

Sentencia T-291/17

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN MATERIA PENSIONAL- Aplicación

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ- Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN MATERIA PENSIONAL-Debe observarse la justa causa que motive el paso del tiempo por sujetos de especial protección constitucional

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Procedencia excepcional de la tutela para sujetos cobijados por una protección constitucional reforzada

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

El reconocimiento de los diferentes tipos de pensiones e indemnizaciones sustitutivas para los sujetos de especial protección constitucional, procede excepcionalmente vía acción de tutela, no obstante el carácter subsidiario de

ésta, siempre y cuando del análisis de cada uno de los casos particulares se concluya que el acceso efectivo a la justicia del accionante, de acuerdo con sus circunstancias particulares, solo puede garantizarse mediante una acción de tutela.

PENSION DE VEJEZ-Naturaleza y finalidad

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez. Resulta claro, entonces que cuando se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad social.

EMPLEADOR-Obligación de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social y los trámites corren por su cuenta y no del trabajador

EMPLEADOR-Responsabilidad por omisión en el pago de aportes patronales y traslado de cotizaciones al sistema general de pensiones

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Obligación de las entidades administradoras de cobrar a los empleadores morosos los aportes adeudados

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes

PENSION GRACIA-Origen y alcance

PENSION GRACIA-Naturaleza jurídica

INOPONIBILIDAD DE LA MORA PATRONAL PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos de las personas de la tercera edad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Orden a alcaldía municipal reconocer y pagar pensión de vejez como sanción por su omisión en afiliar al accionante al sistema general de pensiones

Referencia: Expedientes T- 5.931.930, T – 5.926.159

Acciones de Tutela interpuestas por JUAN CLÍMACO RÍOS RAMIREZ contra el MUNICIPIO DE EL ÁGUILA (VALLE DEL CAUCA) (T – 5.931.930); y ROSALBA PIZA REMICIO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ECOPETROL S.A. (T – 5.926.159).

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Los expedientes que se estudian a continuación fueron seleccionados y acumulados para revisión y fallo en una sola sentencia, por presentar unidad de materia, mediante el Auto del 27 de enero de 2017, proferido por la Sala de Selección Número uno de esta Corporación, presidida por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

I. ANTECEDENTES

Expediente T – 5.931.930

A. LA DEMANDA DE TUTELA

El señor Juan Clímaco Ríos Ramírez presentó el día 18 de julio de 2016 acción de tutela en contra del municipio de El Águila (Valle del Cauca), solicitando la protección a sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, que considera han sido vulnerados por la entidad accionada, toda vez que ésta como empleador suyo, no lo afilió al fondo de pensiones Porvenir S.A., a pesar de haber diligenciado un formulario con este propósito en el año de 1998, razón por la cual no tiene aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones y le es imposible solicitar una prestación pensional, o una indemnización sustitutiva ante el fondo de pensiones. Por consiguiente, solicita al el juez de tutela que se le ordene al señor alcalde municipal *“iniciar los trámites administrativos pertinentes, con el objeto de que se me reconozca el derecho a una pensión de vejez de acuerdo con las disposiciones legales”*¹, o que en su defecto *“se le ordene cancelar una indemnización pensional”*².

B. HECHOS RELEVANTES

1. El señor Juan Clímaco Ríos Ramírez laboró como funcionario en la alcaldía del municipio de El Águila (Valle del Cauca) por doce (12) años, cinco (5) meses y doce (12) días³, desarrollando principalmente funciones de caminero y guardián de la cárcel municipal, desde el día 19 de febrero de 1989, hasta el día 01 de agosto de 2001, cuando fue retirado del servicio mediante la Resolución N° 073 de idéntica fecha⁴.
2. El 19 de enero de 2016, presentó a la entidad territorial accionada una petición en la cual solicitó que se le informara si contaba con la posibilidad de optar por una pensión de jubilación, o en su defecto una indemnización sustitutiva de ésta, e igualmente que se le brindara información sobre el estado actual de sus aportes pensionales durante el tiempo que laboró para la entidad.
3. La anterior petición fue respondida el día 02 de febrero de 2016, donde el señor Andrés Fernando Herrera Duque, Alcalde Municipal, le informó que respecto a la posibilidad de reconocerle una pensión o una indemnización sustitutiva dicha información *“sólo está en posibilidad de dársela el fondo de pensiones al cual usted se encuentre afiliado, en caso de ser negativa y en caso de usted considerar tener derecho a tales prestaciones, el llamado a resolver de fondo lo será un juez de la República(...)”*⁵. Frente a la información de sus aportes pensionales durante el tiempo que laboró al servicio del municipio, se le comunicó que conforme a los archivos que reposan en dicha dependencia se tuvo *“acceso a una solicitud de vinculación al fondo de pensiones PORVENIR, diligenciada el 30 de mayo de 1998”*⁶, por lo cual le recomendó acudir a esta última entidad para que esclareciera sus dudas, al ser *“ella la competente para resolver lo pertinente”*⁷.

