

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ D. C.**

ACCIÓN DE TUTELA NO. 110013105033 2020 00087 00			
ACCIONANTE	Nohora Cristina Murillo	DOC. IDENT.	63.313.321
ACCIONADA	Malsar Ltda		
PRETENSIÓN	Que se ordene a la accionada: 1. Reintegrar a la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, sin desmejorar su condición laboral, hasta que le sea reconocida la pensión de vejez de parte de Colpensiones y haya sido incluida en nómina de pensionados. 2. Pagar a la accionante los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el día en que terminó el vínculo laboral y hasta la fecha efectiva del reintegro. 3. Pagar los aportes al SGSS dejados de cancelar desde el día en que terminó el vínculo laboral y hasta la fecha efectiva del reintegro.		

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020).

Procede el Despacho a resolver la IMPUGNACIÓN contra la sentencia de tutela proferida el día el 7 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero Municipal De Pequeñas Causas Laborales de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

NOHORA CRISTINA MURILLO BONILLA instauró acción de tutela contra MALSAR LTDA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA GIMNASIO LOS ROBLES, a fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales a ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ, SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL, VIDA, TRABAJO E IGUALDAD.

A. Resumen de los hechos contenidos en el escrito de tutela.

1. Que la accionante y el accionado iniciaron relación laboral en el mes de febrero del año 2017, en la modalidad de contrato individual de trabajo a término fijo, el cual después de sus respectivas renovaciones automáticas terminó el 31 de diciembre del 2019, según se notificó mediante comunicado del 25 de noviembre de la misma anualidad.
2. Que el cargo con que fue contratada y que en la actualidad debería estar desempeñando es el de ECÓNOMA, acorde a lo pactado en el contrato de trabajo y al Manual de Funciones del GIMNASIO LOS ROBLES.
3. Que la accionante nació el 31 de diciembre de 1964, por lo tanto, hoy en día tiene 55 años y un mes de edad, por lo que es poseedora de una protección especial o estabilidad laboral reforzada, no solo por su debilidad manifiesta en salud por el accidente de trabajo sufrido, sino también por tener una configuración de protección al pre pensionado, en atención a

que cuenta con el número aproximado de semanas que se requieren para obtener el beneficio pensional.

4. Que a la fecha de presentación de esta acción de tutela la señora Murillo cuenta con 1028,57 semanas reportadas y contabilizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, ante Colpensiones y tiene aproximadamente 120 semanas que fueron cotizadas por la empresa MALSAR LTDA. durante los años 2017 a 2019 las cuales no se encuentran en el reporte entregado a la accionante actualizado por Colpensiones al 19 de diciembre de 2019.
5. Que la señora Murillo a la fecha cuenta con aproximadamente 1199 semanas cotizadas al sistema de Seguridad Social en Pensiones, circunstancia que junto con la edad de 55 años, la hacen beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada de pre pensionada.
6. Que la señora Murillo requirió a Colpensiones para que aclaren el informe entregado referido en el hecho anterior, bajo los radicados N°.0201916986455SIO del 19 de diciembre de 2019, 0201917132476 del 23 de diciembre de 2019 y el N. 0202094055E80 del 3 de enero de 2020 y que a la fecha no tiene respuesta por parte de la entidad.
7. Que teniendo en cuenta la calidad de pre pensionada, goza de una protección laboral reforzada que la salvaguarda frente a una terminación del contrato laboral, encontrándose en riesgo el disfrute de una pensión y del ingreso mínimo vital, aquel con el que costeaba sus gastos y los de su hija de 14 años, con la dificultad de conseguir un nuevo empleo.
8. Que la señora Nohora Cristina Murillo actualmente cumple con los requisitos para ser madre cabeza de hogar, ya que se encuentra divorciada, según consta en la escritura N 3208 del 22 octubre de 2019 de la Notaría 39 del Circulo de Bogotá.
9. Que la accionante tiene una hija de 14 años de la cual tiene la custodia y cuidado personal, que se está viendo afectada por ser quien responde por el 90% de los gastos de la menor y del hogar como cabeza de familia.
10. Que con la terminación del contrato de trabajo la accionante ha visto afectado su mínimo vital, el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, el derecho al trabajo y por ende todas las circunstancias que han llegado a perjudicarla por el alto nivel de estrés al no poder llevar el sustento económico al seno de su hogar.
11. Que la señora Murillo siempre desarrollo su trabajo para la empresa MALSAR LTDA (INSTITUCIÓN EDUCATIVA GIMNASIO LOS ROBLES), con absoluto compromiso y dedicación, prueba de ello son los reconocimientos que la misma empresa le entrega en noviembre de 2019, en donde le indican que se "caracteriza por ser una persona líder y responsable", razón por la cual no se explica la situación de no continuar con el contrato de trabajo de mi poderdante, aun cuando ellos conocían la calidad de pre pensionada de la accionante y habían renovado el contrato de trabajo en tres ocasiones anteriores, como lo fueron los años 2017, 2018 y 2019.
12. Que la señora NOHORA CRISTINA MURILLO BONILLA sufrió un accidente de trabajo por caída que le causo lesión en su pie izquierdo, el 01 octubre de 2019 a las 9:00 a.m. en las instalaciones del empleador.
13. Que como resultado de la lesión sufrida por el accidente de trabajo, desde el 4 de octubre de 2019 se le han venido realizando una serie de fisioterapias en busca de recuperar la movilidad acorde a como estaba antes del suceso, sin embargo no ha sido posible, por varias

