



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-4053-014-2022-00582-01

ACCIONANTE: JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND CC 8.725.943

ACCIONADA: CREAMOS MARKETING LTDA

DERECHO: DEBIDO PROCESO

Barranquilla, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidos (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 05 de octubre de 2022, proferido por EL JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.725.943, en nombre propio, por la presunta vulneración de su derecho al debido proceso, al trabajo, contra CREAMOS MARKETING LTDA; y en el que se ampararon los derechos invocados.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1.- El día 01 de septiembre del año 2010, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la accionada CREAMOS MARKETING LTDA., hasta el 10 de agosto del año 2022. El último cargo que desempeñó en la empresa CREAMOS MARKETING LTDA era el de SUBGERENTE; aclarando que mi cargo inicial y en el cual duró aproximadamente nueve años; fue de GERENTE; siendo incluso Representante Legal de dicha Sociedad hasta el momento de la terminación del contrato, salario mensual devengado era la suma de TRECE MILLONES DE PESOS (\$13.000.000), bajo la modalidad de salario integral.

2.- El pasado 10 de agosto del 2022, el Representante Legal de la empresa CREAMOS MARKETING LTDA, señor CRISTIAN CAMILO VERBEL RAMOS, lo citó vía mensaje de WhatsApp, a una reunión en las instalaciones de una las oficinas de propiedad de la accionada, sin explicación alguna del motivo de dicha reunión; lo cual de por sí ya era extraño; toda vez que cada vez que se citaba a una reunión; siempre se enviaba un temario previo. Llegados el día y la hora fijada, cumplió con la citación de la reunión, en donde el Representante Legal de la empresa CREAMOS MARKETING LTDA, señor CRISTIAN CAMILO VERBEL RAMOS, en presencia de los señores KAREN MELENDEZ de Bienestar laboral, ANDRÉS ACEVEDO, como Director Administrativo y Financiero y el Asesor Legal de la empresa, de quien desconoce su nombre, inició la reunión, le informó que la empresa prescindiría de sus servicios como Subgerente, en

razón a una estrategia de reducción de costos y reestructuración administrativa, que conllevaba la eliminación del cargo que venía desempeñando. Igualmente, el señor CRISTIAN CAMILO VERBEL RAMOS le manifestó en el desarrollo de la reunión, el ofrecimiento que hacía la empresa para llegar a un acuerdo encaminado a finiquitar el vínculo laboral, entregándome un escrito previamente elaborado por la accionada, que se titulaba “TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO”.

4.- Una vez, recibido el “Acuerdo” antes mencionado, le manifestó e insistió, que le permitiera un tiempo razonable para revisarlo, lo cual implicaba llevarse dicho documento, con la finalidad de poder revisarlo y analizar en detalle las implicaciones futuras que tendría para su condición laboral y pensional o por lo menos me permitieran llamar a un abogado que le ayudara a entender el alcance de lo que estaba firmando y las futuras implicaciones de llegar a firmar el documento TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO. El señor CRISTIAN CAMILO VERBEL RAMOS, le informó que no se podía llevar para consulta el mencionado acuerdo elaborado por CREAMOS MARKETING LTDA, ni tampoco le podía permitir consultar con persona alguna; bajo el argumento de que dicho acuerdo era “confidencial” y que no podía ser consultado, tal y como lo estipula la cláusula sexta del plurimencionado “TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO”, solo se le otorgó la oportunidad de leerlo y firmarlo en las instalaciones de la empresa, todo lo cual ocurrió en un lapso aproximado de 30 a 40 minutos, todo ello en presencia de los señores antes citados. En todo momento sintió una presión y una coacción psicológica en la cual le decían que era la mejor opción laboral y económica que tenía, ya que de todas formas la decisión de terminar el contrato estaba tomada y que de lo contrario lo que procedería sería una terminación del contrato; situación que era la que menos le convenía; ante lo cual y en medio de una crisis de nervios y angustia, y la situación “encerrona” en la que se encontraba, se vio obligado a tomar la decisión de firmar el documento de “TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO” en contra de su voluntad, sin tener la oportunidad de analizar a fondo, toda vez que mi profesión de administrador no me da la experticia o el conocimiento para dilucidar una propuesta de tal naturaleza; sin consultarla.