¹ Folio 57.

² *Ibidem*.

³ Folio 86.

⁴ Folio 100.

⁵ Folio 5.

⁶ Folio 6.

⁷ *Ibidem*.

4. Por lo anterior, el actor formuló una nueva petición a Porvenir S.A., presentada el día 18 de febrero de 2016, donde solicitaba que le fuera informado si *“en la entidad FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, existe una cuenta a mi nombre y si a esta cuenta se le han realizado aportes pensionales”*⁸. A esta solicitud se le dio respuesta oportuna, donde se le comunicó al actor que no existía vínculo alguno con la administradora, ni tampoco aportes realizados a su nombre⁹.
5. Ante esta respuesta, el actor acudió nuevamente a la alcaldía de El Águila (Valle del Cauca), donde mediante una nueva petición radicada el día 05 de abril de 2016, además de informarle la respuesta obtenida por Porvenir S.A., solicitó que se iniciaran *“los trámites legales con el fin de que pueda acceder a una pensión de jubilación o en su defecto obtener una indemnización sustitutiva de pensión que me permita llevar una vida digna”*¹⁰. Solicitó a su vez información sobre los documentos a allegar y el trámite que debía seguir para acceder a la prestación solicitada. Debido a la complejidad del asunto, el día 22 de abril de 2016 la Alcaldía peticionada le solicitó al señor Ríos Ramírez una prórroga de quince (15) días hábiles para dar respuesta a la petición, en los términos del artículo 1º de la Ley 1755 de 2015¹¹.
6. La anterior petición fue respondida el 17 de mayo de 2016, donde el Alcalde Municipal le informó al actor que si considera que *“cuenta con los elementos de juicio suficientes para hacerse merecedor al reconocimiento a su favor de la pensión de vejez, el llamado a resolver de fondo la controversia que se pueda suscitar sobre ese particular lo será un juez de la República como consecuencia de la acción judicial que usted deba interponer para tal fin”*¹², reiterando la respuesta dada el 30 de enero de la misma anualidad.
7. Por todo esto, el 18 de julio de 2016, el señor Juan Clímaco Ríos Ramírez presentó la acción de tutela que en esta oportunidad revisa la Sala.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Alcaldía del Municipio de El Águila (Valle del Cauca)

1. La Alcaldía del Municipio de El Águila (Valle del Cauca), después de pronunciarse uno por uno acerca de los hechos narrados en el escrito de tutela, solicitó no acceder a las pretensiones de la acción de tutela, por no haber una vulneración a los derechos fundamentales indicados en el escrito del amparo, al considerar que el reconocimiento de pensiones de toda índole, es un procedimiento completamente reglado, el cual implica que quien eleve una solicitud en este sentido deberá acreditar todos los requisitos que la ley dispone en la materia para poder verse beneficiado con una pensión bien sea de vejez, invalidez o sobrevivientes. Puesto esto de presente, explica que en el

⁸ Folio 12.

⁹ Folio 13.

¹⁰ Folio 8.

¹¹ Folio 10.

