El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia:** Sentencia - 1ª instancia - 2 de junio de 2017

**Proceso:** Acción de tutela – Concede amparo

**Radicación No.:** 66001-22-05-000-2017-00072-00

**Accionante:** Luz Stella Gálvez

**Accionado:** Defensoría del Pueblo y Eminser S.A.S

Magistrada Ponente**:** Ana Lucia Caicedo Calderón

**Tema:**

**Estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse:** Volviendo a la condición de pre pensionado, la Corte Constitucional en la Sentencia T-638 de noviembre 16 de 2016, con ponencia del Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO, indicó que los trabajadores del sector privado no tienen una normativa al estilo de la Ley 790 de 2002, que proteja su derecho a la estabilidad laboral reforzada como se hace con los empleados del sector público. Sin embargo sentenció que siempre que se constate la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo y la igualdad de un trabajador del sector privado deben aplicarse valores y principios Constitucionales. En tal virtud, advirtió que se puede extender el beneficio del retén social (mecanismo de estabilidad laboral reforzada que tienen los servidores públicos) a quienes laboran en el sector privado.

A esa conclusión llegó después de indicar que quien labora en calidad de servidor público y es retirado del servicio cuando se encuentra a menos de tres años de adquirir el estatus de pensionado, le puede ser amparado su derecho a la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse ad portas de adquirir tal beneficio en atención a la figura del retén social. En cambio, cuando se trata de un trabajador del sector privado simplemente se le termina el contrato de trabajo y se lo indemniza, sin consideración a ese mismo estatus, así tenga la condición de pre pensionado. Por esa razón, la Corte Constitucional afirma que existe un desequilibrio entre los empleados públicos y privados, que si bien pertenecen a sectores diferentes, constitucionalmente se encuentran en la misma situación y por lo tanto merecen un trato idéntico.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**2 de junio de 2017**)

Dentro del término estipulado en los artículos 86 de la Constitución Política y 29 del Decreto 2591, se resuelve en primera instancia la **Acción de Tutela** impetrada por la señora **Luz Stella Gálvez** en contra de la **Defensoría de Pueblo y la Sociedad Eminser S.A.S**quien pretende la protección de los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Estabilidad Laboral reforzada, dignidad humana, Mínimo Vital y Móvil de su núcleo familiar.

**Accionante:** Luz Stella Gálvez.

**Accionados:** Defensoría del Pueblo y Eminser S.A.S.

**Vinculados:** Easyclean G&E y Claudia Lorena Calle Benjumea.

El proyecto, una vez revisado y discutido, fue aprobado por el resto de integrantes de la Sala, y corresponde a lo siguiente:

#### La demanda

La accionante manifiesta por medio de apoderado judicial que nació el 16 de octubre de 1958, que tiene a la fecha 59 años de edad y 1.157.29 semanas cotizadas en Colpensiones. Sin embargo a pesar de tener la edad para pensionarse por vejez no cumple con el requisito de semanas cotizadas ya que le falta un periodo de cotización de 2 años 7 meses, equivalente a 147 semanas para acceder a dicha prestación.

Indica que inició labores en la Defensoría del Pueblo como auxiliar de servicios generales desde el 5 de mayo del año 2005, y desde los inicios de su relación laboral, fue vinculada a través de empresas de Servicios Temporales siendo la última EMINSER S.A.S hasta el día 30 de marzo de 2017.

 Afirma que cumplió sus labores en forma personal y bajo la continua dependencia y subordinación de la Defensoría del Pueblo, en el mismo horario que los demás trabajadores de la empresa usuaria (Defensoría del pueblo) quien se benefició en ultimas de esta labor la cual se prestaba en el horario de 8:00 am a 12 m y de 2:00 pm a 6:00 pm.

 Señala que es madre cabeza de hogar y tiene 2 hijos, uno es Andrés Felipe Sierra de 19 años, quien no tiene definida la situación militar razón por la cual no puede acceder a un trabajo digno que le permita sufragar los gastos congruos y necesarios para sobrevivir y su hijo mayor Geovanny Andrés Estrada Gálvez de 35 años de edad quien en la actualidad se encuentra respondiendo por la obligación de su hogar y la manutención de su hijo menor.

Aduce que tanto su hijo Andrés Felipe como ella dependen económicamente de su salario como auxiliar de servicios generales en la defensoría del pueblo, pues ella es quien brinda alimentación, habitación, vestido y todo lo necesario para subsistir, encontrándose hoy vulnerados estos derechos debido a la cancelación de su contrato, sin justa causa realizado por la empresa EMINSER S.A.S.