6.- En efecto, era necesario analizar el documento de “TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO” antes de firmarlo, ya que lo consultó, con una firma profesional en temas pensionales, quienes le alertaron sobre el enorme perjuicio que tendría en materia pensional y que lo mejor era no haberlo firmado; toda vez que atenta contra de los derechos fundamentales al trabajo y la Seguridad Social y sobre todo al de la pensión; la cual está a menos de dos años de poder adquirir el derecho.

7.- Por lo anterior, con una mejor información y un mejor panorama de lo que sería mi futura situación pensional, el día 17 de agosto del año 2022, presentó ante la accionada CREAMOS MARKETING LTDA, petición, con la finalidad solicitar se deje sin efecto el

acuerdo denominado “TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO”, por ser éste absolutamente lesivo para sus intereses y comprometer derechos ciertos e indiscutibles, consistentes en la garantía de estabilidad laboral reforzada por proximidad a adquirir el estatus pensional; situación que era de pleno conocimiento de la Empresa y que no fue siquiera tratado por la accionada al coaccionarle para la firma del mencionado acuerdo. La accionada CREAMOS MARKETING LTDA, respondió la solicitud, de forma negativa.

8.- Nació el día 03 de diciembre del año 1962, es decir, que a la fecha de la presentación de esta tutela cuento con 59 años y 8 meses de edad, por lo cual considero que soy un sujeto de especial Protección Constitucional, por proximidad a adquirir el status pensional. Actualmente, se encuentro afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y cuento con MIL CIENTO TREINTA Y UNO PUNTO OCHENTA Y SEIS (1.131,86) semanas cotizadas en dicho fondo, con un valor de capital ahorrado de QUINIENTOS SESENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES (\$561.452.624). Igualmente, antes de afiliarse a A.F.P. PROTECCIÓN fue afiliado a otros fondos de pensiones como fueron SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, cotizando para este fondo SETENTA Y UN PUNTO CUARENTA Y TRES (71,43) semanas y COLPENSIONES perteneciente al Régimen de Prima Media (RPM) cotizando TRESCIENTAS TRECE PUNTO CINCUENTA Y SIETE (313,57) semanas, para un total de MIL QUINIENTAS DIECISEIS PUNTO OCHENTA Y SEIS (1.516,86) semanas. Atendiendo los datos antes referenciados, y teniendo en cuenta que está adelantando la Nulidad de Afiliación en el fondo de pensiones obligatoria (RAIS) para ser trasladado al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, le perjudicaría el hecho de que no siga cotizando la pensión, al momento de cumplir los 62 años, esto 03 de diciembre del año 2024, ya que recibiría como pensión vitalicia la suma de \$4.765.775,64, de acuerdo a los siguientes datos que relaciona a continuación: Promedio de los últimos 10 años con el IBC: Que sería desde septiembre del año 2012, hasta agosto del año 2022. Total, semanas cotizadas: MIL QUINIENTAS DIECISEIS PUNTO OCHENTA Y SEIS (1.516,86) semanas. Porcentaje de liquidación por 1.300 semanas: SESENTA Y CINCO POR CIENTO (65%) Semanas adicionales: DOSCIENTAS DIECIES PUNTOS OCHENTA Y SEIS (216,86). Estas se aumentan el 1.5% por cada 50 semanas adicionales, lo que daría un adicional de 6.51% para un porcentaje para liquidar del 71.5% El promedio de los últimos 10 años: (120 meses) que sería por un valor de \$6.664.879.83.

