



Popayán, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

PROCESO	ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE	FLOR DE MARIA COBO DE PERAFAN
ACCIONADO	GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA
RADICADO	19001410500120220014701
INSTANCIA	SEGUNDA-IMPUGNACION SENTENCIA
SENTENCIA	No. 006 - 2022

1. ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver la impugnación formulada por la parte accionada, frente a la sentencia de tutela N° 052 proferida el seis (06) de abril del año dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, mediante la cual se declara procedente la acción de tutela.

2. ANTECEDENTES

2.1.- La demanda y su fundamento:

Invocando la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo y la estabilidad laboral reforzada, la promotora de la presente acción, solicita al señor Juez Constitucional, se emita el correspondiente acto administrativo de reubicación laboral en la planta de personal de la Gobernación del Cauca, en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 4 u otro similar, hasta que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, expida la Resolución reconociendo la pensión de vejez a la que manifiesta tiene derecho por haber adquirido la calidad de prepensionable, ya que cuenta con 66 años de edad y tiene un total de 1273.14 semanas cotizadas al sistema de Seguridad Social en Pensión.

De igual forma solicita que de ser reubicada se paguen los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar, hasta que se dé la reubicación.

Mediante Auto 510 del 28 de marzo de 2022 el Despacho de conocimiento, dispuso admitir la presente Acción de Tutela y vincular a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2.2.- Respuesta de la accionada GOBERNACION DEL CAUCA:

A pesar de haber sido notificada en debida forma, mediante oficio 294 del 28 de marzo de 2022, remitido al correo contactenos@cauca.gov.co, la entidad accionada guardo silencio.

2.3.- Respuesta de la vinculada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:



La Doctora MALKY KATRINA FERRO AHCAR, Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, en escrito de fecha 29 de marzo de 2022, dio respuesta manifestando que las pretensiones del accionante, no pueden ser atendidas por esta administradora por no resultar de su competencia administrativa y funcional, correspondiendo únicamente dar respuesta a la entidad empleadora Gobernación del Departamento del Cauca.

Aclara que Colpensiones solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, toda vez que éste es el marco de su competencia.

Solicitó la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva de Colpensiones, 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.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, mediante sentencia de tutela N° 052 del seis (06) de abril del año dos mil veintidós (2022), resuelve declarar la improcedencia de la acción de tutela a atención al principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, por lo que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Explicó que las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos y, que es la jurisdicción contenciosa administrativa, a través del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, la que analiza de fondo las decisiones tomadas por las entidades públicas, bajo los mandatos legales referente al tipo de contratación de servidores en provisionalidad y decidirá también los efectos de su legalidad en el caso de comprobarse alguna irregularidad excepcional como la estabilidad laboral reforzada, alegada por el accionante.

Sostiene que el juez constitucional puede aceptar la procedencia de acción de tutela para el reintegro laboral, siempre y cuando quede demostrado que se pretende evitar un perjuicio irremediable por afectación al mínimo vital que, tratándose de asuntos salariales, puede afectar la subsistencia no solo del trabajador sino de su núcleo familiar dependiente.

Frente a la solicitud del pago de los salarios dejados de percibir, insistió que ese Despacho no era el competente para dirimir el asunto y que existe otro mecanismo idóneo para resolver la controversia. Aseguró que no encuentra, en las pruebas aportadas, incapacidades por accidente laboral o enfermedad catastrófica, que lleven a la certeza de la existencia de un perjuicio irremediable para concluir que la accionante tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, por lo que despacho desfavorablemente el pedimento de tutela en tal sentido.



Consideró que en este caso no se cumplen los presupuestos establecidos por la Jurisprudencia para la configuración de un perjuicio irremediable; indica que el perjuicio ha de ser *inminente*, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; 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 que permitan concluir que se esté ante una situación que permita excepcionar el principio de la subsidiariedad de la acción constitucional.

4. LA IMPUGNACIÓN

En la impugnación la tutelante sostiene que si bien puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, como lo indica el Juzgado de instancia, para debatir la ilegalidad de la terminación del encargo en provisionalidad, la decisión en esa instancia puede tardar un periodo de tres años o más, lo que haría que la situación de vulnerabilidad que atraviesa junto a su núcleo familiar se extienda indefinidamente en el tiempo, pues ella es la única proveedora de los recursos en su hogar y por su avanzado estado de edad se vería limitada a conseguir un empleo para solventar los gastos de manutención para su familia.

Considera la impugnante que la acción constitucional aventaja al mecanismo ordinario, por resultar eficaz en medida y oportunidad, se convierte en medio célere y expedito para dirimir los conflictos de los sujetos como ella que gozan de una especial protección constitucional, en razón de su edad y por encontrarse amparada por el fuero de la estabilidad reforzada.

Esgrime que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado que el principio de inmediatez es un requisito de procedencia de la acción de tutela, cuando se amenaza o vulneran los derechos fundamentales debe presentarse de manera oportuna, dentro de un término razonable, la mora en la interposición impide el análisis de fondo de la petición.

