



JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022)

| | |
|--------------------|---|
| Referencia: | Acción de Tutela |
| Radicado: | 110014003037-2022-00148-00 |
| Accionante: | CRISTIAN ALCIDES ULLOA |
| Accionada: | EMPRESA AECSA S.A |
| Vinculados: | ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. SALUD TOTAL EPS. MINISTERIO DE TRABAJO. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SGSSS. VIRREY SOLIS I.P.S. |
| Actuación: | Sentencia de Tutela de Primera Instancia |

1

De conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2591 de 1991, y dentro del término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional, procede este Despacho a decidir sobre la acción de tutela instaurada **CRISTIAN ALCIDES ULLOA** en contra de **EMPRESA AECSA S.A**

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS:

Se pretende el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad.

FUNDAMENTOS FACTICOS:

En la formulación de la acción de tutela CRISTIAN ALCIDES ULLOA, aduce textuales lo siguiente:

- “1. Estoy incorporado a una empresa de abogados en cobranzas AECSA SA quienes me desprotegieron en mis derechos
- 2.Estoy afiliado al fondo de pensiones administradora de fondos porvenir desde hace más de 10 años
- 3.Estoy en condición actual de discapacidad en mayor parte ocasionados por la Empresa AECSA SA
- 4.No recibo ningún auxilio hace más de 7 meses
- 5.No tengo ningún medio económico por mis condiciones de salud
- 6.Sufro de una ansiedad bastante alta por culpa de dichas entidades y saber que he sido burla en la gestión de los mismos.
- 7.Se me niega la posibilidad de parte de la empresa que me ha maltrato y humillado y muchos casos burlado de mi condición en poderme colaborar con la gestión de autorizarme por mi vulnerabilidad el pago de mis cesantías.
- 8.Negativa de la empresa desde que me comunique con ellos desde mediados de enero y nunca daban respuestas , ya que el acercamiento a estos lugares por salud se me imposibilita en muchos casos.



9. Negativa por parte de la empresa al decir que mi condición de salud y económico se afectó desde que inicio la pandemia

10. Las bajas y maltratos que la empresa niega y cuando les solicito colaboración siempre me dan negativas, menos en este caso que estoy en una ansiedad depresiva y alta a punto de suicidarme porque no tengo ayudas correspondientes a mis estados de salud.

11. La no colaboración y aceptación de poderme gestionar el retiro de mis cesantías por vulnerabilidad física, mental, económica y mínimo vital o sustento a mi hija recién nacida.

12. La negación según la empresa AECSA SA indicando que el decreto 488 no entra en mi salvamento o ayuda para poder autorizar mis cesantías y poderlas retirar ya que desde que inicio la pandemia la empresa llegó hasta amenazarme de retirarme o no devengarme algún sueldo por las razones de la pandemia. Incluso debí apegarme a la ley de estar incorporado forzosamente porque en grabaciones y llamadas indicaron que yo era el único empleado que colocaba problemas, pero siempre indiqué que impedían mi situación de continuidad médica, incluso les pareció mejor opción indicarme que me incapacitara así ellos no los afectaba yo en nada.

13. Estoy en condición de discapacidades múltiples, física, mental, cognitiva las cuales la mayoría se afectaron por culpa de esta empresa.

14. Desde el 01 de agosto de 2021 no devengo ni auxilio, ni pago de incapacidades por porvenir, no he podido radicar documentos porque exigen fotocopias y no tengo ningún medio económico para poder llevar bastantes historias clínicas y exámenes para proceso de salud que según salud total determinó desfavorable.

15. A la fecha he tenido que vivir de obras de caridad, pero mis procesos médicos no los puedo continuar y tampoco cumplir con los requerimientos de hacer el proceso para validar la pensión por invalidez.

16. Tengo impedido terapias y seguimientos por mi condición de salud.

17. No he podido costear gastos para mi bebé recién nacida que son para pañales y citas médicas entre otros.

18. Soy el responsable de mi hogar en el pago de las siguientes obligaciones dinerarias, por lo que no ha sido posible estar al día en el pago debido a la mora en el pago de mis incapacidades médica:

- a. Facturas de servicios públicos domiciliarios.
- b. Pago del canon de arrendamiento.
- c. Alimentación y sustento de menor recién nacida
- d. Transporte para citas médicas y continuidad de procesos.
- e. Alimentación y sustento vital.