9.- La terminación del contrato laboral antes de cumplir la edad pensional afectaría el monto de la pensión ya que de seguir cotizando recibiría una pensión vitalicia por valor de CINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS CON DIECISEIS CENTAVOS (\$5.799.510,16) (sic) de acuerdo con los siguientes datos que relaciono a continuación: PROMEDIO DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS CON EL IBC: Que sería desde enero del año 2015, hasta diciembre del año 2024. TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 1.612,69 PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN POR 1.300

SEMANAS: 65% SEMANAS ADICIONALES: 312,69. Estas se aumenta el 1.5% por cada 50 semanas adicionales, lo que daría un adicional de 9,38% para un porcentaje para liquidar del 74,4 EL PROMEDIO DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS: (120 meses) que sería por un valor de \$7.797.093,16

10.-Por la desvinculación realizada por la accionada CREAMOS MARKETING LTDA y por su edad y patología, se le dificulta considerablemente obtener un nuevo empleo, para poder seguir haciendo los aportes para pensión, ya que en el mercado laboral colombiano las personas en mis condiciones no tienen ofertas laborales que le permitan vincularse a un trabajo con todas las garantías legales y constitucionales; poniendo en riesgo de esta manera su derecho fundamental a la seguridad social, y colocándolo en un estado de vulnerabilidad, dado que no se garantiza una vida en condiciones dignas, lo cual le hace beneficiario de estabilidad laboral reforzada. Manifestó ser una persona con problemas de salud, ya que soy un paciente depresivo con pánico de ansiedad, tratado por el Psiquiatra Doctor Armando De Hart García (Q.E.P.D.) y la Psicóloga Carolina Rosales; cuyo diagnóstico aportó. Estos trastornos le producen afectación de la voluntad, dificultad de discernimiento, raciocinio, altera su comportamiento y afecta su comprensión de la realidad ante hechos tan severos como al que estuvo expuesto. Para fortalecer lo anterior, anexó dictamen. Aunado a ello, no tiene otras fuentes de ingreso que garanticen su subsistencia y la de mi familia. Su patología me produce bloqueos por pánico y para ello estuvo medicado durante un tiempo importante con Alprazolam. Actualmente y con el fin de desintoxicarme de los medicamentos psiquiátricos, se me permite utilizar valeriana como medicina natural, que me ayuda a controlar mis estados de pánico y depresivos.

11.- El día que lo presionaron a firmar el acuerdo y posterior a ello; ha tenido crisis recurrentes de estados ansiosos y de pánico, a tal punto que me vi obligado a llamar a su señora para que me recogiera, toda vez que no tuve coordinación mental alguna para llamar un taxi o irme de alguna forma a mi casa. Dicha situación la pueden evidenciar en los pantallazos de las conversaciones que tuvo con la señora esposa y que se anexan al presente escrito. Por lo anteriormente expuesto, se debe declarar nulo la TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO”, ya que, en el momento de firmar dicho documento, se encontraba con ansiedad, y enseguida sintió depresión al recibir el acoso laboral y esto afectó su voluntad y discernimiento.

12.- Invocó esta tutela como mecanismo eficaz y de manera efectiva, toda vez que la accionada CREAMOS MARKETING pone en riesgo mis derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO AL TRABAJO, MINIMO VITAL, A LA VIDA DIGNA Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA (PREPENSIONADO), al no permitirme adquirir el status de pensionado.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND pretende que: “...PRIMERO: Se tutelen mis derechos fundamentales a la

SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO AL TRABAJO, MINIMO VITAL, A LA VIDA DIGNA Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA por ser (PREPENSIONADO), los cuales han sido conculcados por la accionada CREAMOS MARKETING LTDA. SEGUNDO: Que se ordene la nulidad transaccional firmada el día 10 de agosto del año 2022, porque se desconoció mi derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada. TERCERO: Se ordene a la accionada CREAMOS MARKETING LTDA, a REINTEGRARME a mi puesto de trabajo, sin solución de continuidad y hasta que se acredite mi inclusión en nómina de pensionados. CUARTO: Se ordene a la accionada CREAMOS MARKETING LTDA, al pago de mis salarios dejados de percibir, al pago de los aportes a pensión hasta el momento en que se reconozca mi Pensión de Vejez y los demás derechos constitucionales que usted considere vulnerados. QUINTO: Se me protejan mis derechos fundamentales como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable...”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día veintitrés (23) de septiembre de 2022, por EL JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, ordenó la notificación de las accionadas, y la vinculación de las entidades Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a través de MALKY KATRINA FERRO AHCAR, en su informe indico: “... atención a la acción de tutela interpuesta por el señor JORGE ENRIQUE AROCHA AROCHA en contra de CREAMOS MARKETING LTDA por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, me permito indicar: Que resulta procedente indicar que validado el expediente administrativo no se evidencia solicitudes pendientes de resolver radicadas en esta entidad. Que de igual manera resulta procedente indicar que esta entidad no es la encargada de dar respuesta a la solicitud presentada por el accionante ni tiene injerencia en las decisiones que se puedan llegar a tomar. De conformidad con las razones expuestas, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se permite realizar las siguientes solicitudes : Por lo anteriormente expuesto, no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados y considerando que la acción de tutela se refiere a una prestación que no es competencia de COLPENSIONES, solicito al señor Juez: Disponga expresamente en el fallo de tutela la DESVINCULACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la entidad que represento, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012...”

COLFONDOS S.A., a través de CARLOS ANDRES VIUCHE FONSECA, en su calidad de Apoderado General se pronuncia en los siguientes términos: “...Sea lo primero informar al despacho, que las pretensiones del accionante están encaminadas meramente a que se dirima un conflicto presentado entre el accionante y CREAMOS MARKETING LTDA. Así las cosas, en el presente caso, no existe fundamento jurídico ni elementos de juicio que permitan establecer que Colfondos S.A., hubiere vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la accionante, por lo que no es posible endilgarle responsabilidad y carga alguna a esta entidad, sin que, por esa sola razón, se estén vulnerando sus derechos fundamentales. Por las razones

expuestas, solicitamos al señor Juez se declare la improcedencia de la acción de tutela en lo que respecta a COLFONDOS S.A., como quiera que no exista obligación pendiente de esta AFP con la accionante, ya que no se cuenta con solicitudes por parte de la accionante..."

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a través de JULIANA MONTOYA ESCOBAR, en su calidad de representante legal de la entidad en su informe indico que: "...Tal como lo advierte el señor Jorge Enrique Arocha Dugand en su escrito de tutela, la presunta vulneración de derechos fundamentales se le atribuye a la empresa CREAMOS MARKETING LTDA con fundamento en una supuesta vulneración del derecho al mínimo vital, derecho al trabajo, entre otros, por cuanto considera que, con ocasión de la terminación de su contrato laboral, se le generaron tales afectaciones. Esta administradora desconoce la veracidad de las situaciones que se narran y la consecuente responsabilidad que se le atribuye al empleador. También, resulta preciso indicar que, en los antecedentes documentales y técnicos de esta administradora, no se evidencia ninguna solicitud de prestación económica en beneficio del señor Jorge Enrique Arocha Dugand pendiente de gestión alguna. Por lo que respetuosamente consideramos que se debe desvincular a PROTECCION S.A. de la presente acción de tutela, pues además respecto de la Administradora también resulta la tutela improcedente y carece de objeto. Finalmente, si la intención de vincular a Protección S.A. a la presente acción es subsanar los aportes a la seguridad social, específicamente los aportes al Sistema General de Pensiones, es importante precisar que esta entidad no se opone a dicha condena, en caso de considerarse oportuno por su Despacho que proceda un eventual reintegro laboral; sin embargo, tales aportes deberán pagarse de conformidad con la legislación vigente, cubriendo los intereses de mora que correspondan, en aras de evitar afectaciones posteriores a la parte accionante..."