circunstancias; una de ellas es la edad de 55 años le impide una recuperación pronta, pues el cuerpo no sana de la misma manera, y a estar cesante por la terminación del contrato de trabajo, conlleva la desafiliación al Sistema General de Seguridad Social, dejándola en desamparo total, aun cuando se trató de un accidente de trabajo.

14. Que la empresa MALSAR LTDA (INSTITUCIÓN EDUCATIVA GIMNASIO LOS ROBLES), no remitió orden para examen médico de egreso a la señora Nohora Cristina Murillo, pese a conocer, que había tenido un accidente de trabajo que causó una lesión de la cual se encuentra en recuperación y terapias, continua en citas médicas para lograr la recuperación de la lesión y a la espera de que se le indique por su médico tratante si requiere de cirugía o un tratamiento diferente que le permita recuperar su movilidad al 100% sin traumatismos.

B. Respuesta de MALSAR LTDA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA GIMNASIO LOS ROBLES.

Mediante memorial radicado el 4 de febrero de 2020 en el juzgado de primera instancia, la accionada señala que, año a año se le liquidaba el contrato de trabajo a la accionante, pues para los años 2017 y 2018, se efectuaba la terminación de estos y posteriormente iniciaba nuevamente el vínculo laboral, por lo que el 31 de diciembre de 2019 se terminó la relación laboral por el cumplimiento del plazo pactado.

Indicó que conforme lo certifica el reporte de semanas cotizada a Colpensiones, la accionante cuenta con 1028,57, lo que deja en evidencia que cumplió con sus deberes como empleadora.

Sin embargo, en relación con la afirmación de que goza de estabilidad laboral reforzada, esta carece de fundamento normativo y probatorio, ya que no cuenta con el tiempo suficiente, pues, aproximadamente le hacen falta 272 semanas para poder adquirir su derecho pensional, es decir, aproximadamente cinco años.

Adicionalmente, señaló que conforme a la documental aportada por la accionante, esta no encaja dentro de la figura de la madre cabeza de familia, y en cuanto al accidente sufrido, manifestó que fue un esguince de un tobillo que recibió atención, y por tanto no es una lesión incapacitante que impida el normal ejercicio de sus actividades y en todo caso, la Administradora de Riesgos Laborales ha velado por el tratamiento que se le ha realizado.

Finalmente adujo que la presente acción de tutela es improcedente, dado que existen otros mecanismos, sumado a que no está probada la supuesta violación de derechos fundamentales.

C. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante providencia del 7 de febrero de 2020, el Juzgado Primero de Pequeñas Causas Laborales del Distrito Judicial de Bogotá amparó de los derechos fundamentales invocados por la actora teniendo en cuenta:

“(...) la acción de tutela si es procedente en el presente caso, a pesar de la existencia de otros mecanismos, pues no puede pasar por alto, que la terminación del contrato de trabajo afecta de manera inmediata la construcción del derecho pensional, y por tanto, al llevar la controversia aquí planteada a un proceso ordinario laboral con la demora que este proceso tendría, claramente podría generar la consumación de un perjuicio irremediable a la aquí accionante (...)