19. Fueron vulnerados mis derechos a una vida digna, mínimo vital, la seguridad social, a la igualdad, tranquilidad personal, salud, dignidad humana y familiar, apoyo o seguimiento y desprotección debido a que a pesar que estoy al día en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social, y aún vinculado a esta empresa y pese a ello, tanto Empresa AECSA SA y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., no han realizado los trámites efectivos para el pago de las incapacidades o al menos poder el pago de mis cesantías CUANDO ES



EVIDENTE QUE ACTUALMENTE NO ME ENCUENTRO CON CAPACIDAD LABORAL PLENA PARA PODER TRABAJAR EN MI OFICIO.

20. Se observa que las entidades accionadas no han asumido la responsabilidad de pago de las incapacidades medicas adeudadas en mi favor, por ello, ante el detrimento económico que he sufrido y el estado de debilidad manifiesta e indefensión que padezco, solicito el amparo de los derechos fundamentales citados y se pueda hacer una excepción del pago de mis cesantías por mis circunstancias desesperantes.”

3

Pretensiones

En consecuencia, a los hechos expuestos, el accionante solicita

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, petición, debido proceso, y la igualdad, ayuda humanitaria debido proceso, tranquilidad personal, ayuda en pago de mis cesantías y sean autorizadas tal como se expuso al principio de esta acción de tutela.

SEGUNDO: ORDENAR a la entidad que corresponda, el pago de las cesantías y si es posible incapacidades médicas (las cuales solicitaremos en otra tutela) adeudadas desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 24 de marzo de 2022, y aquellas que con posterioridad se llegaran a reconocer.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La presente acción de tutela fue admitida el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022), disponiendo notificar a las accionadas **EMPRESA AECSA S.A., vincúlese de oficio a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., MINISTERIO DE TRABAJO, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SGSSS –ADRES, VIRREY SOLIS I.P.S. y SALUD TOTAL EPS**, con el objeto de que se manifestarán sobre cada uno de los hechos descritos en el libelo.

CONTESTACIÓN A LA TUTELA

Las respuestas emitidas por las entidades accionadas y vinculadas que contestaron la tutela reposan en el expediente digital.

- **EMPRESA AECSA S.A.**
- **MINISTERIO DE TRABAJO**
- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SGSSS –ADRES,**
- **VIRREY SOLIS I.P.S.**
- **SALUD TOTAL EPS**

Cabe aclarar que en el término legal concedido la entidad **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, guardo silencio, pues NO allego contestación alguna que desvirtuara las manifestaciones realizadas por el accionante.



CONSIDERACIONES:

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia nacional ha manifestado que la acción de tutela en el sistema jurídico de nuestro Estado Social de Derecho, es uno de los mecanismos que contempla la Carta Política entrada en vigencia desde el año de 1991 de mayor raigambre, para que los asociados obtengan de manera expedita el respeto a sus derechos fundamentales, que el texto supra legal ha previsto a favor de todo ser humano habitante de nuestro territorio, cualquiera que sea su condición económica, social, sin consideración a su sexo, creencia moral, política, religiosa, etc., cuando del actuar de las autoridades públicas, o de los particulares que presten un servicio de esta misma naturaleza, es decir, público, resulte un claro desconocimiento de aquellos derechos.

Se convierte entonces la acción de amparo constitucional en un mecanismo residual previsto por la Carta Magna, a través del cual se dotó a todas las personas naturales o jurídicas de una herramienta idónea tendiente a prevenir o remediar de la manera más rápida posible violaciones a los derechos fundamentales, tal como lo prevé los artículos 1 y 42 del Decreto 2591 del año de 1991.

1. De la Competencia:

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela de acuerdo con los parámetros establecidos por el Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Decreto 1382 de 2000.

2. Problema Jurídico

En el plenario, corresponde establecer ¿si la entidad accionada, han vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad del señor **CRISTIAN ALCIDES ULLOA**, al no cancelarle los dineros correspondientes al pago de cesantías?

Tesis NO

Para zanjar la cuestión planteada, es preciso ahondar en primer lugar sobre los lineamientos esbozados por la jurisprudencia constitucional respecto a:

2.3 De las cesantías

Las cesantías son una prestación social a cargo del empleador y a favor del trabajador que corresponde a un mes de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente al tiempo de servicio, prestación que tiene como objetivo principal dar un auxilio monetario cuando la persona termine su relación laboral.

