA HOTELERA DANN S.A.S. y se niegue cualquier pretensión de reintegro, pago de salarios y demás emolumentos sin

solución de continuidad, por supuesta vulneración a la VIDA, MINIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SEGURIDAD SOCIAL y cualquiera otra de tipo laboral por no aplicar el retén social al sector privado (...)"⁴, bajo las siguientes consideraciones:

i. Refiere el representante legal de la entidad que con fundamento en un informe rendido por el Contralor General División Hoteles sobre posibles irregularidades en el manejo de los dineros del Hotel, se citó a descargos al señor Guillermo Bulla en su condición de Vicepresidente Financiero, y una vez adelantada la diligencia correspondiente la empresa pudo comprobar las irregularidades que conllevaron a una pérdida económica durante los años 2014, 2015 y 2016, por lo cual se decidió dar por terminado sin justa causa el contrato de trabajo pagándole la indemnización contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual no se configuró la arbitrariedad que señala el accionante en el escrito de tutela.

Afirma que tampoco se configura el perjuicio irremediable porque al ex trabajador accionante se le reconoció la indemnización a que tenía derecho en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por un valor de \$43.283.751.00.

Como prueba de sus argumentos de defensa anexa dos comunicaciones remitidas al trabajador, una de fecha 13 de junio de 2016⁵, informándole sobre la apertura de proceso disciplinario en su contra, y la otra de fecha 16 de junio de 2016⁶, suscrita por el apoderado de la Administradora Hotelera Dann S.A.S., a través de la cual se le informa la decisión unilateral de dar por terminado sin justa causa su contrato de trabajo debido al grave incumplimiento de las obligaciones laborales; como también el acta de liquidación final del contrato y copia de la consignación del valor de la indemnización⁷.

i. Finalmente y frente a la condición de prepensionado, considera el apoderado de la accionada que no se desconoció porque esta protección está dirigida a los servidores públicos que están próximos a pensionarse y que hagan parte del programa de renovación de la Administración Pública, condición que no ostenta el actor.

1. El Ministerio de Trabajo

Aduciendo que sus funciones son única y exclusivamente las de policía administrativa laboral, en los términos previstos en los artículos 485 y 468 del C.S.T., solicita que se declare a su favor, la falta de legitimación en la causa por pasiva⁸.

En relación con el punto central de la controversia destaca que el código laboral ha establecido una serie de presupuestos que deben cumplirse cuando se atribuye al trabajador una falta que pueda originar la terminación del contrato de trabajo, y que en caso de considerar que al trabajador se le ha desconocido alguno de estos presupuestos, puede acudir a la justicia ordinaria laboral, a través de la acción ordinaria que como mecanismo idóneo se ha previsto para la garantía y el respeto de los derechos laborales.

1. Sentencias judiciales que se revisan e impugnación

1. Sentencia de primera instancia

En fallo de primera instancia del 31 de agosto de 2016, el Juzgado Ochenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías declaró improcedente el amparo solicitado por Guillermo Bulla Espinosa⁹.

La anterior decisión estuvo fundamentada en la existencia de otro mecanismo judicial de defensa de los derechos del accionante, que se encuentra previsto en el artículo 2º numerales 1º y 4º del Código de Procedimiento Laboral.

1. Impugnación.

Oportunamente el accionante solicita se revoque la decisión insistiendo en que es un sujeto de especial protección y que su despido le ocasiona un perjuicio irremediable, ya que el

salario que percibía era su único medio de subsistencia y el de su núcleo familiar. Agrega que es a la parte accionada a quien le compete desvirtuar la afirmación de la ausencia de medios económicos, lo cual no ha hecho.

Bajo el anterior argumento insiste en el amparo de sus derechos al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral, y a la seguridad social integral.

Al escrito de impugnación se aportaron actas de declaración que ante notario rindieron el actor y su cónyuge y en la cual manifiestan que desde el mes de junio de 2016, cuando su contrato se dio por terminado, no ha podido conseguir empleo para asumir los gastos de su núcleo familiar y que tampoco ha podido aportar al sistema general de seguridad social en salud y pensiones. En el mismo sentido la señora Sonia Constanza Cardona Bermeo, cónyuge del accionante, declara que depende económicamente de su esposo Guillermo Bulla Espinosa, quien desde el mes de junio de 2016 se encuentra desempleado y sin cobertura en salud y pensiones.¹⁰

1. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 6 de octubre de 2016, el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento revocó integralmente el fallo impugnado, concedió el amparo y ordenó a la Administradora Hotelera DANN S.A.S., que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, reintegrara al señor Guillermo Bulla al cargo que desempeñaba en la empresa, o a uno de mayor jerarquía con el mantenimiento de sus condiciones laborales y salariales, hasta el momento que se reconozca la pensión de vejez y sea incluido en nómina de pensionados.