Sumado a esto, tal como se señaló precedentemente, es pertinente la intervención del juez constitucional cuando se evidencie que quien alega la calidad de pre pensionado vea vulnerado su derecho al mínimo vital, lo cual, en el presente proceso se encuentra acreditado no solo porque la accionante se encuentra en tratamiento médico producto del accidente laboral ocurrido, lo cual está probado a folios 47 a 50 y 69 a 74, sino además, porque su menor hija depende económicamente en gran parte de su progenitora, de acuerdo al contenido del Acta de Conciliación de Custodia, Alimentos y Visitas a favor de la niña a folio 81 del expediente, en el que se observa que su padre proporciona tan solo una cuota alimentaria de \$350.000, por lo que es claro para el Despacho que, a la terminación del contrato de trabajo, la accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

Ahora, debe tenerse en cuenta que la accionante tiene 54 años, tal como se prueba con la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 26, y esto, como lo indico la Corte Constitucional, es un indicador de su falta de probabilidades para reintegrarse al mercado laboral (...)

Adicionalmente, al revisar la historia laboral allegada por Colpensiones y, que obra a folios 94 a 96, se encuentra que la accionante tiene un total de 1.203 semanas cotizadas, siendo su última cotización la realizada por la empresa MALSAR LTDA para el ciclo de diciembre de 2019, de lo anterior se colige que efectivamente al 31 de diciembre de 2019, momento en que terminó el contrato de trabajo, la accionante ya gozaba de la calidad de pre pensionada, puesto que le faltaban, menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y por tanto la entidad debió haber tenido presente este elemento al momento de decidir la desvinculación de la accionante.

Ahora bien, aunque la parte accionada señala que la terminación del contrato de trabajo se produjo en causal objetiva, es decir, en el vencimiento del plazo pactado, lo cierto es que de manera pacífica y reiterada la Corte Constitucional ha señalado que en materia tanto de control abstracto como control concreto de constitucionalidad, este Tribunal ha considerado que el empleador - independientemente de su naturaleza pública o privada-, no puede argumentar que el solo vencimiento del plazo lo legitima para no continuar con un contrato que ha venido prorrogando de manera indefinida, cuando el objeto del mismo implica el desarrollo de actividades de carácter permanente y el empleado ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones y responsabilidades (...)

D. Impugnación.

La accionada presentó escrito de impugnación el 13 de febrero de 2020, aduciendo que la accionante nunca informó a su empleador su condición de pre pensionada y que la relación laboral terminó por factores objetivos toda vez que la decisión fue tomada por cuanto ya no se necesitaban sus servicios dada la reducción de educando para 2020, y por el mal ambiente laboral que se estaba generando a causa del incumplimiento de sus labores, a pesar de haberse realizado un sinnúmero de llamados de atención verbales.

En tal sentido, allega documental adicional que solicita sea tenida como prueba.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

Estima el despacho que el problema constitucional que deriva de las situaciones fácticas puestas en conocimiento por las partes consiste en determinar si el juez de primera instancia valoró de manera apropiada y conforme al alcance constitucional las pretensiones de la accionante en conjunto con el acervo

probatorio allegado por las partes al proceso, para llegar a la conclusión de conceder el amparo, para dirimir el conflicto existente entre las partes.

III. CONSIDERACIONES

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EXIGIR APLICACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A PRE PENSIONADOS

“(...) La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio oportuno (inmediatez) y un ejercicio subsidiario.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Menciona la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al analizar el requisito de inmediatez de la acción de tutela por la inminencia de un perjuicio irremediable tal componente debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, tal como lo expresa entre otras en la sentencia T 245 de 2015 en los siguientes términos:

“La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental. (...)”

La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que:

- i) Exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros;*
- ii) La inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;*
- iii) Exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o**
- iv) Cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual.”**

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Como bien es sabido, la acción de tutela fue creada como un mecanismo cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que están siendo vulnerados o amenazados. Dicha acción tiene un carácter residual, en tanto que la misma procede únicamente ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que contrarresten la inminente vulneración de los derechos fundamentales de las personas. (Sentencia T-132 de 2006).