Respecto a los Regímenes de Cesantías, la Ley 50 de 1990 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras



disposiciones”, establece dos (2) Regímenes de Cesantías: (i) el Régimen Tradicional o llamado de Retroactividad y (ii) el segundo el Régimen Especial, en atención a lo normado por el artículo 98, norma que a la letra establece:

“Artículo 98 El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

2. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.”
(resaltado fuera de texto)

En el Régimen Tradicional de Cesantías, el Empleador posee el valor de las mismas y cancela al Trabajador la Cesantía al momento de dar por terminado el Contrato de Trabajo o la Relación Laboral o, la paga parcialmente a solicitud del trabajador, cuando se ajusta a los parámetros legales en lamateria, v.gr., para compra, adquisición de vivienda o levantamiento de gravámenes que pesen sobre el inmueble de propiedad del Trabajador o su cónyuge o compañero(a) permanente; para sufragar costos de Estudios, entre otros ejemplos.

El Régimen Especial, por el contrario, se aplica para todos los Trabajadores que hayan iniciado su vida laboral a partir del 1 de Enero de 1991, pues si el inicio del Contrato de Trabajo o la Relación Laboral se dio inicio previo a dicha fecha, se aplica el Régimen Tradicional o llamado de Retroactividad.

En este régimen de Cesantía, denominado Especial, el Empleador tiene la obligación de liquidar las Cesantías y abonarlas a la Cuenta del Trabajador, en un fondo de administración de cesantías escogido por el Trabajador, para lo cual el Empleador cuenta con un plazo máximo al catorce (14) de febrero de cada año, es decir, que con corte a 31 de diciembre de cada año calendario, el Empleador debe liquidar las Cesantías de sus Trabajadores de todo el año calendario trabajado o del tiempo proporcional si éste es menor y realizar el depósito de las mismas, dentro del plazo establecido, antes mencionado.

Cabe resaltar que para efectos de liquidación de la Cesantía , en cualquier Régimen, se hace necesario incluir el transporte como factor para su pago, cuando el Trabajador devenga hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a lo normado por el artículo 7 de la Ley 1 de 1963, norma que a la letra dice:

“Artículo 7- Considerase incorporado al salario para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios.



En conclusión, en el Régimen Especial de Cesantías, el cual se aplica a todos los Trabajadores, que ingresen a laborar a partir del 1 de enero de 1991, el Empleador debe liquidar la Cesantía con corte a 31 de diciembre de cada año y depositarla en un fondo de administración de cesantías, escogido por el Trabajador, para lo cual tiene un término que vence cada catorce (14) de febrero del año siguiente al de causación, aplicando para ello, la fórmula matemática antes descrita, en el que se tiene en cuenta el salario devengado por el Trabajador, siempre y cuando no haya variado en los últimos tres meses, pues de ser variable, debe realizarse el promedio de todo el año trabajado, teniendo en cuenta de que si el Trabajador devenga hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, el subsidio de transporte, es factor para liquidar las cesantías.

6

➤ **CASOS EN LOS CUALES EL EMPLEADOR PUEDE PAGAR LA CESANTIA PARCIAL O AUTORIZAR SU PAGO, SI SE ENCUENTRA DEPOSITADA**

Cabe resaltar que tanto en el Régimen Tradicional, llamado de Retroactividad de las Cesantías, como en el Régimen Especial de las mismas, el Empleador tiene prohibición de pago de Cesantías parciales, a no ser que haya petición expresa del Trabajador y solo para fines específicamente contemplados en la norma, así:

- **Cesantía parcial para adquisición o remodelación de vivienda**

Si bien es cierto el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, pretendió compilar las normas relativas a los temas inmersos en sus estipulaciones, no significa que no existan concomitantemente en el mundo jurídico otras normas relativas a los temas que en él se tratan, como es el caso de la temática relativa a la cesantía parcial, cuya regulación también se encuentra reglada en el Código Sustantivo del Trabajo, cuyo origen es un Decreto Extraordinario de origen Presidencial, como en lo establecido en la Ley 1429 de 2010, norma de superior jerarquía, que en su artículo 21 estipuló la competencia del Ministerio de Trabajo, para controlar a aquellos empleadores que ante la petición del trabajador del pago de cesantía parcial para la adquisición de vivienda o remodelación de la vivienda de propiedad del trabajador o su cónyuge, habiendo presentado los documentos en regla, no apruebe el pago de la misma; en cambio, claramente el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo derogó lo normado en el artículo 3 del Decreto 2076 de 1967, el cual preceptuaba la obligación del Empleador de vigilar el destino que el trabajador le daba a la cesantía parcial, dejando vigentes únicamente los artículos 1 y 2 de la disposición.