CREAMOS MARKETING LIMITADA, a través de CRISTIAN CAMILO VERBEL RAMOS, en su calidad de representante legal, en su informe indico que: "...En el caso que nos ocupa, el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND y CREAMOS MARKETING LIMITADA suscribieron un Acuerdo para la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento el 10 de Agosto de 2022 con efectos transaccionales, acuerdo en el que, como antes se indicó, empleador y trabajador decidieron dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo en esa fecha y además transigir y dar por terminados todos los conflictos y reclamaciones que pudieran derivarse de la ejecución y terminación del contrato de trabajo, incluida cualquier pretensión de reintegro (ver primera parte de la cláusula segunda). Por su parte, en el numeral 2.4. de la Cláusula Segunda y en la cláusula Octava del mencionado documento el accionante renunció expresa y voluntariamente a cualquier acción o reclamación futura para pretender reintegro. A su vez en la Cláusula Cuarta del Acuerdo fechado 10 de agosto de 2022 quedó constancia de los efectos de cosa juzgada de dicho Acuerdo. Es claro entonces que peticiones como las planteadas en la presente tutela no pueden debatirse nuevamente por haber operado la cosa juzgada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2469 y siguientes del Código Civil y el art. 15 del Código Sustantivo del Trabajo, al tratarse de un asunto transigido en el acuerdo suscrito el 10 de agosto de 2022, lo que hace improcedente la presente tutela. Descendiendo al caso que nos ocupa, tal y como lo admite la propia parte accionante en el hecho décimo cuarto de la tutela, y como se desprende de la prueba documental aportada con dicha tutela, en especial la historia laboral de semanas cotizadas expedido por el Fondo de Pensiones PROTECCION obrante a folio 34 del escrito de tutela, el señor

JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND cuenta con 1516.86 semanas cotizadas, un capital en su cuenta de ahorro individual de \$561.452.624 sin contar el bono pensional y 59 años de edad, por lo que es claro que ya tiene cumplido el requisito de semanas cotizadas y/o capital necesario para pensionarse, tanto en el régimen de prima media si se accediera su traslado a COLPENSIONES por vía judicial como alega estarlo tramitando (trámite este que sólo conoció CREAMOS MARKETIG LTDA con ocasión de la presente tutela), pues superaría el mínimo de 1300 semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez y sólo le faltaría la edad, lo que lo sustrae de la condición de protegido como prepensionado, e incluso si dicho traslado no fuera aceptado, contaría ya con el capital suficiente para pensionarse, pues con un capital de \$561.452.624 sin contar el bono pensional, no existe duda que tendría derecho a una pensión en el régimen de ahorro individual, y bajo cualquier circunstancia tendría derecho a la garantía de la pensión mínima de vejez del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 14 de la Ley 797 de 2003 cuando cumpla 62 años, pues tendría cotizadas más de 1150 semanas cotizadas. En el caso que nos ocupa es claro que la acción de tutela no puede desplazar los medios ordinarios de defensa, no sólo porque como ya se demostró no existe un perjuicio irremediable que la haga procedente como mecanismo transitorio, sino también porque el accionante no es un sujeto de especial protección por no tener ni la condición de prepensionable, ni padecer de limitaciones físicas que lo ubiquen en un estado de debilidad manifiesta. Por tales circunstancias la tutela debe ser declarada improcedente y cualquier debate en relación con los hechos que plantea el accionante deben ser ventilados ante los jueces laborales a través de un proceso ordinario laboral. En lo que respecta a la alegada estabilidad laboral reforzada de prepensionable, ya quedó demostrado y explicado por qué el accionante no cuenta con la estabilidad laboral reforzada de prepensionable según lo tiene definido la Corte Constitucional en sentencia SU 003 de 8 de Febrero de 2018, al tener ya el número de semanas cotizadas requeridas para pensionarse en el régimen de prima media, así como el capital suficiente en el régimen de ahorro individual, quedándole sólo por cumplir eventualmente con el requisito de edad, lo que descarta la existencia de dicha protección, por lo que no son oponibles ni aplicables al caso que nos ocupa los argumentos y afirmaciones expuestas por la parte accionante en estos capítulos de la tutela aunque sí aplica lo dispuesto en la sentencia SU 003 de 8 de Febrero de 2018 que curiosamente invoca el accionante en tal capítulo pero omite transcribir los apartes que dan cuenta que en el caso que nos ocupa no se configura tal protección...”