Para el juez constitucional de segunda instancia, lo que se pretendía por el accionante era la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada de su condición de pre pensionado, y que resulta aplicable a pesar de ser un trabajador del sector privado en razón a la actual posición de la Corte Constitucional sobre el punto.

Se precisa en el fallo que si bien la accionada asumió el pago de la indemnización por el despido del actor, esta circunstancia no es suficiente para afirmar que no se le desconoció el

derecho laboral fundamental de la estabilidad laboral reforzada dada su condición de prepensionado, el cual debió garantizar la entidad.

Para el juez de segunda instancia la decisión de retiro del hoy actor, no sólo desconoce su condición de prepensionado, sino que también le afecta el mínimo vital, ya que se afirma en la demanda y se insiste en la impugnación, que el sustento de esta persona y la de su grupo familiar lo constituía el salario que devengaba en el empleo del cual fue despedido sin justa causa. Adicionalmente se concluye que en el fallo impugnado no se hizo ningún análisis del perjuicio irremediable, lo cual era un presupuesto necesario para establecer la procedencia o no del amparo, y frente a lo que se cuestiona que, si se admitiera que el actor está afiliado y al día en los pagos al sistema de seguridad social en salud y pensiones, ¿qué pasaría con los demás gastos relacionados con la cotidianidad de su propia vida y la de su familia?

El anterior interrogante lo resuelve la segunda instancia afirmando que estos gastos cotidianos estarían en riesgo ante la ausencia de un ingreso económico y ante la imposibilidad de que una persona de la edad del actor¹¹, pueda conseguir un empleo.

Bajo los anteriores argumentos se concedió la tutela en el entendido que, el accionante Guillermo Bula Espinosa cumple con los requisitos para que se reconozca la estabilidad laboral reforzada proveniente de la condición de prepensionado, aunado a la seria y real afectación del mínimo vital.

5.4. Actuaciones surtidas durante el trámite de revisión

En aras de clarificar la realidad de las afirmaciones efectuadas tanto por la parte accionante como por la accionada, mediante auto del 28 de febrero de 2017 se dispuso: i) Solicitar al señor Guillermo Bulla Espinosa información a propósito de si hace o no parte de la Junta Directa de Salud Total Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A.; ii) Ordenar a Salud Total Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A. informar si el señor Guillermo Bulla Espinosa ha suscrito con dicha entidad de salud contrato de prestación de servicios, de ser así, cuál es su objeto, valor, vigencia, o si en la actualidad tiene algún vínculo o relación con la entidad de salud; iii) Ordenar a la Administradora Hotelera Dann S.A.S., la remisión con destino al expediente, de copia del documento en que conste la vinculación del señor Bulla Espinosa como asesor de una de las accionistas de la empresa accionada.¹²

Como respuesta a los anteriores requerimientos el señor Guillermo Bulla Espinosa informa que: i) El día 30 de marzo de 2016 fue designado como miembro de la Junta Directiva de Salud Total Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado, recibiendo una suma mensual que para octubre de 2016 y desde entonces, asciende a un millón de pesos que destina a cubrir algo de sus gastos. ii) No tiene vínculo alguno con accionistas de la empresa. iii) A pesar de que la accionada en cumplimiento del fallo de tutela lo reintegro al cargo que venía desempeñando, no le ha cancelado lo adeudado por salarios y no ha pagado las cotizaciones al sistema del seguridad social, desde la fecha del retiro hasta la fecha del reintegro, y le está efectuando sin autorización descuentos que superan el 65% de su salario con desconocimiento de lo previsto en el artículo 149 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo¹³.

A su turno, el representante legal de la Administradora Hotelera Dann S.A.S., allega copia de un video tomado en el transcurso de una Asamblea Extraordinaria de Accionistas, celebrada en el mes de febrero de 2017 y en el cual se evidencia que el señor Guillermo Bulla Espinosa, manifiesta de manera clara y expresa su vínculo como Asesor de la Señora Frida Spiwak¹⁴. Este último hecho lo reafirma la entidad accionada con las declaraciones que anexa al escrito de respuesta y que fueron rendidas por personas que dicen conocer al señor Guillermo Bulla Espinosa¹⁵.