En efecto, la legislación laboral Colombiana ha dispuesto la prohibición para los empleadores de realizar pagos parciales de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, estableciendo en su artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, la posibilidad de hacer pagos parciales tan solo en los casos expresamente autorizados por las normas que dicha situación consagra, preceptuando la sanción para el Empleador de pérdida de lo pagado, sin posibilidad de repetir lo pagado, cuando hacen desembolsos no autorizados, norma la cual establece:



“Artículo 254- PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES. Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.”

7

Los Trabajadores que pertenecen bien sea al Régimen Tradicional de Cesantías o al Régimen Especial de depósito de cesantías en fondo de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990, pueden solicitar el pago de su cesantías parcial una vez se cumplan los requisitos en la norma consagrados, establecidos en el artículo 21 de la Ley 1429 de 2010, que modificó el artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que establece la obligación del Empleador de aprobar la solicitud para el retiro de la cesantía parcial, disposición que señala:

“Artículo 21- FINANCIACIÓN DE VIVIENDAS. Modifícase el numeral 3 del artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 256- Financiación de viviendas.

3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores se aprobarán y pagarán directamente por el empleador cuando el trabajador pertenezca al régimen tradicional de cesantías, y por los fondos cuando el trabajador pertenezca al régimen de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y la Ley 91 de 1989, que hace referencia al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa solicitud por escrito del trabajador, demostrando además, que estas van a ser invertidas para los fines indicados en dichos numerales.

Formulada la solicitud de pago parcial de cesantías por el trabajador con el lleno de los requisitos legales exigidos, el empleador o el fondo privado de cesantías, según el caso, deberá aprobar y pagar el valor solicitado dentro del término máximo de cinco (5) días hábiles. Vencido este plazo sin que se haya realizado el pago, el trabajador solicitará la intervención del Ministerio de la Protección Social, para que ordene al empleador o al fondo privado realizar el pago correspondiente, so pena de incurrir en la imposición de multas”

Como quiera que la citada disposición remite al Decreto 2076 de 1967, compilado en el Decreto 1072 del 26 de mayo de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, es preciso indicar que el artículo 1º del Decreto 2076 de 1967 determina que los Empleadores están obligados a efectuar la liquidación y el pago parcial de cesantía a los Trabajadores que lo soliciten en los eventos determinados en el artículo 2º de del Decreto 2076 de 1967, el cual consagra:

“Destinación de las cesantías parciales. Se entiende que la suma correspondiente a la liquidación parcial del auxilio de cesantía, o al préstamo sobre esta tiene la destinación de que trata el artículo anterior, solamente cuando se aplique a cualquiera de las inversiones u operaciones siguientes:



- a) Adquisición de terreno o lote solamente;
- b) Construcción de vivienda, cuando ella se haga sobre lote o terreno de propiedad del trabajador interesado o de su cónyuge;
- c) Ampliación, reparación o mejora de la vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge;
- d) Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afecten, realmente la casa o el terreno edificable de propiedad del trabajador o de su cónyuge
- e) Adquisición de títulos de vivienda sobre planes de los empleadores o de los trabajadores para construcción de las mismas, contratados con entidades oficiales o privadas.

8

De conformidad con la citada norma, uno de los requisitos indispensables para que el Trabajador retire parcialmente sus cesantías con fines de vivienda, es que sea el titular del inmueble o su cónyuge O compañera permanente, entendiéndose por titularidad el derecho de dominio sobre el inmueble y la capacidad de disposición, esto es, usar, disfrutar, enajenar y disponer de dicho bien.

En consecuencia, el pago parcial de cesantías para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a la vivienda del Trabajador, se aprobará y pagará directamente por el Empleador cuando el Trabajador pertenezca al Régimen Tradicional o de Retroactividad de cesantías, y por los fondos que administran las Cesantías, cuando el Trabajador pertenezca al Régimen Especial de liquidación anual de cesantías, establecido a partir de la Ley 50 de 1990, previa solicitud por escrito del trabajador, demostrando además que estas van a ser invertidas para los fines indicados en dichos numerales.