Bajo este postulado, el inciso 4^a del Art. 86 de la C.P. establece que ***“esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”***. (Subrayado fuera de texto).

A su vez, Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que dicha acción será improcedente cuando existan otros medios de defensa judiciales como arriba se mencionó, no obstante, esta acción será procedente excepcionalmente, siempre y cuando dichos medios no resulten eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. Para tal efecto, el Juez constitucional deberá analizar el caso en concreto con la finalidad de determinar la eficacia de los medios de defensa judicial existentes y las circunstancias específicas en que se encuentra el accionante para invocar la protección de sus derechos a través de la tutela.

En tal sentido, la acción de tutela procede como mecanismo principal y definitivo de protección de los derechos fundamentales cuando el accionante ha acreditado que no cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, existiendo, estos no resultan idóneos para resguardar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados (Sentencia T-079 de 2016). De presentarse dicho evento, el Juez Constitucional deberá evaluar las circunstancias específicas en las que se encuentra el accionante, para determinar si en el caso en concreto los medios existentes resultan ineficaces para la protección de sus derechos.

Por su parte, esta acción constitucional procede como mecanismo transitorio en aquellos casos en los que, pese a existir otros medios de defensa alternativos, el accionante busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de tutela tendrá efectos temporales y producirá efectos hasta tanto la autoridad competente decida de fondo el respectivo caso.

De tal manera, se tiene entonces que existen dos excepciones al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela (Sentencia T-029 de 2017), una de las cuales se encuentra estrechamente ligada con la existencia de un perjuicio irremediable.

Así pues, en cuanto a la naturaleza de este perjuicio y cómo identificar la existencia del mismo en un determinado caso, la Corte Constitucional ha establecido las características propias de esta figura de la siguiente manera:

“(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir, (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”. (Sentencia T-538 de 2013.)

Para tales efectos, la Corte dispone que el Juez Constitucional debe realizar un juicio de procedibilidad de la acción, el cual deberá ser menos estricto cuando el accionante sea un sujeto de especial protección. De tal manera lo ha dispuesto al establecer que “existen situaciones especiales en las que el análisis de

procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales” (*Sentencia T-515 de 2006*) (Subrayado Fuera de Texto).

Así pues, al momento de realizarse el juicio de procedibilidad, se deberán analizar las condiciones específicas del accionante como sujeto de especial protección, con miras a flexibilizar las reglas generales de procedibilidad de la acción de tutela contempladas en el Decreto 2591 de 1991. (*Sentencia T-206 de 2013*)

*“Esta Corte ha manifestado que **si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.**”* (*Sentencia T-015 de 2006*) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Para realizar dicho análisis, el Juez de Tutela, tendrá que tener en cuenta que este mecanismo se encuentra revestido de un carácter residual y subsidiario, para garantizar una protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa eficaz para salvaguardar el derecho, o cuando esta se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (*Sentencia T-336 de 2009*)

De tal forma se tiene la acción de tutela procede de manera excepcional en los siguientes casos (*Sentencia T-336 de 2009*):

“i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.

ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE.

Tal derecho se encuentra plenamente analizado y descrito en la sentencia T 357 de 2016 en los siguientes términos:

“(…) Así, esta Corporación se ha referido a los pre pensionados como aquellas personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública, entendiendo que **“tiene la condición de pre pensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de 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”**.”

Con todo, **la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales**. Son diferentes las sentencias que se han ocupado del alcance de esta protección por fuera del contexto de la renovación de la administración pública³⁴, pero resulta particularmente diáfana la distinción realizada por la Corte en la sentencia T-326 de 2014, en donde se precisó lo siguiente:

“El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los pre pensionados 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 vulnerables³⁵. 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 pre pensionados 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”. (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, la condición de pre pensionado, 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 cobija 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 pre pensionable 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 igual sentido, la SU-003 de 2018 establece el alcance de esta protección constitucional a los trabajadores del sector privado:

Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “pre pensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social

en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

De otro lado, la sentencia T 824 de 2014, menciona respecto a la terminación del vínculo a personas que están próximas a adquirir el estatus pensional, que el vencimiento del plazo del contrato no es justa causa suficiente para desconocer la protección constitucional:

“De manera pues, que, en el caso bajo estudio, el simple vencimiento del plazo no constituye necesariamente una justa causa para la terminación del contrato laboral del actor, pues subsistiendo las causas que dieron origen a la relación laboral entre aquel y la accionada y, teniendo probado que cumplió en forma adecuada sus funciones, no existe causa objetiva que impida que el accionante pueda conservar su trabajo, aunque el término del contrato haya expirado.