Asegura que la empresa EMINSER S.A.S quien fungía como intermediaria con la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda, el día 3 de marzo de 2017 le informó que no se renovaría su contrato porque el plazo inicialmente pactado había expirado; seguidamente el día 25 de abril de 2017 recibe una certificación laboral de dicha empresa en la cual confirma la existencia del vínculo laboral e indica que la decisión obedece al vencimiento del plazo inicialmente pactado.

 Finalmente, enuncia que invoca esta tutela como mecanismo eficaz y de manera efectiva, toda vez están en riesgo sus derechos fundamentales a la seguridad Social, la estabilidad Laboral reforzada, la dignidad Humana y el Mínimo vital y móvil de su núcleo familiar.

Conforme a los hechos narrados anteriormente la citada accionante solicitó:

i)Que se tutelen sus derechos fundamentales a la Seguridad Social, Estabilidad Laboral reforzada, Dignidad humana, Mínimo vital y Móvil de su núcleo familiar vulneraos por Eminser S.A.S y la Defensoría del Pueblo, por consiguiente, ii)que se ordene el reintegro laboral, el pago inmediato de los meses que se adeudan, junto con la cotización a la Seguridad Social, hasta tanto se terminen de acreditar los requisitos pensiónales, iii) que se ordenara a Eminser S.A.S y a la Defensoría del Pueblo no volver a realizar conducta alguna que amenace y ponga en riesgo sus derechos fundamentales, iv) oficiar al pagador de Eminser S.A.S para que anexe copia de los pagos a ella realizados de la seguridad Social de manera periódica con el fin de contabilizar efectivamente el tiempo faltante.

#### Contestación de la demanda

**La Empresa de Servicios Integrales EMINSER S.A.S,** en adelante EMINSER, indicó que: i) No es una empresa de Servicios temporales, es una empresa de servicios integrales y cafetería que presta sus servicios a empresas del Sector Estatal y privado; ii) que el contrato con la Defensoría del Pueblo fue asignado por licitación pública (Orden de compra) el cual finalizó el 31 de marzo de 2017, fecha en la cual también finalizaron los contratos laborales con el personal que tenían asignado para cubrir tales plazas, toda vez que en la ciudad y el departamento no cuentan con contrato alguno diferente al mencionado; iii) la señora Luz Stella Gálvez realizó sus funciones para la empresa Eminser en virtud a un contrato de trabajo a termino fijo inferior a un año (8 meses) bajo su dependencia y subordinación prestando sus servicios en la sede de la Defensoría del Pueblo.

Más adelante afirmó que la empresa terminó el contrato a la señora Luz Stella Gálvez por justa causa (objetiva) la cual fue vencimiento del término pactado y realizó debidamente el preaviso, amén de que el contrato con la Defensoría del Pueblo había finalizado.

Arguyó que a la señora Luz Stella Gálvez no la han discriminado por la edad, y esa no fue la causa de la terminación del contrato, y que incluso de haber continuado el contrato estatal, habrían continuado con sus servicios, pero desafortunadamente no cuentan con plazas en la ciudad de Pereira ni el departamento de Risaralda en razón a que no tienen ningún otro contrato estatal en esta zona.

Adujo que durante la relación laboral con la señora Luz Stella Gálvez cumplió cabalmente con la obligación de cancelar sus acreencias y aportes legales.

Señaló que no es cierto que exista un riesgo inminente e irreparable para la actora pues ella cuenta con el apoyo de sus hijos mayores de edad, quienes están capacitados y habilitados para laborar igual que ella, igualmente manifestó que resulta temerario el hecho de que la actora pretenda con los argumentos expuestos obtener un fallo de tutela para mantenerse en un cargo que no existe ya para Emineser S.A.S.

Finalmente, señaló que para la empresa no es posible el reintegro de la accionante físicamente, por cuanto la Defensoría del Pueblo contrató los servicios de aseo y cafetería con la nueva empresa que ganó la licitación, con quienes podría ser posible la contratación de la accionante en caso extremo de accederse a la protección constitucional deprecada, tal como venía siendo contratada para prestar tales servicios desde el año 2005.

Por lo anterior se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

**La Defensoría del Pueblo** manifiesta que generó orden de compra No. 5247 dentro del Acuerdo Marco de precios para la contratación del servicio integral de aseo y cafetería por parte de las entidades compradoras CCE-146-1-AMP-2014 con la Unión Temporal Eminser- solo aseo, para garantizar la salubridad y las óptimas condiciones de las instalaciones.