¹² Folio 11.

caso del señor Ríos Ramírez, a la administración tan solo le consta que el actor trabajó en la Alcaldía por un tiempo determinado, pero que le es imposible saber si ha cotizado o no una cantidad de semanas para que el sistema de pensiones le reconozca una pensión de vejez. Alega, que del escrito del actor no se pudo determinar si lo que pide es una pensión de vejez o de invalidez, dada su condición de salud, por lo que considera que hay una falta de claridad en los pedimentos. Finalmente, considera que el asunto que motiva la interposición de la acción de tutela debe ser resuelto por el juez laboral en el marco de un proceso ordinario, por lo que, al ser este un mecanismo explícito y concreto para resolver esa clase de diferencias, la acción que se interpuso es improcedente.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Águila (Valle del Cauca), el 05 de agosto de 2016.

2. El Juzgado Promiscuo Municipal de El Águila, negó el amparo de los derechos fundamentales solicitados por el accionante debido a la improcedencia de la acción. Argumentó que no se viola derecho fundamental alguno debido a que la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, establece unos requisitos de edad y de tiempo (semanas cotizadas) para acceder a una pensión de vejez, y que a pesar de que el actor al tener 72 años cumple el primero de estos condicionamientos, *“en el plenario (...) no hay certeza de cuánto tiempo cotizó el señor Ríos Ramírez, situación que de entrada debe controvertirse ante la respectiva instancia que no es la tutela”*. Además, considera que al solicitar el reconocimiento de un derecho pensional, le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria Laboral dilucidar las controversias relativas a este tipo de asuntos, por lo que es una demanda ante estos jueces el mecanismo ordinario idóneo para resolver el litigio planteado, el cual no ha sido iniciado ni intentado por el actor, ya que el mismo declaró a ese despacho que no había gestionado hasta el momento ningún recurso más allá de las peticiones y la acción de tutela que se fallaba en dicha oportunidad.

Finalmente, consideró que la tutela no era en el caso bajo estudio procedente como mecanismo transitorio, porque a pesar de la edad del actor, no se evidencia de manera automática que haya un perjuicio irremediable, ya que a pesar de que se encuentra probado que la administración fue quien no lo afilió al fondo de pensiones Porvenir S.A., *“es precisamente la jurisdicción contencioso administrativa u ordinaria laboral la que debe hacer el examen legal, sea porque el empleador no realiza los aportes a pensión respectivos, o porque no afilió al trabajador, o lo afilió y nunca pagó los aportes (...)”*, para determinar en esa instancia quién responde por esa pensión. Concluyó así que no es en sede de tutela donde debe debatirse la controversia sobre el derecho pensional del señor Ríos Ramírez, sino ante las jurisdicciones Ordinaria o de lo Contencioso Administrativo, por lo que le exhortó al accionante acudir a estas últimas por ser un asunto ajeno al juez de tutela al ser una discusión estrictamente legal, y no se evidencia la posibilidad de la causación de un perjuicio irremediable.

Impugnación

3. Mediante escrito del 11 de agosto de 2016, el actor impugnó en término la decisión de primera instancia al considerar que él sí es un sujeto de especial protección constitucional ya que su estado de salud, producto de una caída en 1994, le impide desarrollar una actividad laboral que demande un esfuerzo físico, además que por su edad y estado de salud *“se torna imposible que alguna entidad o persona natural en calidad de potencial empleador, esté interesado en requerir mis servicios como trabajador (...)”*, por lo que le resulta inviable devengar siquiera un salario mínimo. Así mismo, reitera que la omisión administrativa de la que se considera víctima debe ser subsanada jurídicamente. Finalmente, anota que por su edad y estado de salud, tiene una expectativa de vida muy corta, por lo que iniciar un procedimiento judicial sería para él muy oneroso en términos físicos por los desplazamientos, y económicos. Agrega además que *“es procedente mencionar una situación a la que no hice referencia en la instauración de la acción de tutela, actualmente tengo la calidad de víctima del conflicto armado en Colombia por el hecho de víctima de desplazamiento forzado, debidamente reconocido por la UARIV (...) lo que agrava ostensiblemente más mi condición actual”*.