Por su parte Salud Total EPS-SSA, en escrito de 14 de marzo del presente año, informa que no tiene vínculo contractual con el señor Guillermo Bulla Espinosa, pero que dicho señor actualmente es miembro de la Junta Directiva de Salud Total EPS-SSA, lo cual demuestra con copia del extracto de Acta No. 63 de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de 2016.¹⁶

Leído el extracto del acta que se aportó por la entidad de salud, se infiere que el valor que recibe el señor Guillermo Bulla Espinosa como miembro de la Junta Directiva, a título de honorarios, es de un millón de pesos (\$1.000.000.00).

1. Competencia

La Sala es competente para revisar el fallo de tutela referido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

La pretensión que eleva el accionante se concreta en el respeto de su derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada de su condición de prepensionado del sector privado.

En este orden, el problema jurídico a resolver, por esta Sala de Revisión, se contrae a determinar si la Administradora Hotelera Dann S.A.S. vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante, derivada de su condición de prepensionado, al dar por terminado sin justa causa y de manera unilateral su contrato de trabajo, pese a que se reconoció y pagó la indemnización correspondiente.

3. Marco Constitucional y legal

3.1. El derecho a la estabilidad laboral reforzada

La estabilidad laboral ha sido concebida como la garantía que tiene el trabajador de permanecer en el empleo, a pesar de que su capacidad laboral se pueda ver disminuida por razones de índole psicológico o físico. En palabras de la Corte Constitucional, este derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en:

“ (...) (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz(...)17”.

Inicialmente esta prerrogativa se concibió para garantizar la permanencia en el empleo de las mujeres embarazadas, madres o padres de cabeza de familia, personas que padecen diversas enfermedades y afectaciones de salud o presenten algún tipo de discapacidad o invalidez, y los aforados.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000 al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 1º (parcial) y 2º, del artículo 26 de la Ley 361 de 1991

“por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones” 18, precisó que en un Estado Social de Derecho, las personas en situación de discapacidad¹⁹ vinculadas a la actividad laboral gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

De igual manera y siguiendo con esta directriz, la sentencia T-1040 de 2001²⁰ establece unas reglas que deben cumplirse por el empleador cuando se trata de trabajadores que gozan de esta especial protección constitucional, de permanecer en sus cargos a pesar de su condición física, sensorial o psíquica.

Pero no solo las situaciones de disminución de la capacidad laboral por el estado de salud, o por el embarazo, o por la condición de madres o padres cabeza de familia, dan lugar a la protección especial, sino que dentro de este grupo vulnerable se incluyen aquellas personas próximas a pensionarse, que se ven afectadas por los procesos de reestructuración de la administración pública. Al respecto, la Corte en sentencia T-089 de 2009²¹ precisa que la noción de prepensionado comprende aquellas personas que laboran en entidades estatales en proceso de liquidación, dentro de los programas de renovación de la administración pública, a quienes les falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión. Esta noción fue reiterada en la sentencia C-795 de 2009²², cuando en su texto se precisa que tienen la condición de prepensionados para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de la renovación de la administración pública “el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez (...)”.

“(...) Como se observa, el instituto jurídico del retén social está conformado por un grupo de reglas legales, amparadas por decisiones de control abstracto de constitucionalidad, que tienen por objeto hacer compatibles la facultad del legislador de prever procesos de reestructuración de la Administración y los derechos fundamentales de servidores públicos sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los trabajadores próximos a pensionarse.

Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo (...)."

De igual manera la sentencia T-326 de 2014²⁵ al referirse a aplicación de la estabilidad laboral reforzada a una persona próxima a pensionarse y madre cabeza de familia, reiteró la necesidad de diferenciar entre retén social²⁶ y prepensionado:

"(...) El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables (...). Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén

social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-795 de 2009 (...) “23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado (...) que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado” (...).”.

Bajo estos criterios expuestos por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, para considerar la importancia de proteger el derecho a la estabilidad laboral, se concluye sin lugar a equívocos, que este derecho derivado del artículo 53 Superior, debe garantizarse en virtud del principio de igualdad, que gobierna todas las situaciones que involucran sujetos de especial protección.