Indicó que como se encuentra demostrado con el contrato a término fijo suscrito entre la señora Luz Stella Gálvez y la Unión Temporal Eminser S.A.S, la relación laboral solo existió entre esas dos partes y si bien es cierto la prestación de los servicios se llevó a cabo en la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda, esto no quiere decir que sea su empleador. Reitera que realizó orden de compra para que a través de la empresa Eminser se llevara a cabo la prestación del servicio de aseo y cafetería con el personal contratado por Eminser.

Por lo tanto los conflictos laborales entre Eminser y sus trabajadores son de competencia única y exclusiva del empleador (Eminser) y no de la Defensoría del Pueblo.

En virtud de lo anterior solicitó la desvinculación de esta acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Posteriormente y de acuerdo a las pruebas documentales que se arrimaron al plenario, la suscrita Magistrada Sustanciadora vinculó en calidad de demandada a la Empresa **EASYCLEAN G&E S.A.S**, en adelante EASYCLEAN, por ser la nueva empresa contratada por la Defensoría del Pueblo para que preste los servivicios de aseo y cafetería en la Regional de Pereira (folio 91). Oportunamente dicha empresa al contestar la demanda manifestó que revisada su base de datos, se pudo establecer que la accionante Luz Stella Gálvez no ha solicitado ser vinculada a esa empresa, *“como tampoco la intervención de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO SEDE PEREIRA RISARALDA, a efectos de convocar a la empresa”.*

 Indicó que no existe ni existió un vinculo de carácter asistencial o de índole contractual Laboral con la accionante y por ende no existen obligaciones, ni derechos de reciprocidad que configuren una relación directa con la accionante que pueda endilgarse por acción u omisión, ni se ha vulnerado alguno de los derechos fundamentales invocados.

Agregó que si bien se encuentran habilitados para el suministro de personal, igualmente son respetuosos del cumplimiento de las normas laborales, y no encuentran argumento factico ni jurídico para ser vinculados a esta acción Constitucional, máxime cuando el servicio que prestan a la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda se encuentra soportado mediante el contrato de prestación de servicios Nº 085 de 2017, celebrado el 22 de marzo de 2017.

Finalmente afirmó que esta acción de tutela no debe prosperar, por cuanto la accionante dispone de otro medio judicial idóneo y efectivo para lograr lo pretendido, e indicó que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares, entre otros, en el caso en que quien solicite el amparo se encuentre en condición de subordinación o indefensión respecto del particular contra quien se promueve la acción, razón por la cual podría sostenerse que en este caso la acción de amparo resulta improcedente como quiera que no existe ni siquiera un contrato entre la actora y Easyclean G&E S.A.S.

Por lo anterior solicitó declarar improcedente la acción de tutela.

#### Consideraciones

* 1. **Problemas jurídicos por resolver**

¿Se encuentran vulnerados los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Estabilidad Laboral Reforzada (retén social), Dignidad Humana, Mínimo Vital y móvil de la señora Luz Stella Gálvez, por parte de EMINSER S.A.S y/o la Defensoría del Pueblo al dar por terminado el contrato de trabajo por vencimiento del término pactado, a pesar de tener la condición de prepensionada?

¿Vulnera tales derechos la sociedad EASYCLEAN al no contratar a la actora para que siga prestando los servicios de aseo y cafetería a la Defensoría del Pueblo Regional Pereira, como lo venía haciendo desde hace varios años?

* 1. **Procedencia de la acción de tutela contra particulares**

Tratándose de la acción de tutela contra particulares el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 estableció varios casos en los que procede la acción de tutela contra los particulares, en este caso se hace necesario resaltar los numeral 4 y 9 de dicho decreto:

***“4.*** *Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.*

*“****9.*** *Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de) quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.*

Frente a lo anterior ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-134 de 1994 lo siguiente:

“*La acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto”*

En Sentencia T-495 de 2010 la Corte Constitucional ha aclarado el concepto de subordinación:

*La subordinación se refiere a “la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen. Asimismo se ha considerado el caso de los sindicatos con relación a la empresa, de los hijos menores respecto de los padres y los residentes de cara a las Juntas Administradoras de los conjuntos residenciales. Es decir, la subordinación proviene de un vínculo jurídico existente entre las partes, mientras que la indefensión surge de una situación de facto.*