Segunda instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Cartago (Valle del Cauca), el 29 de agosto de 2016

4. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Cartago (Valle del Cauca), confirmó en su integridad la decisión adoptada en primera instancia al considerar que no es procedente revocar la sentencia impugnada toda vez que la acción de tutela no es el mecanismo para el reconocimiento de pensión de vejez o pago de indemnizaciones sustitutivas de ésta. Así, expone que la acción interpuesta va en contra del principio de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, al considerar que la discusión, es substancialmente legal y no constitucional, al ser una pretensión de carácter pensional y que no existen elementos que tornen plausible la aplicación de la excepcionalidad de este amparo, precisamente por no estar probada la existencia del riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. Lo anterior, dado que la acción de tutela por su naturaleza residual no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos de los ordinarios existentes para reclamar idénticas pretensiones, por lo que si el ente territorial omitió su deber de cotizar al fondo de pensiones correspondiente, este asunto de alto grado de complejidad debe ser discutido ante el juez laboral o, de lo contencioso administrativo, y no ante el juez de tutela.

Expediente T – 5.926.159

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La señora Rosalba Piza Remicio interpuso acción de tutela al considerar que Ecopetrol S.A. y Colpensiones han vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y la seguridad social, así como la especial protección del adulto mayor (tiene 53 años). Solicita que dado que su esposo difunto laboró en la Empresa Industrial y Comercial del Estado accionada por más de 12 años, se le ordene a las entidades accionadas expedir una resolución de la indemnización sustitutiva de pensión a quien le corresponda, y se le haga efectivo el pago de dicha prestación en un término razonable, así como la debida indexación del valor liquidado a la fecha.

B. HECHOS RELEVANTES

1. El señor Wilson Tarazona Jácome, cónyuge de la actora, laboró para Ecopetrol S.A., por un periodo de doce (12) años, cuatro (4) meses y siete (7) días.
2. El señor Tarazona Jácome falleció el 23 de julio de 2005, por lo que la actora afirma que ha quedado desprotegida y en una situación económica precaria, al no tener vivienda propia, no estar afiliada a ninguna EPS y no poder conseguir un empleo en razón de su edad.
3. La señora Rosalba Piza Remicio reclamó a Colpensiones una pensión de sobrevivientes el 27 de mayo de 2015, la cual mediante resolución No. GNR 256105 del 24 de agosto de 2015, negó la solicitud al no encontrarse acreditados los requisitos que la ley dispone para estos efectos. Sin embargo, en su lugar reconoció la indemnización sustitutiva de pensión. Para lo anterior, expuso que el accionante había cotizado un total de 41 semanas¹³, por lo que no cumplía los requisitos que el artículo 46 de la ley 100 de 1993 establecía para el reconocimiento pensional. Por esta razón, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2002 se le reconoció y liquidó a la señora Piza Remicio una indemnización sustitutiva en el 100% de su porcentaje, correspondiente a \$ 530,873.00. Sin embargo, frente a los tiempos acreditados mediante certificados de Ecopetrol S.A., se le informó que *“debe dirigirse a la caja a la cual se efectuaron los aportes que para el caso en concreto es Ecopetrol y solicitar el pago de la indemnización sustitutiva”*.
4. El 27 de abril de 2016, la señora Rosalba Piza Remicio presentó idénticas pretensiones a aquellas recogidas en el escrito de tutela, mediante una petición elevada ante Ecopetrol S.A. donde solicitaba la expedición de un bono pensional al que considera tener derecho, así como el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión por el tiempo que laboró su esposo en dicha empresa.
5. La anterior solicitud fue respondida por la entidad el 17 de mayo de 2016 mediante el oficio OPC-2016-016213, donde se le informó a la actora que los trabajadores que se vincularon a la empresa con anterioridad al 29 de enero de 2003, conforme a lo establecido en el artículo 279 de la ley 797 de 2003, se pensionaban directamente con Ecopetrol S.A., quien en calidad de empleador realizaba sus propios

¹³ En los periodos comprendidos entre el 05 de enero de 1978 al 30 de agosto de 1979, y del 20 de noviembre de 1978 al 19 de enero de 1979.