El desarrollo del derecho fundamental a la igualdad permite afirmar que la estabilidad laboral debe cobijar y debe predicarse no sólo de los trabajadores que pertenezcan al sector público, sino también aquellos que pertenezcan al sector privado, por lo que, para esta Sala no es de recibo el argumento de la accionada relativo a que la aplicación de este derecho a la estabilidad laboral, se predica únicamente de los trabajadores del servicio público que estén sometidos al programa de renovación de la administración pública. Esto porque la Corte ha sido enfática en señalar que esta calidad, la de prepensionado “no se circunscribe a ese tipo de procesos, toda vez que el fundamento de la figura de la prepensión y la protección que de ella se derivan, tienen origen directo en la norma superior, concretamente, en la lectura armónica de las disposiciones que protegen los derechos laborales y a la seguridad social, y entre ellos, la garantía efectiva del mínimo vital que no puede verse afectada por razón de una desvinculación irregular (...)27”.

Esta Sala Primera de Revisión se ha pronunciado sobre los derechos que le asisten al trabajador, ya sea público o privado, de que se respete su condición de prepensionado y por ende goce de estabilidad laboral hasta que le sea reconocida su pensión al cumplir el status pensional y sea incluido en nómina de pensionados, en los siguientes términos:

“(…) En este tipo de eventos, cuando un trabajador –público o privado- que cumple los requisitos para acceder al derecho pensional es desvinculado laboralmente sin que antes se haya reconocido e incluido en nómina su mesada pensional; esta Corporación ha dispuesto las siguientes medidas para garantizar el mínimo vital y la seguridad social del trabajador y de su núcleo familiar: (i) el reintegro laboral hasta tanto a la persona le sea reconocida la mesada pensional e incluida en nómina de pensionados y (ii) el reconocimiento de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde la época de su desvinculación hasta su reintegro (...)”.²⁸

En reciente pronunciamiento la Corte ha concluido, luego del estudio de las distintas normas que gobiernan la relación laboral a nivel privado, que si bien en ninguna de ellas se contempla una especial protección para los trabajadores que han cumplido o están próximos a cumplir el estatus pensional, como sí ocurre con el servidor público, ello no constituye un obstáculo para que, basando en los principios que gobiernan la relación laboral y que se derivan del artículo 53 de la Constitución Política, se pueda y se deba extender esta prerrogativa a los trabajadores privados²⁹.

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

“ (...) la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de

hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cubija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero”³⁰.

3.2. De los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

3.2.1. Examinado el caso concreto de cara a los requisitos previstos en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 para la procedibilidad de la acción de tutela, encuentra la Sala acreditado el requisito relacionado con la legitimación por activa, porque el accionante es la persona natural titular de los derechos fundamentales que se aducen como vulnerados.

3.2.2. En cuanto a la legitimación por pasiva, la acción se interpone contra la Administradora Hotelera DANN S.A.S., quien presuntamente está desconociendo los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y a la protección de las expectativas legítimas. La Administradora Hotelera DANN S.A.S. es una sociedad por acciones simplificada respecto de la cual el solicitante se encuentra en estado de subordinación derivada de una relación laboral. Por lo anterior, se cumplen los requisitos de legitimación previstos en el último inciso del artículo 86 Superior.

3.2.3. En lo que respecta a la inmediatez se observa que se cumple con este requisito pues el accionante radicó la acción de tutela el día diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciséis (2016), y el despido que la motivó, se produjo el día dieciséis (16) de junio del mismo año.

3.2.4. Acreditado el requisito de inmediatez, a continuación se realizará el análisis respecto del cumplimiento del principio de subsidiariedad.

La acción de tutela, de naturaleza residual y subsidiaria, fue concebida como un mecanismo jurisdiccional excepcional³¹, para procurar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de ciertos particulares³². Es residual o subsidiaria porque no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales para salvaguardar los derechos vulnerados, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³³. Este mandato ha sido identificado por la jurisprudencia como el principio de subsidiaridad, cuyo propósito es el de preservar las competencias establecidas por la Constitución y las leyes a las diferentes autoridades, en consonancia con los principios de autonomía e independencia judicial que gobiernan un Estado Social de Derecho³⁴.