En caso de que las cesantías causadas durante el año no hayan sido consignadas en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías seleccionada por el Trabajador, el Empleador realizará el pago directamente al Trabajador aplicando las disposiciones vigentes, cuando haya solicitado la Cesantía parcial, para los fines antes indicados.

- **Cesantía Parcial para Educación:**

Con respecto al pago de Cesantía parcial para Educación, se debe tener en cuenta que el artículo 3 del Decreto 2795 de 1991 “Por el cual se dictan normas en materia del régimen de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías”, señala lo relativo a los pagos parciales de cesantía, lo siguiente:

“Artículo 3- En el evento en el cual el trabajador desee la liquidación y el pago parcial de su cesantía para la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, conforme al artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto reglamentario por disposición normativa, tan solo los Fondos de Cesantía pueden desembolsar en forma directa a la Institución Educativa las cesantías parciales solicitadas por el trabajador para financiar la matrícula suya, la de su cónyuge o la de sus hijos, por tanto, el



desembolso de las cifras para los fines aludidos, no es posible hacerlo en forma directa por parte del Empleador.

El artículo 4 de la Ley 1064 de 2006 “Por la cual se dictan normas para el apoyo y fortalecimiento de la educación para el trabajo y el desarrollo humano establecida como educación no formal en la Ley General de Educación”, en el que se establece que la cesantía parcial para educación, podrá ser empleada para estudios técnicos en con el fin de obtener certificación de aptitud ocupacional, pero siempre y cuando lo imparta una Institución de Educación Superior debidamente aprobada, cuando en su artículo 7, igualmente preceptúa lo dicho , así:

“Artículo 4- Los empleados y trabajadores del sector público o privado podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías de las entidades administradoras de fondos de cesantías para el pago de matrículas en instituciones y programas técnicos conducentes a certificados de aptitud ocupacional, debidamente acreditados, que impartan educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano del empleado, trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente o sus descendientes, conforme a los procedimientos establecidos en la ley.”

Artículo 7°. Los programas conducentes a certificado de Aptitud Ocupacional impartidos por las instituciones de Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano debidamente certificadas, podrán ser objeto de reconocimiento para la formación de ciclos propedéuticos por las Instituciones de Educación Superior y tendrán igual tratamiento que los programas técnicos y tecnológicos. “ (resaltado fuera de texto).

El artículo 102 de la Ley 50 de 1990, claramente establece que la Cesantía Parcial para Educación solamente la podrá solicitar para programas ofrecidos por Instituciones de Educación Superior, cuando la norma a la letra dice:

“Artículo 102- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.
3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva. “(resaltado fuera de texto).



Del contenido normativo antedicho, se concluye que la cesantía parcial, solamente puede ser solicitada y retirada, para efectos de programas ofrecidos por Instituciones de Educación Superior debidamente aprobados y solo a solicitud del trabajador para financiar la matrícula de la Educación Superior suya, de sus hijos, su cónyuge, al Fondo de Cesantías, el que trasladará en forma directa a la Institución Educativa, las sumas correspondientes para financiar la matrícula respectiva.

TRASLADO DE REGIMEN DEBE SER VOLUNTARIO

Ahora bien, es importante resaltar respecto al traslado de régimen, que debido a que el Régimen Especial de liquidación y pago de Cesantías, se aplica tan solo a aquellos Trabajadores, que hayan iniciado a laborar a partir del primero (1) de Enero de 1991, fecha desde la cual rige la Ley 50 de 1990, los Trabajadores que se vincularon con antelación, pertenecen al Régimen Tradicional o llamado de Retroactividad de Cesantía y tan solo si voluntariamente manifestaron su deseo de trasladarse al Régimen Especial, el Empleador podía hacerlo y consignar sus Cesantías anualmente el Fondo de Administración de Cesantías, que el Trabajador escoja para el efecto.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-859/08, Referencia: expediente D-7164, Magistrado Ponente, Doctor Nilson Pinilla Pinilla, al respecto de quienes desearon su traslado entre Régimenes, manifestó que el Trabajador debe sopesar las consecuencias de su decisión de cambio; en uno de sus apartes, la Sentencia, señala:

“REGIMEN DE CESANTIAS-Traslado/REGIMEN DE CESANTIAS-Requisito de comunicación escrita para traslado no es arbitrario ni desproporcionado