reconocimientos pensionales, por lo cual no se efectuaban aportes a ninguna entidad de previsión social o administradora de pensiones. Así, la empresa nunca le descontó al señor Wilson Tarazona Jácome cuota alguna por concepto de aportes para pensión. Sin embargo, le informó que por el tiempo que *“laboró para esta sociedad, usted tendría derecho a un bono pensional, siempre y cuando, reúna los requisitos de una pensión de sustitución o indemnización sustitutiva y solicite el consiguiente racionamiento ante la AFP o COLPENSIONES al cual se encontraba afiliado (...)”* el difunto. Razón por la cual *“la obligación de Ecopetrol S.A. en relación con la temática que nos ocupa, únicamente se contrae, en todo caso, a concurrir en el pago que de esta prestación pueda llegar a efectuar el ISS, hoy Colpensiones, siempre que el señor Wilson Tarazona Jácome haya cotizado a tal entidad, y a prorrata del tiempo laborado (...)”*. Por lo que, le solicita dirigirse a Colpensiones para reiterar la solicitud de la prestación en mención, acreditando igualmente el tiempo de servicio prestado a Ecopetrol S.A.¹⁴, para que sean ellos quienes verifiquen si hay viabilidad para realizar el reconocimiento, es decir, si se reúnen los requisitos legales para estos efectos, caso en el cual la empresa girará la cuota parte correspondiente.

6. Finalmente, el día 10 de agosto de 2016, la accionante interpuso la acción de tutela que en esta oportunidad conoce la Sala de revisión tercera de la Corte Constitucional.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Ecopetrol S.A.

2. Ecopetrol S.A. solicita que la acción interpuesta sea declarada improcedente. Para ello afirma que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la actora, ya que como quedó suficientemente expuesto en la respuesta a la petición presentada, es responsabilidad de Colpensiones reconocer la indemnización sustitutiva toda vez que por expresa disposición del artículo 279 de la ley 100 de 1993, Ecopetrol S.A. se encuentra exenta de su aplicación y por lo tanto, no ostenta la calidad de Administradora del régimen de prima media con prestación definida, por lo que no tiene facultades para reconocer indemnizaciones sustitutivas. Igualmente, expone que los servidores públicos que laboran para la empresa no cotizan para el régimen al que se hizo referencia manejado por Colpensiones, ya que la empresa no está regida en su régimen pensional por el sistema de aporte, por lo que, no hay justificación legal para reconocer la prestación solicitada.

Así, reiteró que Ecopetrol S.A. se encuentra exceptuado del ámbito de aplicación de la ley 100 de 1993, por lo que las normas que regulan lo relativo a la indemnización sustitutiva no le son aplicables, máxime cuando esta figura jurídica es propia del régimen de prima media con prestación definida que administra el ISS, hoy Colpensiones. Por lo que, es esta última entidad quien

¹⁴ Aportando la información laboral que le había sido entregada por Ecopetrol S.A. el día 11 de mayo de 2014 (Folios 15-24).

posee la competencia y el software para efectos del trámite de la liquidación y pago de la indemnización solicitada, y debe entonces solicitar a Ecopetrol S.A. la certificación del tiempo laborado por el accionante para la empresa, a fin de establecer el monto de la cuota parte que posteriormente deberá cancelar la empresa, certificación que además ya fue expedida, y solo resta el reconocimiento que de ella haga Colpensiones, que es quien única y exclusivamente debe efectuar el reconocimiento de la indemnización solicitada.

Colpensiones

3. Colpensiones solicitó declarar improcedente el amparo constitucional, al considerar que desconoce el alcance subsidiario de la acción de tutela en el asunto que reclama la accionante. Explica que, mediante la resolución GNR-256105 del 24 de agosto de 2015 fue resuelta idéntica solicitud a la que presenta la señora Piza Remicio en su acción de tutela, por lo que si está en desacuerdo, deberá agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin, y no reclamar su solicitud vía tutela, al considerar que *“no es competencia del juez constitucional realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario (...)”*.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, el 22 de agosto de 2016

4. El Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja negó el amparo de los derechos fundamentales solicitados por la accionante, argumentando que la solicitud de ordenar una expedición de la resolución de indemnización sustitutiva por parte de las accionadas y su consecuente pago, a través de la acción interpuesta, resulta ser improcedente. Considera que los hechos que motivaron a la actora a instaurar la acción de tutela no cumplen con los requisitos que la jurisprudencia ha señalado como indispensables para que se pueda hablar de la configuración del riesgo de un eventual perjuicio irremediable, ya que este no fue demostrado, ni tampoco se acreditó que se esté ante un daño irreversible. Expone que el caso bajo estudio no supone un asunto de relevancia constitucional, que no se han agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, al no haber controvertido de ninguna forma la resolución que en su momento emitió Colpensiones reconociendo la indemnización sustitutiva, e igualmente que no se evidencia irregularidad procesal alguna.