Como consecuencia de dicho actuar, el accionante y su familia están expuestos a la vulneración clara y evidente de sus derechos al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, por cuanto se les estaría dejando sin la única fuente de ingresos que tenían para su sostenimiento, que consistía precisamente en el salario que devengaba el accionante como conductor al servicio del Banco Agrario.

EN CUANTO A LA CARGA DE LA PRUEBA FRENTE A LA AFECTACIÓN AL MÍNIMO VITAL

Manifestó la accionada en su contestación que no obra a folios prueba suficiente de vulneración alguna al mínimo vital de la accionante y por ende de la existencia de un perjuicio irremediable.

En tal sentido, la Corte constitucional en Sentencia T 357 de 2016 estableció:

“La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en la legislación procesal civil colombiana referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba.

En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario.

Así mismo, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.⁴¹”

Ya en el marco de los derechos pensionales, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prueba del riesgo de sufrir un perjuicio irremediable para efectos de la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos:

“En otros casos, la Corte Constitucional ha sostenido que la falta de pago de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital. De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una

suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva. **Así, la Corte ha dicho que es legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde súbitamente su única fuente de subsistencia**". (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, y de acuerdo a la jurisprudencia citada, se tiene que **no hace falta que el peticionario aporte prueba de la precariedad de su capacidad económica para probar una afirmación en tal sentido y en consecuencia le corresponde a la entidad accionada el desvirtuar tal aseveración** (...)

EN CUANTO AL DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Si bien el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 establece que durante la impugnación es posible decretar y practicar pruebas de manera oficiosa o a petición de parte:

ARTICULO 32. TRAMITE DE LA IMPUGNACION. *Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.*

*El juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, **podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas** y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.*

Lo cierto es que el artículo 327 del CGP establece de manera taxativa las oportunidades en las que se debe dar trámite a pruebas solicitadas en segunda instancia, en contra de sentencias:

“ARTÍCULO 327. TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS.

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

1. *Cuando las partes las pidan de común acuerdo.*
2. *Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.*
3. *Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.*
4. *Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.*

5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

Ejecutoriada el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código.

El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia.”

C O N C L U S I O N E S

En cuanto a la inmediatez.

A este respecto debe mencionar el despacho que teniendo en cuenta que la relación laboral terminó el 31 de diciembre de 2019 y la accionante acudió al juez constitucional el 27 de enero de 2020, como se observa en el acta de reparto visible a folio 84 del expediente, para el despacho se encuentra plenamente satisfecho este requisito, pues no transcurrió un mes completo entre la fecha en que aconteció el hecho que presuntamente ocasionó la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y la fecha en que ésta acudió ante el juez de tutela para buscar el restablecimiento de los mismos.

En cuanto a la subsidiariedad

Teniendo en cuenta las normas y la jurisprudencia estudiadas, la acción de tutela es procedente de manera subsidiaria:

“i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.

ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, ha de considerarse que este requisito se encuentra igualmente satisfecho toda vez que el tiempo que le falta a la accionante para acceder a la pensión de vejez es igual o inferior a dos años y el trámite de un proceso declarativo puede conllevar más tiempo, lo que indudablemente le acarrearía mayores perjuicio a ella y a su menor hija, pues como se mencionó en sentencia T-357 de 2016, la accionada no logró desvirtuar la presunción de veracidad relatada por la accionante en los hechos de la tutela, respecto al hecho de que al dejar de percibir su salario está viendo afectado su mínimo vital y el de su menor hija, máxime cuando el padre de la menor no es constante con el pago de la cuota alimentaria como se observa en el expediente y someterlas al trámite de un proceso ordinario ante la jurisdicción laboral acarrearía mayores perjuicios y podrían llegarse a ver vulnerados otros derechos fundamentales, razón por la cual la decisión no podría ser tomada de manera transitoria.