* 1. **Estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse.**

El órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional, ha desarrollado una tesis de Estabilidad Laboral reforzada para personas que se encuentran próximas a recibir el estatus de pensionado a efectos de que se aplique en aquellos eventos donde exista tensión entre los mecanismos que permiten el despido del empleo y los derechos a la igualdad y al mínimo vital de las personas. Ha indicado lo siguiente en la sentencia T-634 de 2016:

*“La estabilidad Laboral es una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”*

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el fundamento de la Estabilidad Laboral de los prepensionados es de contenido Constitucional, tal como lo reiteró en sentencia T-186 de 2013 cuando dijo:

*“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 restructuración de la Administración Pública”*

* 1. **Estabilidad laboral reforzada para trabajadores del sector privado**

Volviendo a la condición de pre pensionado, la Corte Constitucional en la Sentencia T-638 de noviembre 16 de 2016, con ponencia del Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO, indicó que los trabajadores del sector privado no tienen una normativa al estilo de la Ley 790 de 2002, que proteja su derecho a la estabilidad laboral reforzada como se hace con los empleados del sector público. Sin embargo sentenció que siempre que se constate la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo y la igualdad de un trabajador del sector privado deben aplicarse valores y principios Constitucionales. En tal virtud, advirtió que se puede extender el beneficio del retén social (mecanismo de estabilidad laboral reforzada que tienen los servidores públicos) a quienes laboran en el sector privado.

A esa conclusión llegó después de indicar que quien labora en calidad de servidor público y es retirado del servicio cuando se encuentra a menos de tres años de adquirir el estatus de pensionado, le puede ser amparado su derecho a la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse ad portas de adquirir tal beneficio en atención a la figura del retén social. En cambio, cuando se trata de un trabajador del sector privado simplemente se le termina el contrato de trabajo y se lo indemniza, sin consideración a ese mismo estatus, así tenga la condición de pre pensionado. Por esa razón, la Corte Constitucional afirma que existe un desequilibrio entre los empleados públicos y privados, que si bien pertenecen a sectores diferentes, constitucionalmente se encuentran en la misma situación y por lo tanto merecen un trato idéntico.

Así se desprende de los siguientes apartes de la citada sentencia:

***“7. Estabilidad laboral de los prepensionados***

*7.1. El constituyente de 1991, consagró el trabajo[[1]](#footnote-1) como un derecho fundamental, respecto del cual el Estado tiene la obligación de proteger y, en torno al mismo, en el artículo 53 de la Constitución Política estableció una serie de máximas orientadas a su protección, como la igualdad de oportunidades, estabilidad en el empleo, remuneración mínima vital y proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, entre otros.*

*En ese orden,* ***la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado la tesis de la estabilidad laboral para quienes se encuentran ad portas de adquirir el status de pensionado, la cual tiene su fundamento no solo en las normas anteriormente citadas, sino en los artículos 13, 42, 43, 44 y 48 de la Constitución Política, por lo tanto, debe aplicarse en aquellos eventos donde exista tensión entre los mecanismos que permiten el despido del empleo con los derechos a la igualdad y al mínimo vital de las personas****[[2]](#footnote-2).*

*7.2. Así, la Corte ha establecido que la estabilidad laboral es una* “*garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido[[3]](#footnote-3), el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales[[4]](#footnote-4)”.*

***De acuerdo con lo anterior, se ha sostenido que el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados no es legal sino que es de contenido constitucional.*** (Negrillas fuera de texto).

*(…)*

*7.3. Esta Corporación también ha sostenido que no basta la mera calidad de pre pensionado para proteger a las personas que se encuentren en esta situación, ya que se requiere, además, que su 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. Es decir, en los eventos de retiro de personas a quienes les falten tres (3) o menos años para adquirir el status de pensionados debe analizarse cada caso concreto para establecer si se ponen en riesgo sus derechos fundamentales.*

*(…)*

*7.4****. En suma, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de pre pensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.*** (Negrillas fuera de texto).