Esto es, que en concordancia con el artículo 86 de la Constitución, el artículo sexto (6) del Decreto 2591 de 1991 estableció dos excepciones al mandato general de improcedencia. La primera, señalada en el texto superior³⁵, refiere que la acción de tutela procederá también cuando, a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales, ésta se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque éstos no brindan una protección lo suficientemente expedita, dadas las circunstancias especiales del caso y la situación en la que se encuentra el individuo solicitante³⁶. Y, la segunda, determina que, la tutela resulta procedente cuando los otros mecanismos de defensa carecen de idoneidad o eficacia para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales conculcados³⁷.

Sobre la primera de las excepciones planteadas, en la Sentencia SU-961 de 1999³⁸, la Corte señaló que “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad

es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”³⁹.

La segunda posibilidad es que las acciones ordinarias no tengan la facultad de resolver la controversia de forma idónea y eficaz, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera definitiva, como mecanismo directo de protección de los derechos fundamentales⁴⁰.

En ese sentido, la tutela para solicitar la protección de derechos laborales, procede de forma excepcional, puesto que para la solución de las controversias que surgen en virtud de una relación laboral, debe acudir a las acciones contenciosas u ordinarias, según la naturaleza de la relación de trabajo. Por lo tanto, cuando quiera que una persona acuda a la acción de tutela para que se protejan sus derechos presuntamente transgredidos en el marco de un contrato de trabajo, debe demostrar que desplaza la vía judicial ordinaria o administrativa por estar en una situación de debilidad, amenaza o indefensión, que genera perjuicio irremediable y por tanto debe ser atendida de manera inmediata por el Juez constitucional.

Ahora bien, el perjuicio irremediable para su configuración, debe reunir los siguientes elementos que fueron descritos por la Corte en la sentencia T-225 de 1993⁴¹:

“(…)

A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado

empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo

de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

Pero no basta manifestar la existencia del perjuicio irremediable, sino que es necesario, para que la tutela sea procedente como mecanismo transitorio, que el perjuicio esté demostrado. Sobre este preciso punto la Corte ha sido clara en señalar que el juez constitucional no está facultado para conceder el amparo transitorio, si el perjuicio que habilita a concederlo, no está suficientemente probado.

Este aspecto probatorio resulta más relevante cuando lo que se pretende a través de la tutela el reconocimiento de acreencias laborales, para lo cual la Corte exige al juez constitucional efectuar un análisis “meticuloso y concreto, lo que de contera evita un uso instrumental e indebido de la acción de amparo y asegura la articulación del mecanismo especial de protección constitucional con el resto del sistema jurídico.”⁴² De no ser así, concluye la Corte:

“(…) el uso inadecuado del amparo constitucional o la falta de diligencia del juez constitucional en la verificación de las condiciones de procedencia de la acción de tutela, llevaría a que se discuta el reconocimiento de derechos de contenido laboral en un escenario inapropiado, situación que se torna más compleja cuando el conflicto laboral es altamente litigioso y se hace necesario el acopio de medios de prueba y elementos de convicción cuya apreciación y escrutinio se debe realizar en el ámbito de la jurisdicción laboral ordinaria o de la jurisdicción contencioso administrativa y no dentro de un proceso de naturaleza sumaria que lo que pretende es el amparo urgente de garantías constitucionales. (...)”⁴³

Para el caso concreto el actor afirma que el despido sin justa causa le afectó su mínimo vital y desconoció su derecho de sujeto de especial protección derivada de la condición de prepensionado, es decir, que le causó un perjuicio irremediable que, a su juicio, torna a la tutela en el mecanismo definitivo de protección, en la medida en que el medio ordinario dispuesto para solucionar la controversia, es ineficaz ante la inminencia del perjuicio. En resumen, el actor considera que el proceso ordinario no propone una satisfacción inmediata de sus derechos fundamentales, pues además se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, toda vez que:

i. Su sostenimiento y el de su familia, provenía de su salario como Vicepresidente Financiero de la Administradora Hotelera DANN S.A.S., y al dejar de percibirlo y de truncarse su expectativa de pensión, tanto él como su núcleo familiar, se vieron afectados en su mínimo vital.

i. Si bien, existen mecanismos ordinarios para debatir las controversias que surgen de los contratos de trabajo, la situación especial del actor -prepensionado, ausencia de ingreso-, permite concluir que sería desproporcionado someterlo a la espera de un proceso judicial, que dada su naturaleza comporta varios meses o años para su solución, por tanto el medio de defensa alternativo no es idóneo ni eficaz.

i. Pese a conocer la condición de prepensionado del actor, el empleador unilateralmente decidió dar por terminado su contrato de trabajo.