Argumenta, que tampoco está acreditado el requisito de inmediatez al haber interpuesto la acción once (11) años después del fallecimiento de su cónyuge. También aclara que la accionante no es una persona de la tercera edad, como afirma en su escrito de tutela, ya que para esa época tenía apenas 52 años, y

que el precedente que cita en su escrito para que le sea aplicado (sentencia T-230 de 2014), no le es a ella acoplable pues en esa oportunidad la Corte Constitucional tuteló los derechos de una actora no sólo de 75 años, sino con múltiples y graves afecciones en su salud, constituyendo así situaciones diferenciadas. Finalmente, reitera que la improcedencia se predica preponderantemente por no demostrarse la existencia de la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual podría pensarse en una tutela transitoria de los derechos reclamados.

Impugnación

5. Mediante escrito del 29 de agosto de 2016 la actora impugnó el fallo de primera instancia. Allí argumenta que es una madre cabeza de familia, sin seguridad social, con condiciones económicas precarias al ser perteneciente al SISBEN Nivel 1, que tiene su mínimo vital en peligro por ser una persona desempleada, que además vive en un barrio de “*invasión de alto riesgo*” sin casa propia. Cita un precedente de esta corporación (T-230 de 2014), en que un actor de 75 años de edad que había laborado para Ecopetrol S.A. presentó acción de tutela con pretensiones muy similares a las que en esta oportunidad conoce la Sala, y en dicha oportunidad la Corte Constitucional ordenó a la entidad que debía pagar efectivamente el monto de la prestación económica. Por ende, solicita que se le dé idéntico trato, y se le ordene a Ecopetrol S.A. reconocer y pagar la prestación solicitada vía tutela.

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 12 de octubre de 2016

6. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó en su totalidad la decisión de primera instancia. Para ello, tuvo en cuenta que Ecopetrol S.A. no es destinataria de la ley 100 de 1993, lo cual no obsta para que si la accionante considera tener un derecho a la mentada indemnización, pueda reclamarla mediante los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos para ello, que considera además celeres por el sistema de oralidad de los procesos laborales. Frente a la sentencia a la que alude la accionante como sustento de sus pretensiones, considera que debe la Sala apartarse del criterio allí plasmado, no solo porque existe un medio ordinario para el debate planteado, sino también porque la discusión frente a cuál de los entes accionados debe reconocer y pagar la prestación solicitada, así como la estructuración del derecho es de índole meramente legal y no propia del escenario constitucional, más aún cuando no se ha probado la inminencia de un perjuicio irremediable. Finalmente, argumentando que la tutela no es un medio supletorio ni alternativo a las acciones legalmente previstas en el ordenamiento, manifiesta que al no probarse la ineficacia de la acción judicial en el caso concreto, no habrá lugar a revocar la sentencia impugnada.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Esta Corte es competente para conocer de las acciones de tutela referidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 27 de enero de 2017, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Uno de esta Corte, conformada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, que decidió someter a revisión de manera acumulada las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2. *Legitimación por activa:* La legitimación por activa en la acción de tutela, se encuentra regulada en el Artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, en el que consta expresamente que podrán hacer valer judicialmente un derecho fundamental en todo momento o lugar, mediante la acción referida: *“cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipal”*.

Esta acreditación se ha establecido como un requisito de procedibilidad en la acción de tutela, que según lo ha entendido este tribunal, consiste en la *“titularidad para promover la acción, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela, tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*¹⁵.