Posterior a ello, el 05 de octubre de 2022, se profirió fallo de tutela y decidió amparar los derechos inculcados de la presente acción, la cual fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el día, 05 de octubre de 2022, por EL JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, se decidió amparar los derechos conculcados solicitado, en ocasión a que: “...este Despacho encuentra acreditado que en el presente caso se cumplen los presupuestos para conceder el amparo al derecho a la estabilidad laboral reforzada del petente JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND, a fin de que este pueda acudir a la justicia competente a hacer valer sus derechos, pero con la garantía constitucional de estar dentro del mercado laboral, mientras aquel se adelante, conforme a lo expuesto. No obstante, este amparo se concederá como MECANISMO TRANSITORIO, mientras se adelanta el

respectivo proceso ante la jurisdicción laboral competente, de acuerdo con la ley para establecer con carácter definitivo la procedencia del reintegro, y determinar si la terminación laboral se encuentra viciada. En tal sentido, se declarará que la terminación del contrato de trabajo no produce ningún efecto, como consecuencia de lo cual, procede el reintegro del mismo a la labor que venía desempeñando el Sr. JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND, o en un cargo que, no desmejore sus condiciones laborales...”

VI. IMPUGNACIÓN

La parte accionada CREAMOS MARKETING LIMITADA, impugnó el fallo referido indicando que: “...Descendiendo al caso que nos ocupa, tal y como lo admite la propia parte accionante en el hecho 14° de la tutela, y como se desprende de la prueba documental aportada con dicha tutela, en especial la historia laboral de semanas cotizadas expedido por el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN obrante a folio 34 del escrito de tutela, el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND cuenta con 1516.86 semanas cotizadas, un capital en su cuenta de ahorro individual de \$561.452.624 sin contar el bono pensional y 59 años de edad, por lo que es claro que ya tiene cumplido el requisito de semanas cotizadas y/o capital necesario para pensionarse, tanto en el régimen de prima media si se accediera a su traslado a COLPENSIONES por vía judicial como alega estarlo tramitando (afirmación que sólo conoció CREAMOS MARKETIG LTDA con ocasión de la presente tutela y respecto del cual, se repite, el accionante no aportó ninguna prueba), pues superaría el mínimo de 1300 semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez y sólo le faltaría la edad, lo que lo sustrae de la condición de protegido como prepensionado, e incluso si dicho traslado no fuera aceptado, contaría ya con el capital suficiente para pensionarse, pues con un capital de \$561.452.624 sin contar el bono pensional, no existe duda que tendría derecho a una pensión en el régimen de ahorro individual, y bajo cualquier circunstancia tendría derecho

a la garantía de la pensión mínima de vejez del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 14 de la Ley 797 de 2003 cuando cumpla 62 años, pues tendría cotizadas más de 1150 semanas cotizadas...”

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿ES procedente la acción de tutela impetrada contra CREAMOS MARKETING LIMITADA, por la presunta vulneración del derecho al Debido Proceso, al trabajo del señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND para obtener la nulidad de un acuerdo transaccional que sio por terminada su contrato laboral a término indefinido?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

IX. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 2, 13, 48, 49, 56 y 86 de la Constitución Política. Leyes 1122 de 2007 y 100 de 1993, Decretos 2943 de 2013, 1406 de 1999 y 2463 de 2001, Ley 1755 de 2015; Decreto 2591 de 1991; sentencias T-753 de 2006, T-406 de 2005, SU-961 de 1999, T-747 de 2008, T-151 de 2017, T-563 de 2017, SU 040-2018, T-521 de 2016, entre otras, entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario 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 la solicitante.

EL PRESUPUESTO DE SUBSIDIARIEDAD.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha manifestado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no

exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 la Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005¹, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1991 y reiterado recientemente en la sentencia T405-2018, al considerar 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.”

¹ Corte constitucional, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que, por el contrario, “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”².