*(…)*

***8. Retén social de los servidores públicos***

*8.1. Uno de los mecanismos orientados a proteger a los grupos de personas a punto de pensionarse es el retén social, cuyo origen se remonta a la Ley 790 de 2002[[5]](#footnote-5), mediante la cual se pretendió garantizar el empleo a los pre-pensionados que laboraban para las entidades a reestructurarse por parte del Estado.*

*(…)*

*8.2. Asimismo ha señalado este Tribunal que, aunque la protección laboral reforzada contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002*,”*se circunscribió en su momento a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es* *de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado ||* ***En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho****[[6]](#footnote-6).*

*(…)*

***9. Estabilidad laboral reforzada en trabajadores del sector privado***

*9.1. Contrario a lo que ha ocurrido con los empleados de la esfera pública, los trabajadores al servicio del sector privado no cuentan con una normatividad que, al estilo de la Ley 790 de 2002, proteja su derecho a la estabilidad laboral reforzada.*

*(…)*

*9.3. No obstante lo anterior, tras elaborar un análisis sobre los regímenes de transición, la Corte ha concluido que los derechos adquiridos tienen protección constitucional, lo cual se ha extendido a las expectativas legítimas próximas. En efecto, en torno a las pensiones, diferencia lo que es un derecho adquirido, cuya característica es su inmutabilidad, y las meras expectativas; estas últimas, las ha clasificado en dos grupos: (i) las meras expectativas y (ii) las expectativas legítimas y previsibles de adquisición de un derecho, que gozan de un privilegio especial de la Constitución*

*(…)*

*9.4. La protección de las expectativas de los candidatos a obtener la pensión, deviene de la existencia de los regímenes de transición, tal cual se señaló en sentencia C-168 de 1995, lo cual es el fiel reflejo del amparo que se pretende dar al derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución*

*(…)*

*9.8. En ese orden de ideas, si bien para los trabajadores del sector privado no existe norma legal que determine la estabilidad laboral cuando son madres o padres cabezas de familia, discapacitados o pre-pensionados, son los valores y principios constitucionales los que deben aplicarse en eventos donde se observe la vulneración de derechos fundamentales como la seguridad social, el trabajo y la igualdad.*

*(…)*

*9.6. Asimismo, en sentencia de control abstracto de constitucionalidad sobre el parágrafo del artículo 27 de la Ley 56 de 1985, la Corte precisó que si bien los derechos adquiridos gozan del amparo constitucional, el legislador no puede ser indiferente con relación a las expectativas de quienes están ad portas de obtener la pensión, y en ese sentido considera procedente la creación de sistemas orientados a proteger aquellas esperanzas próximas de una asignación”.*

* 1. **Caso concreto.**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la señora Luz Stella Gálvez acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja sus derechos fundamentales a la Seguridad Social, Estabilidad Laboral reforzada, dignidad Humana y Mínimo Vital y Móvil, toda vez que según lo indica, tiene 59 años de edad y le faltan aproximadamente 147 semanas para acceder a la pensión de vejez, sin embargo, el día 3 de marzo de 2017 su empleadora Eminser S.A.S dio por terminado su contrato de trabajo, alegando vencimiento del plazo inicialmente pactado, sin tener en cuenta su condición de prepensionada. Indica igualmente, que el salario que percibía como auxiliar de servicios generales en la Defensoría del Pueblo era el único sustento para ella y su hijo Andrés Felipe Estrada.

A efectos de establecer la procedencia de esta acción de tutela y si hay lugar al deprecado amparo, la Sala considera necesario analizar las particularidades de este caso y las condiciones de cada una de las partes, así:

La actora es una mujer que ya raya los 59 años de edad, es decir, que rebasó la edad mínima para pensionarse en el régimen de prima media al cual se encuentra afiliada, que de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, corresponde a 57 años. De acuerdo a los hechos de la demanda, comenzó a trabajar como auxiliar de servicios generales en las dependencias de la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda desde el 5 de mayo de 2005, servicios que prestó, a través de diferentes empresas temporales, siendo la ultima la Empresa de Servicios Integrales EMINSER S.A.S. Si bien en los contratos de trabajo que obran en el expediente no se detalla con exactitud las funciones que realizaba, ellas quedan claramente establecidas en un oficio y en una certificación suscrita por el entonces Defensor del Pueblo Regional Risaralda, Dr. LUIS CARLOS LEAL VÉLEZ (folios 30 y 31), en los que se manifiesta que la tutelante realizaba labores de aseo y cafetería. Tampoco se percibe en los referidos contratos de trabajo el horario de trabajo de la actora, y a pesar de que en la demanda (hecho 6º) se dice que fueron 8 horas diarias, no existe claridad al respecto, toda vez que en uno de los oficios suscritos por el citado Defensor del Pueblo expresamente se dice que aquella laboraba 6 horas, por lo menos hasta el 9 de abril de 2008 (fecha del oficio, folio 28), y curiosamente se advierte que la actora siempre devengó un salario inferior al mínimo, conforme se ve en los contratos de trabajo (folios 16, 33), en los aportes al sistema de seguridad social (folios 51 a 56), y en la liquidación del contrato de trabajo (folio 38). En la demanda se aduce que la actora tiene dos hijos mayores de edad, pero ninguno de ellos la apoya económicamente porque el mayor tiene su propio hogar y el menor apenas cuenta con 19 años, quien no ha podido vincularse laboralmente porque no ha definido su situación militar (según se prueba con el documento visible a folio 17), negación indefinida que no fue desvirtuada por ninguna de las contrapartes, como lo ordena, entre otras, la Sentencia T-357 de 2016.