1. Improcedencia de la acción en el caso concreto por falta de prueba

Tal y como se precisó en acápites anteriores, la acción de tutela es un mecanismo creado para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, pero de naturaleza residual o supletoria, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial

alternativo, complementario o adicional a los establecidos por el legislador para resolver los conflictos jurídicos en los que se involucren derechos fundamentales, pues éstos, deben en principio ser resueltos por las vías ordinarias, bien sea jurisdiccionales o administrativas.

Bajo el anterior planteamiento y como la controversia que hoy nos ocupa se generó por la terminación unilateral y sin justa causa⁴⁴, del vínculo laboral existente entre la Administradora Hotelera DANN S.A.S. con el actor señor Guillermo Bulla Espinosa, quien afirma que con esta decisión su empleador le desconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada de su condición de prepensionado y le afectó su mínimo vital y el de su núcleo familiar, se decidirá la misma.

Para la Sala si bien al momento de la terminación del contrato de trabajo, al actor Guillermo Bulla Espinosa le faltaban menos de tres años para adquirir la edad pensional de 62 años⁴⁵, y había cotizado un total de 1327,29 semanas al sistema de seguridad social en pensiones⁴⁶, ésta sola circunstancia, la de prepensionado, no hace procedente el amparo solicitado puesto que el actor, a más de contar con un mecanismo idóneo al cual debe acudir para que se defina su derecho, no acreditó la configuración del perjuicio irremediable, por el contrario, quedó demostrado que para el momento del retiro, se le canceló a título de indemnización por despido injusto, la suma de \$43.283.751.00, que recibió honorarios al fungir como asesor de una de las accionistas de la Administradora Hotelera DANN S.A.S., y que en la actualidad es miembro de la Junta Directiva de Salud Total EPS⁴⁷ en la que percibe a título de honorarios la suma de \$1.000.000.00⁴⁸

De otra parte y si bien el accionante afirma al folio 70 del cuaderno contentivo del trámite de revisión que: “no tuve ningún tipo de vinculación con alguna de las accionistas de la Sociedad Administradora Hotelera Dann S.A.S. (...)”, lo cierto es que al folio 100 la entidad anexa una impresión de un correo electrónico⁴⁹ en el que se lee: “Guillermo tenía CITA PREVIA con F González, Rincón y Aldana para conversar conmigo por “Spype” 3pm ayer Oct 4, 2016 en desarrollo de sus funciones como asesor mío. NO NECESITA REPORTARSE A NADIE ES MI ASESOR (...) Guillermo debe poder trabajar tranquilo en casa Dann conde se reúne con todo tipo de asesores INCLUYENDO los abogados de (...) 100% autorizado a entrar al hotel Casa Dann Carlton todo este año 2016. Tiene importantísimos trabajos que hacer por la organización que hoy CARECE DE JEFE FINANCIERO (...)”⁵⁰.

En este orden de ideas y si bien el ingreso que el accionante recibe en la actualidad no tiene punto de comparación con el salario integral que percibía como Vicepresidente Financiero de la Administradora Hotelera DANN S.A., y que ascendía a la suma de \$14.000.000.00⁵¹, no existen suficientes elementos de prueba en el expediente, que le permitan a la Corte tomar una decisión de fondo, en la medida en que era al actor al que le correspondía asumir la carga de demostrar el perjuicio irremediable que se le ocasionó con la terminación del vínculo laboral. No es suficiente con que se alegue un supuesto de hecho del cual se pretenda derivar una consecuencia jurídica, sino que dicho supuesto debe estar suficientemente demostrado.

Bajo el anterior criterio y siguiendo la directriz jurisprudencial sobre las reglas probatorias en materia de tutela⁵², es claro que este mecanismo subsidiario no es el escenario propicio y adecuado para una controversia probatoria como la que tiene que surtirse ante el juez ordinario, para determinar si en efecto al actor se le desconocieron sus derechos laborales al darse por terminada de manera unilateral la relación laboral.

Así las cosas, se revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento el 6 de octubre de 2016, y en su lugar se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Ochenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías que negó el amparo solicitado por Guillermo Bulla Espinosa ante la existencia de otro mecanismo idóneo judicial de defensa de los derechos del accionante.