Así las cosas, se observa que este requisito se encuentra acreditado tanto en el caso de la señora Rosalba Piza Remicio (Expediente T – 5.926.159), como el del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez (Expediente T – 5.931.930), toda vez que ambos están actuando en nombre propio, buscando el reconocimiento de una pensión o una indemnización de esta última, cuyos titulares y beneficiarios serían ellos mismos, ya que las prestaciones que recibirían en caso de ser reconocidas, hacen que tengan un interés no solo directo, sino particular en que se tutelen sus derechos presuntamente vulnerados. Entonces, el hecho de que en cada uno de los casos, acuda al juez constitucional un actor que pretende el amparo de unos derechos fundamentales propios, como personas naturales y titulares de los derechos que alegan están siendo presuntamente afectados de manera directa, actual e inmediata hace que se entienda que tienen derecho a acceder libremente a la administración de justicia mediante el ejercicio de la acción de tutela, para que ésta determine si

¹⁵ Sentencia T-176/2011.

existe tal vulneración o no, por lo que, la legitimación por activa se encuentra satisfactoriamente cumplida.

3. *Legitimación por pasiva*: La legitimación por pasiva hace referencia a “*la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental*”¹⁶. Así, se entiende que la determinación de la persona obligada a satisfacer la protección de un derecho fundamental que es invocada, resulta indispensable para conformar la litis dentro del trámite de una acción de tutela. Es decir, debe establecerse que la entidad pública o el particular que está siendo accionado, en caso de proceder contra este último, tiene la capacidad formal y material bien sea para impedir la vulneración inminente de un derecho fundamental, o para hacer cesar el daño que en este último se está consumando.

De esta forma, se entiende que no hay duda de la procedencia de la acción de tutela contra las entidades públicas. Sin embargo, tal situación no es igualmente aplicable a los particulares, cuando sean estos quienes presuntamente vulneren los derechos fundamentales de una persona. En estos casos, deberá remitirse el juez constitucional al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, donde se establecen 9 hipótesis no taxativas, de donde se deduce que independientemente de la actividad que desarrolle el accionado, la tutela contra particulares será procedente siempre que exista un estado de indefensión o una situación de subordinación.

Puntualmente, en el caso de Colpensiones, entidad accionada por la señora Rosalba Piza Remicio (Expediente T- 5.926.159), se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, encargada de prestar la función pública de la seguridad social (numeral 8º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991), por lo cual, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye el supuesto quebrantamiento de los derechos fundamentales reclamados, y es en últimas, quien deberá proceder al reconocimiento y pago de las indemnizaciones sustitutivas de pensión de sobrevivientes solicitadas mediante acción de tutela, si del análisis de fondo en el asunto encuentra la Corte que debe concederse el amparo. En el mismo orden de ideas, Porvenir S.A., entidad accionada por el señor Juan Clímaco Ríos Ramírez (Expediente T – 5.931.930), es una administradora de fondos de pensiones y cesantías vigilada por la Superintendencia Financiera, que administra un Fondo de Pensiones Voluntarias, Fondos de Pensiones Obligatorias y Fondos de Cesantías, así como Patrimonios Autónomos, que presta un servicio público que vela entre otros por el derecho a la seguridad social y, como tal es demandable en proceso de tutela¹⁷.

¹⁶ Sentencia T-1015/2006.

¹⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 86 y el Decreto 2591 de 1991, artículo 42. En ese sentido se encuentra, por ejemplo, la sentencia T-936/2014.

En el mismo sentido, El Municipio de El Águila (Valle del Cauca), entidad territorial accionada en el caso del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez (Expediente T – 5.931.930) es una autoridad pública según el artículo 311 de la Constitución Política, ante la cual la acción de tutela resulta procedente, de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 86 de la C.P. Igualmente, Ecopetrol S.A., entidad accionada por la señora Rosalba Piza Remicio (Expediente T – 5.926.159) es una Sociedad de Economía Mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo establecido en la Ley 1118 de 2006, por lo que en virtud de lo señalado en el mismo artículo 5 del Decreto ya referido, será procedente la acción por tratarse de una sociedad con participación concurrente de particulares y el Estado, que actuó como empleador del causante de la indemnización sustitutiva de pensión que se reclama mediante la acción de tutela, por lo que está acreditada la legitimación por pasiva para vincular al asunto a la referida empresa.