**De todo lo anterior queda al descubierto que la demandante es una mujer de 59 años, de escasos recursos económicos (ni siquiera ganaba el mínimo), que ejerce una actividad históricamente discriminada y mal remunerada (aseo y cafetería) y que no cuenta con la ayuda de sus dos hijos ni de otra persona para su congrua subsistencia.**

Por la parte pasiva, tenemos en primer lugar a la Empresa de Servicios Integrales SAS, en adelante EMINSER, sociedad por acciones simplificada, de carácter privado, cuyo objeto principal, para lo que interesa a este asunto, es el suministro de personal y prestación especializada de los servicios en general de aseo, mantenimiento, cafetería, recepción, lavandería, jardinería, mensajería, operarios permanentes y temporales, etc. (según certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, folios 46 a 50). En la contestación de la demanda, acepta su calidad de empleadora de la tutelante y el hecho de haber terminado el contrato de trabajo en forma unilateral por vencimiento del término. Para el efecto aportó copia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (8 meses) suscrito entre las partes el 4 de diciembre de 2015, copia del preaviso que se pasó a la trabajadora fechado el 29 de febrero de 2017 (aunque en la demanda se dice que tal documento se comunicó el 3 de marzo de 2017) y copia de la liquidación del contrato (folio 41). Explica que la finalización del vínculo laboral se dio porque en esa misma fecha *-31 de marzo de 2017-* expiró la vigencia de la orden de pago que celebró con la Defensoría del Pueblo para prestar los servicios de aseo y cafetería y que en la actualidad no tiene contrato alguno en esta sede. Sin embargo no aportó copia de la referida orden de compra para corroborar dicho supuesto fáctico. Alega que no es una empresa de servicios temporales, sino una empresa de servicios integrales, es decir, una empresa que agrupa diferentes servicios para prestárselos a un tercero o cliente.

La otra entidad demandada la constituye la Defensoría del Pueblo, institución de carácter público que hace parte del Ministerio Público (artículo 281 de la Constitución Política), en cuya sede de la ciudad de Pereira prestó sus servicios de aseo y cafetería la actora, por lo menos desde el 1º de junio de 2006, según se observa en la Historia Laboral (folio 80) y lo corrobora EMINSER en su contestación de la demanda (aunque ellos remontan el hito inicial al año 2005), a través de diferentes órdenes de pago que suscribió dicha entidad con diferentes empresas, siendo EMINSER la última. Las pruebas documentales que obran en el plenario reflejan que la Defensoría, en principio, no tiene la calidad de empleadora de la tutelante. Con respecto a la orden de pago que suscribió con EMINSER, la actora prestó los servicios de aseo y cafetería en la Defensoría del Pueblo de Risaralda desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 30 de marzo de 2017.

Así mismo se vinculó a esta acción en calidad de demandada a la empresa EASYCLEAN S.A.S de quien no contamos con su certificado de cámara de comercio, pero que de acuerdo a lo narrado en su defensa podemos inferir que se trata de una sociedad por acciones simplificada que presta los servicios de aseo y cafetería y que fue contratada para tales menesteres por la Defensoría del Pueblo a través del contrato de prestación de servicios Nº 085 de 2017, celebrado el 22 de marzo de 2017.

Igualmente obra en el proceso que la persona que reemplazó a la actora en la Defensoría del Pueblo Regional Pereira en los servicios de aseo y cafetería es la Sra. CLAUDIA LORENA CALLE BENJUMEA, empleada de EASYCLEAN, a quien también se vinculó a esta acción para que ejerciera su derecho de defensa en el eventual caso de que se viera afectada por las resultas de esta acción de tutela. Como quiera que se abstuvo de contestar, desconocemos sus particularidades, salvo que es una mujer con bajo grado de escolaridad, según da cuenta la constancia secretarial visible a folio 101, que ejerce una labor históricamente discriminada como es la de aseo y cafetería.

**De cara al contexto fáctico anterior y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto a las personas que les falta tres años o menos para pensionarse, dígase de una vez que la presente acción de tutela es procedente por la edad de la actora (59 años), por el hecho de que su salario era el único medio de sustento *–salario que es inferior al mínimo-* y porque le faltan 147 semanas de cotización para pensionarse en el régimen de prima media.**

En ese orden de ideas, le corresponde establecer a la Sala si alguna de las entidades demandadas (EMINSER y la Defensoría del Pueblo) o la vinculada a esta acción (EASYCLEAN), vulneraron los derechos fundamentales deprecados por la actora.

Pues bien, para ello la Sala no puede pasar inadvertido dos hechos que se tornan relevantes en el entramado fáctico de esta Litis: Por un lado, que es cierto que la actora ha prestado los servicios de aseo y cafetería a la Defensoría del Pueblo de Risaralda desde el 1 de junio de 2006 hasta el 17 de marzo de 2017, a la sazón 10 años 9 meses, a través de diferentes empresas temporales, a saber: ACCIÓN PLUS, OCUPAR Y COMPAÑÍA LTDA., INTERNACIONAL DE NEGOCIOS, SERVILIMPIEZA S.A., ASEPECOL LTDA., ELITE LTDA., REPRESENTACIONES E INVERSIONES ELITE LTDA., QUEVEDO Y VILLALBA LTDA., SERVICIOS QUEVEDO Y VILLALBA LTDA. y EMPRESA DE SERVICIOS INTEGRALES SAS 8EMINSER), según se observa en la historia laboral y lo aceptó la propia Defensoría, en forma prácticamente continua salvo tres meses en los que no aparece cotización (enero y febrero de 2007 y enero de 2008). Resulta notable destacar que pese a que la Defensoría cambiaba de empresa temporal, la demandante siempre volvía a ser contratada por la nueva empresa temporal para continuar prestando sus servicios en la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda.

El segundo hecho relevante y que tiene relación directa con el anterior, es el cruce de correos electrónicos entre EASYCLEAN y la Defensoría del Pueblo, en la que la primera le solicita a la Defensoría **los datos de la operaria de aseo que tienen asignada en cada ciudad**. Dicho email tiene fecha 29 de marzo de 2017 y fue remitido a las regionales de la Defensoría del Pueblo de varios departamentos de Colombia, entre ellos a Risaralda, según se puede ver a folio 89. La Regional Risaralda contestó el 31 de marzo de este año, suministrando todos los datos solicitados de la persona que venía desempeñándose con la anterior empresa, refiriéndose concretamente a LUZ STELLA GÁLVEZ, de quien proporcionó su número de cédula, número de celular, la talla del pantalón, camisa y zapatos y se anexó su Hoja de Vida, el certificado de estudios, dos certificaciones laborales, fotocopia de la cédula de ciudadanía, certificado de la EPS y Pensión y cursos adicionales, según se lee a folio 90.

Tanto la historia laboral como los emails que se acaban de relacionar dejan entre ver que era una práctica *-o si se quiere una política-* que la nueva empresa temporal contrate a la misma persona que venía desempeñando el cargo de aseo y cafetería en todas las regionales (que en Risaralda era LUZ STELLA GÁLVEZ), y que tal política era plenamente conocida por EASYCLEAN, al punto que solicitó a todas las regionales los datos de las antiguas operarias.

Igualmente queda al descubierto que EASYCLEAN al momento de ejecutar el contrato de prestación de servicios con la Regional de Risaralda, tuvo en sus manos todos los datos personales de la actora, lo que le permitió conocer de antemano su trayectoria laboral, su edad y sus condiciones socioeconómicas. A su vez, también queda en evidencia que no existe ninguna razón que justifique la falta de vinculación de la actora a su antiguo puesto de trabajo, pues ni siquiera era necesario que aquella lo solicitara directamente o por intermedio de la propia Defensoría, como insinuó EASYCLEAN en su defensa.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que efectivamente la falta de vinculación de la demandante a su antiguo cargo de aseadora en la Defensoría del Pueblo Regional de Risaralda, viola sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, su mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada por retén social, cuya violación es imputable a EASYCLEAN pues no existe justificación alguna que le hubiere impedido hacerlo, a pesar de que ella misma solicitó los datos de aquella para *“iniciar el proceso de contratación”* como expresamente lo expuso en el email que le remitió a la Defensoría.