El requisito de la comunicación escrita para efectos del traslado de régimen de cesantías, no se revela como arbitrario o desproporcionado, pues, de una parte, no conlleva discriminación para quienes se acogen a la Ley 50 de 1990, dado que evidentemente su situación es distinta de quienes optan por trasladarse de régimen pensional; y de otra, tampoco implica desconocimiento del principio de buena fe, ya que debe presumirse que los trabajadores que manifiestan por ese medio su decisión de cambiar de régimen de cesantías, están actuando lealmente con su empleador y con la entidad administradora de esos recursos, y también lo hacen de manera libre, espontánea y sin presiones, ponderando las consecuencias patrimoniales de su decisión.”

Cabe resaltar que el Derecho a que el Empleador liquide y pague la Cesantía, de acuerdo al Régimen al que el Trabajador pertenece, no prescribe durante el Contrato de Trabajo o la Relación Laboral, sino que la Prescripción del Derecho, es decir, la posibilidad de ejercitar acciones judiciales para su reclamación, se da en tres (3) años, a partir del momento en que culmina el Contrato de Trabajo o la Relación Laboral, por lo que el Trabajador durante el tiempo de duración del Contrato, puede solicitar en cualquier tiempo, la liquidación, pago o depósito de las



mismas, con sujeción a las normas del Régimen al que pertenezca, sin que prescriba el Derecho a que el Empleador las liquida y pague de acuerdo a la Ley.

RETIRO DE CESANTÍAS DURANTE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA

11

El Ministerio del Trabajo mediante Decreto Legislativo No. 488 del 27 de marzo de 2020 “Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, señala que el Artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado, norma que es insuficiente para poder brindar un alivio a los trabajadores durante la emergencia declarada por el Gobierno Nacional, con el fin de permitirles disponer de una porción de su ahorro de cesantías para poder aminorar los efectos económicos negativos que la pandemia del COVID-19 tendrá en su vida personal y familiar.

Que, de acuerdo con lo anterior, resulto necesario adoptar medidas inmediatas para modificar temporalmente las normas de destinación de cesantías con el fin de brindar un alivio a los trabajadores durante la Emergencia Económica, Social y Ecológica, por ende, el Artículo 2º y 3º del mencionado decreto dispuso:

Artículo 2. **Ámbito de aplicación.** El presente Decreto se aplicará a empleadores y trabajadores, pensionados connacionales fuera del país, Administradoras de Riesgos Laborales de orden privado, Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado que administren cesantías y Cajas de Compensación Familiar.

Artículo 3. **Retiro de Cesantías.** Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, **el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, podrá retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante.** Esta disposición aplica únicamente para retiros de los fondos administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado. (Resaltado fuera de texto)

La Superintendencia Financiera impartirá instrucciones inmediatas a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado, para que la solicitud, aprobación y pago las cesantías los trabajadores sea por medios virtuales, en razón a la emergencia declarada.

Parágrafo. Para el retiro de las cesantías de que trata este artículo las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de cesantías de carácter privado, no podrán imponer requisitos adicionales que limiten aplicación del presente artículo.”



El mencionado decreto aplicará a empleadores y trabajadores, y a las Sociedades Administradoras de Cesantías de carácter privado que administren cesantías, esta medida de orden laboral tomada por esta cartera ministerial será aplicable únicamente hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, es así, que el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual en razón a los hechos presentados por causa de la propagación del Covid-19, deberá obtener de su empleador una certificación para el retiro de sus cesantías, con el fin de que el trabajador las pueda retirar cada mes de su cuenta de cesantías, el monto que le permita compensar dicha reducción en sus ingresos, esto para mantener su ingreso constante, aclarando que esta medida aplica únicamente para retiros de las Sociedades Administradoras de Cesantías de carácter privado.

Se deberá verificar en la página de su fondo de cesantías el canal virtual habilitado para la radicación de la solicitud de retiro de cesantías, aprobación y pago de estas, procedimiento que se dará de esta manera en razón a la emergencia declarada. Finalmente se debe tener en cuenta que, dadas las circunstancias actuales, las sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías de carácter privado, no podrán imponer requisitos adicionales que limiten el uso de sus cesantías en estos momentos de emergencia sanitaria.