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, se ha sostenido que:

“El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.”³

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado.⁴

En relación con el segundo evento, 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 eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 8 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 la corte, 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 trascendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo

² Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995, Corte Constitucional.

mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.⁶

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”**. (Negrita y subrayado por fuera del texto original).

EL REINTEGRO LABORAL EN TUTELA

Respecto de las acciones interpuestas para obtener el reintegro de un trabajador, la Corte ha resaltado que, en principio, la tutela no es la vía judicial idónea para resolver este tipo de controversias al existir los mecanismos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, atendiendo a la forma de vinculación del interesado; sin embargo, también ha destacado que el examen de procedencia debe ser menos estricto cuando se encuentran comprometidos los derechos de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, “pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial”.

En efecto, en la sentencia T-151 de 2017, se indicó que: “la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007.

No obstante, [...] ³ de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”.

Además, se precisó que circunstancias como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) no percibir ingreso alguno que permita la subsistencia de su familia y la propia, y (iv) la condición médica padecida, son supuestos representativos de un estado de debilidad manifiesta (artículo 13 superior).

³ Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995. 8 sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En ese orden de ideas, si bien el ordenamiento jurídico previó procedimientos judiciales especiales para ventilar pretensiones laborales, la Corte ha entendido que las reglas relativas a la procedencia de la acción tendrán que ser matizadas cuando se trata de personas en especial condición de vulnerabilidad o en circunstancias de debilidad manifiesta, como consecuencia, entre otros, de su estado de salud; por lo tanto, la tutela debe ser considerada como el mecanismo más adecuado para adoptar las acciones que permitan conjurar la afectación de los derechos en cuestión.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND, identificado con la cédula de ciudadanía No 8.725.943, en nombre propio, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental del derecho al debido proceso, al trabajo, contra CREAMOS MARKETING LIMITADA.

Lo anterior, en ocasión a que se indicó que la accionada terminó la relación laboral con el accionante, sin tener en cuenta el debido proceso vigente, el día 10 de agosto del 2022, el despido, a todas luces, vulneró los derechos fundamentales del señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND que, por sus especiales condiciones de toda vez que atenta contra de sus derechos fundamentales al trabajo y la Seguridad Social y sobre todo al de su pensión; la cual está a menos de dos años de poder adquirir el derecho.

De lo expuesto hasta ahora, da cuenta el despacho que la inconformidad que hoy se dirime, radica en la solicitud del actor en que se anule el acuerdo transaccional, se le reintegre directamente a CREAMOS MARKETING LIMITADA., en un cargo de igual o mejor remuneración al que desempeñaba y el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de su desvinculación laboral.

De conformidad con el asunto jurídico antes planteado, lo primero que se examinará es si la presente acción de tutela resulta procedente para solicitar la anulación del acuerdo transaccional y reintegro del trabajador a la empresa accionada, teniendo en cuenta que la tutela está caracterizada por ser esencialmente subsidiaria, es decir, su procedencia está sujeta a la verificación previa de la no existencia de otros medios de defensa o a que ante su existencia, éstos no sean lo suficientemente eficaces para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los asociados, por lo que impide que el juez de tutela asuma una competencia que, para este tipo de pretensión, corresponde a la justicia laboral ordinaria.

Ante la solicitud de anulación del acuerdo transaccional celebrado, esta pretensión escapa de la competencia del juez constitucional y corresponderá al juez laboral en el trámite de un proceso ordinario examinar la viabilidad o no la pretensión, determinar previa práctica de pruebas si existió vicio del consentimiento.

En lo que respecta a su calidad de prepensionado invocada, revisado el plenario, y las pruebas aportadas por este, se evidencia copia de cédula y manifiesta el actor que a la fecha cuenta con mil quinientas dieciséis punto ochenta y seis (1.516,86) semanas cotizadas, tendiente a demostrar dicha calidad, de la que se evidencia que el actor, posee en la actualidad 59 años, 11 meses y 20 días, pero la edad, per se no es el único requisito para obtener pensión de vejez, dado que se requiere, cumplir con el mínimo de ahorro en el caso del (RAIS) o cumplir con un mínimo de semanas cotizadas (RPM), las cuales se encuentran sobrepasando el requisito mínimo de semanas exigidas por el legislador.