Sostiene que el fundamento de la estabilidad laboral del prepensionado no es legal, sino que es de contenido constitucional y es así como lo definió el alto Tribunal en Sentencia T-186 de 2013 donde preciso:

“Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la



figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública.”

Refiere que la Corte Constitucional en sentencia T-357 de 2016, ha sostenido que no basta la mera calidad de prepensionado para proteger a las personas que se encuentra en esta situación, ya que se requiere además que la desvinculación ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital, dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia.

Suma a lo expuesto el “reten social” como uno de los mecanismos para proteger la estabilidad reforzada, su origen se desprende de los principios relativos al derecho a la igualdad, a la seguridad social y dignidad, consagrados en la Carta Política.

Señala que, aunque la Ley 790 de 2002 institucionalizó la reestructuración y el retén social para la Rama Ejecutiva del nivel central, se ha venido aplicando a otros entes y a servidores de carrera, en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción, en un término de 3 años.

Solicita revocar la Sentencia proferida por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, por resultar procedente como mecanismo subsidiario para amparar sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, en razón de su condición de prepensionable.

5. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES.

5.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, para ante el superior funcional, a quien se le confiere competencia para resolverla y en el caso sub - judge, le corresponde a este Juzgado.

5.2. Legitimación para instaurar acción de tutela.

En cuanto a la legitimación por activa o el interés para interponer el amparo de tutela, se cumplen los presupuestos del artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, dado que se trata de una persona natural, mayor de edad, con domicilio y residencia en esta localidad, que actúa por sí misma en defensa de sus derechos fundamentales.

5.3. Sobre la procedencia de la acción de amparo.



La procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, en la medida en que la regla general que rige la administración de justicia es que los conflictos de naturaleza laboral entre particulares o entre personas y el Estado deben resolverse a través de los canales ordinarios y a partir de los procedimientos comunes.

6. ASUNTOS PARA RESOLVER

6.1 Problema Jurídico

Teniendo en cuenta el motivo de impugnación, corresponde a este Despacho establecer si la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo y la estabilidad laboral reforzada que aduce desconocidos la accionante ante la finalización de su nombramiento, en provisionalidad, estando en una situación de estabilidad laboral reforzada, según lo aduce.

Para resolver los asuntos puestos a consideración, este despacho en primer lugar, hará algunas consideraciones sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso de las solicitudes de reintegro; (ii); el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse y; (iii) se entrará a solucionar el caso concreto.

7. PRESUPUESTOS NORMATIVOS

7.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral.

El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela y establece que esta podrá ser invocada por cualquier ciudadano para la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades. El ejercicio de la misma está condicionado por la existencia los mecanismos ordinarios de defensa judiciales por lo que la precitada norma dispone que esta *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”*, lo que significa que el recurso de amparo tiene un carácter subsidiario en la medida en que solo es posible acudir a este cuando los otros mecanismos judiciales son insuficientes para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados.

El juez que conozca de una tutela deberá estimar si en el caso concreto los mecanismos ordinarios son eficaces para lograr la protección del derecho invocado, pues *“La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*.

En relación con las personas protegidas constitucionalmente con estabilidad laboral reforzada, la jurisprudencia constitucional ha considerado tradicionalmente que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado



de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que estas están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha reiterado:

“En innumerables oportunidades, las diferentes Salas de Revisión han precisado que cuando exista un conflicto de índole laboral que comprometa significativamente los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad y, además, la acción ordinaria prevista jurídicamente para resolver el conflicto no garantice de manera oportuna y plena las prerrogativas constitucionales comprometidas; la acción de tutela es procedente”.¹

7.2 El derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse.

La Corte Constitucional ha referido que *“tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”*. En sentencia T-326 de 2014 precisó:

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

En sentencia T-500 de 2019 reiteró:

La jurisprudencia Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados consiste en el derecho a no ser desvinculados cuando le faltan tres (3) años o menos para alcanzar el número de semanas o tiempo de servicio requerido, según el caso, para acceder a la pensión de vejez

7.3 El caso concreto

En el caso concreto se tiene que la señora FLOR DE MARIA COBO PERAFAN presentó acción de tutela en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, debido a que por acto administrativo se ordenó la terminación de su vinculación, sin tener en cuenta su

¹ Sentencia T-693 de 2015



condición de prepensionable, ya que a la fecha cuenta con 66 años de edad y **1273.14** semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensión.

Por su parte la entidad accionada a pesar de ser notificada en debida forma, no se pronunció y guardó silencio.

El Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán negó la protección invocada al considerar que no le corresponde al Juez Constitucional controvertir los actos administrativos emanados de una entidad pública, cuya legalidad debe cuestionarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es cierto que la H. Corte Constitucional ha referido que la acción de tutela por regla general no es procedente para solicitar un reintegro laboral, salvo que excepcionalmente se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable.

De acuerdo a las pruebas aportadas y como ya se indicó, la accionante cuenta en la actualidad con 65 años de edad y **1273.14** semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensión, por lo que en atención a lo dispuesto en el art. 9 de la ley 797 de 2003 cuenta con la edad y le faltan 27 semanas (6.3 meses) para cumplir las **1300** que exige el sistema de seguridad social para acceder a su pensión de vejez. En ese contexto probatorio y para el caso, se hace evidente que los mecanismos judiciales a través de los que eventualmente podría cuestionar la legalidad del acto de retiro, no resultarían eficaces.

Dada la edad de la accionante y las pocas semanas que necesita para acceder a su pensión de vejez, se configura una situación de debilidad manifiesta que debe ser protegida a través de esta acción constitucional. En la tutela manifestó que el salario que devengaba por su trabajo como Auxiliar Administrativo Grado 4 en la Gobernación del Cauca era el único ingreso con el que contaba para su sustento y el de su familia y que, además, su avanzada edad le impedía conseguir un trabajo, por lo que también estaba en riesgo la posibilidad de acceder a una pensión de vejez ante la dificultad de realizar las cotizaciones necesarias, afirmaciones que no fueron controvertidas por el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, ni siquiera se opuso a las pretensiones de la tutela, pues guardó silencio. En consecuencia se tendrán por ciertos los hechos expuestos en la demanda al tenor de lo dispuesto en el art. 20 del Decreto 2591 de 1991 norma que establece:

“ARTICULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa. ”

Téngase en cuenta además que la jurisprudencia constitucional ha reiterado en diferentes ocasiones y contextos que la ausencia de recursos económicos, con las consecuencias que tal circunstancia acarrea en la decisión del asunto, no debe ser probada por la peticionaria, sino que le corresponde a la parte accionada controvertir tal aseveración. Al respecto ha dicho:



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

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

En relación con los derechos pensionales, la Corte se ha pronunciado sobre la prueba del riesgo de sufrir un perjuicio irremediable para efectos de la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos:

*“En otros casos, la Corte Constitucional ha sostenido que **la falta de pago de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital.** De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva. Así, la Corte ha dicho que es legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde súbitamente su única fuente de subsistencia”. (Negritas fuera del texto).²*

Se reitera, al momento de su desvinculación la señora FLOR DE MARIA COBO DE PERAFAN contaba con un total de 1273.14 semanas cotizadas y 65 años de edad, lo que da cuenta de su condición de prepensionable en el entendido de que le faltaban 26.86 semanas (equivalentes a 6.3 meses) para cumplir los requisitos de cotización para acceder a la pensión de vejez, lo que a su vez la hace un sujeto de especial protección constitucional.

Es importante precisar que le corresponde a cada entidad verificar cada caso en particular a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado que está próximo a cumplir los requisitos exigidos para adquirir su pensión de vejez, por lo tanto los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido, y el jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección. La Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública, establece:

“ARTÍCULO 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la

² Sente3ncia T-824 de 2014



Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley."

En suma, no cabe duda que la determinación de la administración pública departamental, de desvincular a la accionante, estando en una situación de debilidad manifiesta y estabilidad laboral reforzada dada su condición de prepensionable, vulnera los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, por lo que este Despacho en aras de garantizar sus derechos fundamentales, dispondrá que el DEPARTAMENTO DEL CAUCA - GOBERNACION DEL CAUCA dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, **reintegre** a la señora FLOR DE MARIA COBO DE PERAFAN a efecto de que pueda cumplir las semanas que requiere para acceder a su pensión de vejez, reintegro que deberá efectuarse en el cargo que venía desempeñando o en uno de igual o mayor jerarquía, sin desmejorar sus condiciones laborales

8.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de La República de Colombia, por autoridad de la ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de Tutela No. 052 de fecha 6 de abril de 2022, proferida por el **JUZGADO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE POPAYAN**, conforme a lo antes expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora FLOR DE MARIA COBO DE PERAFAN, identificada con la cédula de ciudadanía N° 25.278.164, y consecuencia **AMPARAR** sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada, por las razones que se han expuesto en la parte considerativa de este fallo.

TERCERO: ORDENAR al **DEPARTAMENTO DEL CAUCA - GOBERNACION DEL CAUCA**, representada legalmente por su señor Gobernador Dr. ELIAS LARRAHONDO CARABALI o quien haga sus veces que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, reintegre a la señora FLOR DE MARIA COBO DE PERAFAN a efecto de que pueda cumplir las semanas que requiere para acceder a su pensión de vejez, reintegro que deberá efectuarse en el cargo que venía desempeñando o en uno de igual o mayor jerarquía, sin desmejorar sus condiciones laborales.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes intervinientes, como al Juzgado de Instancia, lo aquí resuelto de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



QUINTO: DISPONER la remisión electrónica del expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, a través de Secretaría.

NOTIFIQUESE,



GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARIN
Juez