De la calidad de pre-pensionada

Frente a este aspecto considera el despacho que le asiste razón a la juez de primera instancia al expresar:

*“Ahora, debe tenerse en cuenta que la accionante **tiene 54 años**, tal como se prueba con la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 26, y esto, como lo indico la Corte Constitucional, es un indicador de su falta de probabilidades para reintegrarse al mercado laboral (...) Adicionalmente, al revisar la historia laboral allegada por Colpensiones y, que obra a folios 94 a 96, se encuentra que la accionante tiene un total de **1.203 semanas** cotizadas, siendo su última cotización la realizada por la empresa MALSAR LTDA para el ciclo de diciembre de 2019, de lo anterior se colige que efectivamente al 31 de diciembre de 2019, momento en que terminó el contrato de trabajo, la accionante ya gozaba de la calidad de pre pensionada, puesto que le faltaban, menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y por tanto la entidad debió haber tenido presente este elemento al momento de decidir la desvinculación de la accionante.”*

Pues efectivamente, al revisar la documental aportada por la actora junto con la tutela, se tiene que nació el 31 de diciembre de 1964, es decir que, al 31 de diciembre de 2019, la accionante cumplía exactamente 55 años, es decir, le faltaban dos años para cumplir la edad requerida para acceder a la pensión de vejez.

De igual manera, de la historia laboral allegada se puede extraer que efectivamente cuenta con 1203 semanas cotizadas, lo que implica que le faltan 97 semanas, algo menos de dos años para alcanzar el mínimo de semanas requeridas.

En consecuencia, es acertada la valoración que de las pruebas y los hechos planteados por las partes realizo el a quo, toda vez que como ya se mencionó, este fuero cobija a trabajadores tanto del sector público como del sector privado y la Corte Constitucional ha decantado en amplia jurisprudencia que:

“(...) el simple vencimiento del plazo no constituye necesariamente una justa causa para la terminación del contrato laboral del actor, pues subsistiendo las causas que dieron origen a la relación laboral entre aquel y la accionada y, teniendo probado que cumplió en forma adecuada sus funciones, no existe causa objetiva que impida que el accionante pueda conservar su trabajo, aunque el término del contrato haya expirado.”

Ahora bien, en cuanto al argumento esbozado por la accionada en el escrito de impugnación relativo a que la terminación del vínculo se dio, no sólo por el vencimiento del plazo del contrato, sino porque sus servicios ya no eran requeridos dada la disminución de educandos matriculados para 2020 y el mal ambiente laboral que se estaba generando con la accionante, por cuanto no ejecutaba sus labores a cabalidad *“situación que infortunadamente no fue elevada por escrito”*, pero que le significó varios llamados de atención verbales.

Lo cierto es que, es una situación que no fue argumento de defensa en primera instancia y por tanto no fue objeto de discusión, pues como se observa a folio 103, la accionada acepta parcialmente el hecho 10 de la tutela mencionando:

*“(...) **el hecho que haya sido una buena trabajadora o una persona sobresaliente en el cumplimiento de las funciones** no significa que, al cumplimiento de un plazo, el empleador tenga el deber y/o la obligación de continuar contratando al trabajador (...)”*

Lo cual contradice totalmente los nuevos argumentos esbozados en la impugnación, en consecuencia, y teniendo en cuenta que la accionada pretende se tengan en cuenta nuevas pruebas relacionadas con el hecho que planteó de manera sobreviniente, procederá el despacho a dar aplicación al contenido del artículo 327 del CGP y en tal sentido, no tendrá en cuenta los planteamientos de la impugnación ni las pruebas solicitadas, por cuanto, como ya se mencionó, obedecen a una situación fáctica que no fue objeto de discusión en primera instancia.

Aunado a ello está el hecho de que la accionada no probó de manera siquiera sumaria, que efectivamente el número de educandos matriculados haya disminuido para el 2020, por consiguiente, no se encuentra demostrado que las causas que dieron origen al contrato de trabajo hayan desaparecido.

En consecuencia, procederá el despacho a confirmar la decisión proferida por la Juez Primera Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes, el fallo proferido el 7 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá.

SEGUNDO: NOTIFICAR mediante telegrama a las partes la presente decisión.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Original Firmado

JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