1. Conclusiones

De acuerdo con lo hasta aquí consignado, la Sala Primera de Revisión concluye que:

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

Quien aduce la vulneración de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que funda la pretensión de amparo, sólo en casos excepcionales admitidos por la jurisprudencia constitucional, tales como, las víctimas de desplazamiento forzado, y en materia de salud, es posible la inversión de la carga de la prueba, en la medida en que la autoridad administrativa o el particular accionado se encuentran en mejores condiciones de probar.

I. DECISIÓN

Así las cosas, esta Sala de Revisión debe concluir que la tutela resulta improcedente ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo con el que cuenta el accionante para el reclamo de los derechos laborales cuya protección buscaba a través de la presente acción constitucional, por lo que se revocará la sentencia de segunda instancia proferida el seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Guillermo Bulla Espinosa contra la Sociedad Administradora Dann S.A.S.

Como consecuencia de lo anterior se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Ochenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías el treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016) dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Guillermo Bulla Espinosa contra la Sociedad Administradora Dann S.A.S., en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela ante la existencia de otro mecanismo judicial de defensa al que debe acudir el actor.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferido en segunda instancia por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Guillermo Bulla Espinosa contra la Sociedad Administradora Dann S.A.S.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Ochenta y Dos Penal Municipal

con Función de Control de Garantías el treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016) dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Guillermo Bulla Espinosa contra la Sociedad Administradora Dann S.A.S., en el sentido de declarar improcedente la acción ante la existencia de otro mecanismo judicial de defensa de los derechos del actor.

Comuníquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

Secretaria General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-229/17

ACCION DE TUTELA PARA REINTEGRO DE PREPENSIONADO-No se debió realizar análisis de la estabilidad laboral reforzada por cuanto es un tema que debería ser resuelto, en su integridad, por la jurisdicción ordinaria (Aclaración de voto)

Se debió haber suprimido el capítulo relacionado con el marco constitucional de la estabilidad laboral reforzada, dado que la imposibilidad de satisfacer los presupuestos de procedencia en el caso objeto de estudio, le deberían haber impedido a esta Corporación pronunciarse sobre temas sustantivos. Si el accionante tenía otros medios de defensa judicial, como así se declaró, no había lugar a que la Corte emprendiera tal análisis y, mucho menos, podía

cuestionar tal y como lo hizo, argumentos de fondo que fueron planteados por la accionada. Esto es un tema que debería ser resuelto, en su integridad, por la jurisdicción ordinaria.

Acción de tutela instaurada por Guillermo Bulla Espinosa contra la Administradora Hotelera DANN S.A.S.

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Comparto el sentido del fallo que declaró improcedente el amparo solicitado por el señor Guillermo Bulla Espinosa contra la Administradora Hotelera DANN S.A.S. y, en consecuencia, la decisión de confirmar la providencia del juez de primera instancia. Sin embargo, discrepo en los asuntos de fondo a los que se hizo alusión en la sentencia de la referencia.

Se debió haber suprimido el capítulo relacionado con el marco constitucional de la estabilidad laboral reforzada, dado que la imposibilidad de satisfacer los presupuestos de procedencia en el caso objeto de estudio, le deberían haber impedido a esta Corporación pronunciarse sobre temas sustantivos. Si el accionante tenía otros medios de defensa judicial, como así se declaró, no había lugar a que la Corte emprendiera tal análisis y, mucho menos, podía cuestionar tal y como lo hizo, argumentos de fondo que fueron planteados por la accionada (fl. 11). Esto es un tema que debería ser resuelto, en su integridad, por la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, debe decirse que no era necesario para adoptar la decisión de improcedencia de la acción de tutela, afirmar que el actor tenía la condición de prepensionado dado que, en el caso analizado, ello era un elemento intrascendente a efectos de definir tal circunstancia. En adición a ello, la conclusión según la cual la estabilidad laboral reforzada, derivada de tal situación, se extiende a los trabajadores del sector privado, es completamente ajena a la ratio decidendi de una sentencia que declara el amparo improcedente.

En los anteriores términos y con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro mi voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 La Sala de Selección Número Uno estuvo integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio.

2 Folios 3 y 4 del cuaderno de revisión.

3 Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la cédula de ciudadanía (Fol. 16 del cuaderno principal).