Aunado a lo anterior, no se encuentra afectado el mínimo vital por haber recibido la suma de \$93.746.969 el día 18 de agosto de 2022, con ocasión del acuerdo celebrado entre las partes.

No sucede lo mismo con la subsidiaridad, y por el incumplimiento de este presupuesto, se declarará la improcedencia de la acción, la cual se explicará en los siguientes argumentos: La acción de tutela solo es procedente cuando el afectado no cuenta con otros mecanismos de defensa; así lo prevé el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, a menos que haya un perjuicio irremediable, en cuyo caso debe acreditarse, y si así sucede, la protección deberá concederse de manera transitoria, hasta tanto el juez natural resuelve definitivamente la controversia.

Entre tanto, cuando se invoca el derecho a la estabilidad laboral reforzada, con ocasión a la condición de prepensionable, con el propósito de flexibilizar la procedencia de la acción de tutela, se ha establecido un baremo sólido que se resume en que, por una parte, es inaplicable *“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.”*⁴

Acogiendo la terminología utilizada por la H. Corte Constitucional el accionante no acredita *“el riesgo de frustración de su derecho pensional”*, al comprobarse que ha cotizado el mínimo de semanas necesarias, así como que cuenta con la edad para acceder a su pensión de vejez.

De ese derrotero refulgen varias circunstancias que reafirman la improcedencia del amparo. Tendría que decirse que, por existir otro mecanismo en el ordenamiento jurídico para ventilar esa controversia, es improcedente la acción de tutela.

De este modo se puede concluir que la accionante, no aportó al proceso la certera demostración que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos ni eficaces para

⁴ SU-0003/18

garantizar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados o amenazados, ni siquiera, ha desplegado las acciones tendientes a su consecución por las vías ordinarias, teniendo en cuenta que la acción de tutela por ser un mecanismo residual de protección de derechos fundamentales, no puede desplazar las vías ordinarias dispuestas por el legislador.

Así las cosas, la solicitud de reintegro que formula el actor, no resulta procedente por esta vía constitucional y que él deberá acudir a la justicia ordinaria laboral, si mantiene su pretensión en ese sentido, para que se determine si hay lugar a la anulación del acuerdo y el reintegro del trabajador.

Concomitante a lo anterior, no se acreditó la existencia del perjuicio irremediable. La jurisprudencia de esta Corte ha definido el perjuicio irremediable como “el riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales, que debe ser invocada por el juez constitucional, dada la alta probabilidad de su ocurrencia”.⁵ En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “si la Constitución Política no consagra el carácter subsidiario de la acción de tutela, se vaciarían de contenido los mecanismos de defensa judicial dispuestos por el ordenamiento jurídico”.⁶ (T- 003 - 2022)

Se itera que en el caso de marras no se evidenció el riesgo de consumación de un daño o de una afectación a no ver cumplida el reconocimiento de la pensión de vejez, ante la acumulación de un capital suficiente ante la AFP PROTECCIÓN S. A.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, se procederá el juzgado a revocar la sentencia proferida en primera instancia, en consideración a que en el presente caso no se superó el requisito de subsidiariedad, ni se acreditó la urgencia manifiesta del perjuicio irremediable exigido por la jurisprudencia constitucional, al existir mecanismos idóneos y eficaces para discutir la anulación de la transacción celebrada, la terminación del contrato laboral y el reintegro.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

XII RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de tutela de fecha 05 de octubre de 2022, proferido por EL JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND CC 8.725.943, actuando en nombre propio, contra CREAMOS MARKETING LIMITADA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

⁵ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-190 de 2020.

⁶ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU 508 de 2020.

2. DECLARAR la Improcedencia del presente mecanismo de amparo adelantado por el señor JORGE ENRIQUE AROCHA DUGAND CC 8.725.943, actuando en nombre propio, contra el CREAMOS MARKETING LIMITADA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA