El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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 la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Miguel Hernando Marín Silva

Accionados (s) : Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-

Litisconsorte (s) : Subdirección Encargada del Centro Atención Sector Agropecuario de

 la Regional Risaralda del SENA y otros

Radicación : 66001-31-03-004-2019-00052-01

Despacho de origen : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 180 de 03-05-2019

**TEMAS: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / PREPENSIONADOS / REQUISITOS: MENOS DE TRES AÑOS PARA PENSIONARSE Y SATISFACER EDAD Y DENSIDAD DE SEMANAS REQUERIDAS.**

Nuestra CC tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales. (…)

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios. (…)

Conforme a lo sostenido por la Corte, deben agotarse los recursos ordinarios de defensa, toda vez que la tutela no fue creada ni destinada a suplir los procedimientos ordinarios ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso…

En el sub examine, el accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que desplaza a la acción de tutela. Para esta Magistratura no luce desproporcionado que deba ejercitar dicho mecanismo, a todas luces idóneo y eficaz, en consideración a que es posible solicitar medidas cautelares…

En efecto, en los términos de la Alta Corporación: “(…) tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez (…)”. Presupuestos concomitantes que deben reunirse para que se adquiera dicha condición (Edad y semanas), empero, como bien lo acotó la a quo, el actor incumple el requisito de las semanas cotizadas porque a estas alturas tan solo cuenta con 979,71 (Folio 41, este cuaderno) y cuando menos debería contar con 1248, pues, le falta un (1) año para cumplir la edad de jubilación (62 años).



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., tres (3) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que el accionante desde noviembre de 2016 desempeñaba en el SENA el cargo de instructor OPEC No.60243 en provisionalidad, que se ofertó en concurso por el CNSC y cuenta con lista de elegibles desde el 07-11-2018. El 04-03-2019 en atención a circular No. 3-2018-000159 del 07-09-2018 radicó petición de protección especial como prepensionado, sin respuesta.

Afirmó que su salario es el único ingreso con el que cuenta para el sostenimiento suyo y el de su familia, y padece de secuelas por poliomielitis con trastorno en su pierna derecha y degeneración progresiva de la región cervical (Folios 1 a 7, cuaderno principal).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se estiman vulnerados el mínimo vital, el trabajo, la seguridad social y la estabilidad laboral reforzada (Folio 1, cuaderno principal).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende: (i) El amparo de los derechos invocados; y en consecuencia, ordenar a la autoridad accionada: (ii) Reintegrar al actor en el cargo que desempeñaba o en otro de igual o superior categoría y salario, mientras persista su condición de prepensionado; y, (iii) Tomar todas las medidas que se estimen convenientes para garantizar los derechos (Folio 6, cuaderno principal).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 04-03-2019 se admitió, se vinculó a quienes se estimó pertinente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 25, ibídem). Contestaron el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales - Secretaría General del SENA (Folios 30 a 35, ibídem), la CNSC (Folios 37 a 40, ibídem) y el señor Leandro Quiceno Marín (Folios 46 y 47, ib.). Se profirió sentencia el 18-03-2019 (Folios 57 a 64, ib.) y como fuera impugnada por el actor, fue remitida a este Tribunal (Folio 78, ib.).

Ya en esta instancia el 23-04-2019 se puso en conocimiento una nulidad por la omisión en la vinculación de un tercero interesado (Folio 4, este cuaderno) y contestó el Director Regional Risaralda del SENA (Folio 33, este cuaderno), sin invocar la irregularidad advertida, por lo tanto, se saneó.

En la sentencia impugnada se negó el amparo porque el accionante dejó de probar la calidad de prepensionado (Folios 57 a 64, cuaderno principal). Por su parte, el opugnante refirió que el amparo es procedente porque el mecanismo ordinario es ineficaz, la falta de salario afecta su mínimo vital y solo le falta un (1) año para adquirir el derecho a la pensión de vejez. Asimismo, refirió que sí solicitó que fuera incluido en el listado de personas con condiciones laborales especiales y el SENA no respondió (Folios 75 a 77, ibídem).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional: Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
	2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar

la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, que negó el amparo, conforme al escrito de impugnación?

* 1. Los presupuestos generales de procedencia
	2. La legitimación en la causa

Por activa se cumple porque el señor Miguel Hernando Marín Silva fue retirado del cargo en provisionalidad que ocupaba (Folio 9, cuaderno principal); y por pasiva la Subdirectora Encargada del Centro Atención Sector Agropecuario de la Regional Risaralda del SENA porque expidió la resolución de retiro (Folio 9, ibídem) y el Coordinador del Grupo Relaciones Laborales del SENA porque fue el destinatario del derecho de petición del accionante (Folios 19 y 20, ib.).

Las demás autoridades vinculadas no son competentes para resolver asuntos relacionados con el retiro del servicio del actor, por lo que carecen de legitimación en la causa por pasiva; en consecuencia, el amparo se declarará improcedente en su contra.

* 1. Los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) 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.”.*

Nuestra CC tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[1]](#footnote-1).

Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2); nótese que el acto adminitrativo No. 660005 de 2019 fue notificado al actor el 05-02-2019 (Folios 9 y 10, cuaderno principal) mientras que el amparo constitucional se presentó el 03-04-2019 (Folio 22, ibidem).

* 1. La procedencia excepcional para solicitar el reintegro laboral

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[3]](#footnote-3). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[4]](#footnote-4): (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

Conforme a lo sostenido por la Corte, deben agotarse los recursos ordinarios de defensa, toda vez que la tutela no fue creada ni destinada a suplir los procedimientos ordinarios ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso; dentro del mismo ámbito la doctrina constitucional enseña: *“(…) la Corte ha sostenido, de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”*[[5]](#footnote-5). Criterio reiterado en su abundante jurisprudencia[[6]](#footnote-6). También la CSJ se ha referido al tema[[7]](#footnote-7), prohija la improcedencia de la tutela por aplicación del principio de subsidiariedad.

En el *sub examine*, el accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que desplaza a la acción de tutela. Para esta Magistratura no luce desproporcionado que deba ejercitar dicho mecanismo, a todas luces idóneo y eficaz, en consideración a que es posible solicitar medidas cautelares[[8]](#footnote-8) (Artículo 238 de la Constitución, desarrollado por el artículo 229 del CPACA). Así lo ha reiterado la CC[[9]](#footnote-9):

La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, sin miramientos a la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, al existir como mecanismos establecidos la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según la forma de vinculación del interesado, salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, se refuerza con criterio reciente de la CSJ[[10]](#footnote-10), que comparte esta Magistratura, habida cuenta que la cautela reseñada es idónea y eficaz para garantizar la protección de los derechos invocados por el accionante ante el juez natural, en efecto expuso:

... la tutela no procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ello, porque, en ejercicio de lo dispuesto en el precepto 230 de la Carta Política (Sic), en el trámite del «*medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*», desde su iniciación el gestor puede solicitarle al juez natural «*la suspensión provisional del acto administrativo objeto de la dolencia constitucional*», medida sobre la cual, desde su consagración en la codificación precedente, se tiene establecido que «*de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado*»…

… «*la alegación de la inconforme respecto a que únicamente cuenta con este mecanismo para hacer valer su derecho de manera urgente e idónea, queda desvirtuado, pues, se itera, allí es procedente la adopción de medidas cautelares e inmediatas con miras a la protección de sus garantías*» (CSJ STC4654-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00013-01), amén que, «*la finalidad de dicha medida cautelar prevista en el trámite ordinario, es precisamente evitar la configuración de los daños que se puedan causar como consecuencia de las decisiones administrativas abiertamente ilegales*» (CSJ STC18319-2017 3 nov. 2017 rad. 00665-01)…

… *De manera que si la tutelante no ha agotado todos los recursos ordinarios con los que cuenta, no resulta dable entrar a analizar por medio de la acción constitucional la solución de un litigio que ha de ser dirimido, de manera exclusiva, por el juzgador que está legalmente investido de la competencia para ello*

Ahora, es cierto que el examen de procedencia debe flexibilizarse cuando estén comprometidos personas de especial protección, o en circunstancias de debilidad manifiesta[[11]](#footnote-11), *“(…) como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada (…)”[[12]](#footnote-12)* o *“(…) personas próximas a pensionarse (…) 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 (…)”[[13]](#footnote-13).* Aquí el interesado alegó la calidad especial de prepensionado y de soslayo, sin precisión alguna, su situación de salud, mas ninguna se acreditó.

En efecto, en los términos de la Alta Corporación[[14]](#footnote-14): “(…) *tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez (…)”*. Presupuestos concomitantes que deben reunirse para que se adquiera dicha condición (Edad y semanas), empero, como bien lo acotó la *a quo,* el actor incumple el requisito de las semanas cotizadas porque a estas alturas tan solo cuenta con 979,71 (Folio 41, este cuaderno) y cuando menos debería contar con 1248, pues, le falta un (1) año para cumplir la edad de jubilación (62 años).

De otro lado, aun cuando no se alegó la situación de salud como fundamento del derecho a la estabilidad laboral, la Corporación analizará este presupuesto al tenor de lo doctrina constitucional que al respecto ha dicho[[15]](#footnote-15): *“(…) La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (…) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud (…). Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad (…)* Resaltado de la Sala.

Según lo anotado y revisado el acervo probatorio para la Magistratura es diáfano que el accionante tampoco se encuentra en estado de debilidad manifiesta por motivos de salud. Si bien trajo valoración médica de su actual estado de salud (*Folio 20, este cuaderno*), lo cierto es que dichos padecimientos no han sido obstáculo para cumplir con sus obligaciones laborales, inferencia que se desprende de su historial laboral y de la ausencia de incapacidades médicas.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. REVOCAR la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, para en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo por carecer del presupuesto de subsidiariedad.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

 *M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

1. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-533 de 2016, SU-424 de 2012, T-480 de 2011, T-162 de 2010 y T-099 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-662 de 2013, SU-712 de 2013, T-051 de 2016 y T-264 de 2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, STC.1422-2019, STC6121 de 2015 y fallo del 02-09-2014, MP: Cabello B., No.23001221400020140009701. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-471 de 2015 la tutela es improcedente porque se cuenta con un mecanismo judicial idóneo y eficaz ante el juez natural en el que se puede solicitar medidas cautelares, salvo que *“(i)… la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos.*  [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-325 de 2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ. STC1422-2019. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. SU-049 de 2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-084 de 2018. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-325 de 2018 y T-357 de 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. SU040 de 2018. [↑](#footnote-ref-15)