En consecuencia a efectos de amparar tales derechos se impartirán las siguientes órdenes:

* 1. Como quiera que no es posible ordenar el reintegro de la actora como aseadora en la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda porque dicho cargo lo está desempeñando la señora CLAUDIA LORENA CALLE BENJUMEA a quien no se le pueden violar sus derechos, se ordenará a EASYCLEAN que vincule laboralmente a la actora al mismo cargo o a otro superior, sin solución de continuidad, en otra empresa contratante en la ciudad de Pereira o Dosquebradas, salvo que la demandante consienta trabajar en otro lugar. Esta orden implica que se cancelen los salarios que van corridos desde el 1º de abril de 2017 en adelante, junto con todos los aportes al sistema general de seguridad social y los descuentos de ley.

* 1. Si no es posible reubicarla en forma inmediata, le cancele los salarios dejados de percibir desde el 1º de abril de 2017 hasta su nueva reubicación o hasta por lo menos 147 semanas completas, pagando lo correspondiente a salud, pensiones y riesgos profesionales, salvo que la demandante se vincule laboralmente con otro empleador, caso en el cual se pagará hasta el día anterior a su nuevo empleo. Lo anterior de conformidad al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo se advertirá a la demandante que una vez se vincule laboralmente con otro empleador le notifique inmediatamente a EASYCLEAN S.A.S, so pena de verse incursa en un proceso penal por fraude a una decisión judicial y demás acciones en su contra.

Se absolverá de esta acción a la Defensoría del Pueblo, no solo porque en principio no tiene la calidad de empleadora, sino porque no se advierte violación alguna de su parte.

Con relación a EMINSER, la Sala encuentra que en su momento, una vez suscribió la orden de compra con la Defensoría del Pueblo, vinculó a la demandante sin solución de continuidad y la mantuvo hasta la finalización del contrato con la Defensoría, no advirtiéndose violación de los derechos fundamentales de la actora.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Estabilidad laboral reforzada por reten social, dignidad Humana y mínimo vital y móvil de la señora Luz Stella Gálvez por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **ORDENAR a** la empresa **EASYCLEAN G&E S.A.S** o a quien haga sus veces cumpla las órdenes que más adelante se expresan dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, a saber:

1. **VINCULAR LABORALMENTE** a la señora Luz Stella Gálvez al mismo cargo que venía desempeñando en la Defensoría del Pueblo Regional Pereira o a otro superior, sin solución de continuidad, en otra empresa contratante en la ciudad de Pereira o Dosquebradas, salvo que la demandante consienta trabajar en otro lugar. Esta orden implica que se cancelen los salarios que van corridos desde el 1º de abril de 2017 en adelante, junto con todos los aportes al sistema general de seguridad social y los descuentos de ley.

1. Si no es posible reubicarla en forma inmediata en una empresa contratante, se ordena **CANCELARLE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR JUNTO CON LOS APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDSD SOCIAL** desde el 1º de abril de 2017 hasta su reubicación o hasta por lo menos 147 semanas completas, salvo que la demandante se vincule laboralmente con otro empleador, caso en el cual se pagará hasta el día anterior a su nuevo empleo. Lo anterior de conformidad al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

**TERCERO: ADVERTIRLE** a la señora Luz Stella Gálvez que una vez se vincule laboralmente con otro empleador le notifique inmediatamente a EASYCLEAN S.A.S, so pena de verse incursa en un proceso penal por fraude a una decisión judicial y demás acciones en su contra.

**CUARTO:** Notifíquese esta decisión por el medio más eficaz**.**

**QUINTO:** Si no se impugna, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**Notifíquese y Cúmplase**

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 **Salva voto**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**

1. Artículo 25 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto ver sentencias T-768 de 2005, T-587 de 2008 y C-795 de 2009, ente otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver, entre otros, Américo Pla Rodríguez. Curso de derecho laboral. Montevideo, 1978, Tomo II, Vol I, pp. 250 y ss. Igualmente Oscar Ermida Uriarte. La Estabilidad del Trabajador en la Empresa. ¿Protección real o ficticia? Montenvideo: Acali Editorial, 1983, pp 15 y ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia C-470 de 1997. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-768 de 2005. [↑](#footnote-ref-6)