➤ **Existencia de Medio Judicial Ordinario**

En virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, , el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, así se desprende de la previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social y que se tramitarán de conformidad con dicho Código. Ahora que respecto de las competencias señala:

ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. (...)

En desarrollo del artículo 86 Superior, el artículo 61 del Decreto 2591 de 1991 establece:

“ARTÍCULO 6º. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá.

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia,



atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...) "(Subrayado y negrita fuera de texto)

3.2. Con fundamento en las anteriores normas la Corte Constitucional ha indicado que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el afectado sólo podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Sin embargo, también ha dicho que esta regla tiene algunas excepciones que se presentan cuando la acción de tutela es: (i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa judicial este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados. Así lo sostuvo, por ejemplo, en sentencia T-235 de 2010, al afirmar:

"Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa, IUS fundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva."

3.3 Bajo este derrotero, esta corporación ha advertido que cuando el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial el juez de conocimiento debe determinar si el procedimiento alternativo es eficaz para proteger de forma efectiva y oportuna los derechos fundamentales invocados y si ofrece una solución clara, definitiva y precisa a las pretensiones puestas en consideración, para lo cual es necesario analizar, entre otros, los siguientes aspectos: (i) el objeto del proceso judicial con el que se cuenta y (ii) el resultado esperado en términos de protección efectiva y oportuna de los derechos fundamentales invocados. Al respecto en sentencia T-795 de 2011 señaló:

"Es así como en aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela.

Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento alternativo permite brindar una solución 'clara, definitiva y precisa a las pretensiones que se ponen a consideración del debate ius fundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio de defensa alternativo, entre otros aspectos: '(a) el objeto del proceso judicial



que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados. (...)"

3.4. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha definido el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“Un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.”

Asimismo, esta corporación ha precisado las características del perjuicio irremediable, a saber:

A) (...) 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. (...)

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. (...)

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, (o que equivale a la gran intensidad de/daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. (...))

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 hace necesario señalar en este punto que la existencia del perjuicio irremediable debe verificarse mediante el análisis de los hechos del caso concreto. A partir de este supuesto la jurisprudencia constitucional ha indicado que los requisitos para que se estructure tal perjuicio se hacen más flexibles cuando existe alguna condición que permita considerar al actor como sujeto de especial protección constitucional o que se encuentre en situación de debilidad manifiesta'. (Lo resaltado no corresponde al texto original)

Además de los elementos configurativos del perjuicio irremediable, el máximo Tribunal Constitucional, ha exigido para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, que el perjuicio se encuentre probado en el proceso, dado



que el juez de tutela no está en la capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia en el presunto daño irremediable, pues no basta con la afirmación de ocurrencia del mismo, sino que es necesario que el afectado explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión" (T-1067 de 2007).

En este sentido lo manifestó la Honorable Corte Constitucional en distintas oportunidades, tal como lo hizo en Sentencia T 525 de 2020, Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo, Expediente T- 7.788.236, en la que señaló al respecto:

“(…) Como regla general, la Corte ha señalado que la acción de tutela no es mecanismo principal para solicitar un reintegro laboral, el pago de los salarios y los aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir, así como el pago de la indemnización consagrada en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 1997, independientemente de la causa que generó la ruptura del vínculo, toda vez que son los jueces ordinarios (jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo), los competentes, como jueces naturales, para resolver litigios y controversias alrededor de los derechos laborales.

Resaltó que el perjuicio irremediable que se pretende evitar es la afectación a la dignidad humana, al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, la cual se traduce en la imposibilidad de continuar ejerciendo sus labores tal y como lo acostumbraba, pues fue apartada drásticamente e intempestivamente de la institución familiar, además de estarse causando graves daños a su ámbito interno. En ese sentido, la acción de tutela no solo debe amparar la dignidad frente al despido, sino evitar la posible discriminación que el empleado puede llegar a enfrentar al momento de buscar un nuevo trabajo. (…)”

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Alude el accionante textualmente en su escrito inicial que la pretensión principal del presente trámite constitucional es lograr el pago de dineros por concepto de cesantías, toda vez que el empleador ha desconocido dicho emolumento.

Ahora bien, es evidente que el accionante no cumple con los requisitos establecidos por la ley para el retiro de dicho dinero, pues como ya se dijo, el empleador se haya imposibilitado a realizar pago parcial de cesantías salvo petición expresa del trabajador y solo para fines específicamente contemplados en la norma, esto es, para adquisición o remodelación de vivienda o para Educación, presupuestos que no se cumplen para el caso que nos ocupa.

Sin embargo, El Ministerio del Trabajo mediante Decreto Legislativo No. 488 del 27 de marzo de 2020 aprobó el retiro parcial de dineros por concepto de cesantías, para poder brindar un alivio a los trabajadores durante la emergencia declarada por el Gobierno Nacional para poder aminorar los efectos económicos negativos que la pandemia del COVID-19 tendrá en su vida personal y familiar.



El mencionado decreto aplicará a empleadores y trabajadores, y a las Sociedades Administradoras de Cesantías de carácter privado que administren cesantías, esta medida de orden laboral, y será aplicable únicamente hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, es así, que el trabajador que **haya presentado una disminución de su ingreso mensual en razón a los hechos presentados por causa de la propagación del Covid-19, deberá obtener de su empleador una certificación para el retiro de sus cesantías**, con el fin de que el trabajador las pueda retirar cada mes de su cuenta de cesantías, el monto que le permita compensar dicha reducción en sus ingresos, esto para mantener su ingreso constante, aclarando que esta medida aplica únicamente para retiros de las Sociedades Administradoras de Cesantías de carácter privado.

Para el caso en concreto el accionante no acredita una disminución de su salario mensual, pues tal como lo probó la entidad accionada el señor **CRISTIAN ALCIDES ULLOA**, cuenta con vínculo laboral vigente, donde se han realizado los aportes correspondientes a seguridad social del accionante, con el fin de no desproteger sus derechos fundamentales.

Si bien es cierto el señor **CRISTIAN ALCIDES ULLOA** tiene una incapacidad de origen común superior a 180 días. Sin embargo, esto no ha interrumpido el vínculo laboral y tampoco ha provocado una disminución en su salario, pues las incapacidades generadas hasta el día 180 fueron pagadas por la EPS, de conformidad a lo establecido por la ley.

En cuanto al pago incapacidades médicas adeudadas desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 24 de marzo de 2022, y aquellas que con posterioridad se llegaran a reconocer, el accionante manifiesta textualmente en su escrito inicial que solicitara el pago de las mismas mediante otra acción de tutela. Por tal razón, este Despacho se abstendrá de pronunciarse respecto a esta exigencia conforme la manifestación realizada por el tutelante, así mismo cabe aclarar que el accionante tampoco allegó documento idóneo suscrito por el médico tratante donde conste la existencia de dicha incapacidad.

De igual manera el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, así se desprende de lo previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social y que se tramitarán de conformidad con dicho Código.

Así las cosas, es indudable que el accionante no cumple con los requisitos establecidos en Decreto Legislativo No. 488 del 27 de marzo de 2020, para el pago parcial de cesantías, por tal razón ha de declararse improcedente la presente acción de tutela por las razones anteriormente expuestas.



Asimismo, se impone a la par, la desvinculación del trámite a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., MINISTERIO DE TRABAJO, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SGSSS –ADRES, VIRREY SOLIS I.P.S. y SALUD TOTAL EPS.**

En virtud de lo expuesto, **EL JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.,** ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

17

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por **CRISTIAN ALCIDES ULLOA** contra la **EMPRESA AECOSA S.A.,** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados, por el medio más expedito posible (Art. 30 Decreto 2591 de 1991).

TERCERO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese las presentes diligencias a la Corte Constitucional para eventual revisión, conforme a lo determinado en el inciso segundo del Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Una vez regrese la tutela de la H. Corte Constitucional, excluida de REVISIÓN, sin necesidad de ingresar el expediente al despacho, por secretaria ARCHIVENSE las diligencias.

QUINTO: Conforme a los artículos 3 y 11 del D.L. 806 del 2020, se les ADVIERTE a las partes que la presentación de memoriales deberá realizarse únicamente a través de la radicación virtual al correo electrónico cmpl37bt@cendoj.ramajudicial.gov.co -en formato PDF- **dentro del horario establecido, esto es, de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes.**

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

LUIS CARLOS RIAÑO VERA

Juez

Firmado Por:

Luis Carlos Riaño Vera

Juez Municipal

Juzgado Municipal



Civil 037

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

18

Código de verificación:

59272f042cc3c9ec2a7159852b40493461b6bb456c2ef5388789c38bc6df8320

Documento generado en 10/03/2022 01:07:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>