4 Folios 57-89.

5 Folio 100.

6 Folio 102-103.

8 Folios 179 a 189.

9 Folios 191 a 198.

10 Folio 234 a 237.

11 59 años según fotocopia de la cédula de ciudadanía anexa al folio 16 del cuaderno de primera instancia.

12 Folio 60 a 61.

13 Folios 69 a 89 del cuaderno de revisión.

14 Folio 98 a 101 del cuaderno de revisión.

15 Folio 108 a 129 del cuaderno de revisión.

16 Folios 131 a 136 del cuaderno de revisión.

17 T-320 de 2016 MP. Alberto Rojas Ríos. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

18 MP. Álvaro Tafur Galvis. La sentencia declaró exequible la expresión “salvo que medie

autorización de la oficina de Trabajo”, contenida en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; y exequible “el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

19 C-458 de 2015 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

20 MP. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-198 de 2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-554 de 2009 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

21 MP. Humberto Sierra Porto. SV Jaime Araujo Rentería. Sobre el punto también pueden consultarse las sentencias T-254 de 2008 MP. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1239 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime. En esa oportunidad la Corte Constitucional revisó una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 8° de la Ley 1105 de 2006, por medio de la cual se modifica el Decreto- Ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. Declaró la exequibilidad de la norma demandada al considerar que “fue expedida en ejercicio de facultades constitucionales (Art. 150.7 y 125.4); desarrolla los principios que orientan la función pública; establece una salvaguarda para los derechos de los trabajadores en el sentido que el retiro se debe sujetar al régimen jurídico propio de su vinculación y su estatus; y esta protección cubre a las personas beneficiarias del retén social [...]”.

24 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

25 MP. María Victoria Calle Correa.

26 Entendido como “una medida de protección dirigida a personas puestas en condiciones de especial vulnerabilidad, que se implantó en el marco del programa de renovación y modernización de la administración pública”. Sentencia T-178 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger (E).

27 Ibídem

28 T-693 de 2015 MP. María Victoria Calle Correa.

29 Sentencia T-638 2016 MP. Jorge Iván Palacio Palacio

30 T-357 2016 MP. Jorge Iván Palacio Palacio

31 (CP art. 86).

32 Artículo 1º. Decreto 2591 de 1991.

33 Artículo 6. Ibídem.

34 En la Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se resaltó que el mecanismo de la tutela “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

35 El artículo 86 del Texto Superior, en el aparte pertinente, consagra que: “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

36 En el mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquéllas se utilice[n] como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”

37 En este punto, la última de las normas en cita señala que: “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de

defensa judiciales, (...). La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Énfasis por fuera del texto original.

38 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

39 La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Este amparo es temporal, como lo establece el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”. Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

40 Véanse, además, las Sentencias T-179 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-500 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett, T-135 de 2002 MP. Alvaro Tafur Galvis, T-1062 de 2001 MP. Alvaro Tafur Galvis, T-482 de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett, SU-1052 de 2000 MP. Alvaro Tafur Galvis. AV. José Gregorio Hernández Galindo, T-815 de 2000 MP. Alvaro Tafur Galvis, T-418 de 2000 MP. Alvaro Tafur Galvis. AV. Alfredo Beltrán Sierra, T-156 de 2000 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-716 de 1999 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

SVP Vladimiro Naranjo Mesa y SV Alfredo Beltrán Sierra, SU-086 de 1999 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-554 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz, T-384 de 1998 MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-287 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

42 T-1033 de 2010 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

43 T-571 de 2015 MP. María Victoria Calle Correa.

44 Hecho cuarto de la demanda de tutela que fue aceptado por la accionada al contestar la demanda (folios 3 y 58 del cuaderno principal).

45 Al momento del retiro 16 de junio de 2016 el actor tenía 59 años 4 meses y 10 días, es decir que le faltaban un total de 2 años 7 meses y 20 días para cumplir la edad pensional de 62 años, pues el derecho del actor se rige por lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que exige esta edad a partir del 1º de enero de 2014.

46 Folio 46 del cuaderno principal.

47 Según se infiere de la copia del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, anexo a los folios 36 a 43 del presente cuaderno.

49 Artículo 247 del C.G. del P. “Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”.

50 Folio 100 del cuaderno de revisión.

51 Cláusula décima del contrato de prestación de servicios anexo a folios 17 a 21 del cuaderno principal.

52 T-298 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Puede consultarse también la sentencia T-131 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.