4. *La inmediatez de la tutela en materia pensional*: El principio de inmediatez de la acción de tutela, implica que ésta debe ser propuesta por la persona que considere vulnerados sus derechos dentro de un término razonable, contado a partir de la presunta violación que alega; la razonabilidad se ha entendido como un tiempo prudencial y adecuado¹⁸, el cual debe ser analizado por el juez constitucional conforme a las situaciones fácticas de cada uno de los casos, por lo que no puede hablarse de un término estricto en materia procesal para una presentación oportuna de este mecanismo de control. No obstante lo anterior, ha sido enfático este tribunal al señalar que *“La acción de tutela no puede tornarse en instrumento para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades de defensa judicial o de recursos, en cuanto, de aceptarse tal posibilidad, se proharía el desconocimiento de elementales reglas contempladas por el sistema jurídico y conocidas de antemano por quienes son partes dentro de los procesos judiciales, se favorecería la pereza procesal y se haría valer la propia culpa como fuente de derechos”*¹⁹.

Entonces, resulta claro que además la inmediatez tiene la importantísima función de garantizar el cumplimiento del objeto mismo de la acción de tutela, toda vez que sirve para proteger urgentemente los derechos fundamentales que están amenazados, o en algunos casos efectivamente vulnerados en ese momento. La tutela no fue concebida por la Carta Política como un mecanismo de *ultima ratio* para ser utilizado cuando las personas, por el paso de tiempo y su propia negligencia, hayan dejado pasar las oportunidades para la interposición de las acciones ordinarias que la jurisdicción ofrece para proteger los derechos de cada quién. Sin embargo, no existe legal o jurisprudencialmente un término prescriptivo para hacer uso del derecho de acción a través de la tutela, toda vez que, se reitera, la inmediatez debe ser analizada caso por caso, y la conclusión a la que llegue el operador jurídico variará dependiendo de qué tan significativas sean las variables entre uno y

¹⁸ Sentencia de Unificación SU-961/1999.

¹⁹ Sentencia T-573/1997.

otro sumario. En este sentido expuso esta Corte en la sentencia T -792 de 2009 que:

“A propósito de este requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De este modo, la oportunidad en la interposición de la acción de tutela se encuentra estrechamente vinculada con el objetivo que la Constitución le atribuye de brindar una protección inmediata, de manera que, cuando ello ya no sea posible por inactividad injustificada del interesado, se cierra la vía excepcional del amparo constitucional y es preciso acudir a las instancias ordinarias para dirimir un asunto que, debido a esa inactividad, se ve desprovisto de la urgencia implícita en el trámite breve y sumario de la tutela”²⁰.

5. Visto que, el análisis de la oportuna presentación de la acción de tutela no tiene un plazo estandarizado aplicable por igual a todos los casos, sino que por el contrario, este debe resultar no solo prudencial sino además sensato a la luz del análisis que el sentenciador haga de la situación fáctica del actor, debe existir realmente un examen riguroso de los hechos que motivan la acción, así como los derechos que se alegan vulnerados y amenazados, ya que: *“(...) el examen de inmediatez no se reduce al paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la demanda de tutela. Adicionalmente, en algunos casos, cabe constatarse si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada (...) que explique satisfactoriamente su tardanza y (...) que durante ese tiempo el accionante haya iniciado las actuaciones judiciales pertinentes ante la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social para ventilar su inconformidad (...)”²¹*. Por consiguiente, pueden existir casos que en principio parezcan indicar un lapso temporal demasiado extenso que implicarían declarar improcedente la acción de tutela por este motivo, no obstante, en ellos debe llevarse a cabo un estudio riguroso que descarte en primer lugar una causal justificadora del prolongado paso del tiempo para acudir al juez constitucional, e igualmente, debe quedar claro que el actor ha sido juicioso y diligente utilizando las vías ordinarias que podrían amparar sus pretensiones.

²⁰ Sentencia T-792/2009.

²¹ Sentencia T-758/2012

A pesar de ello, *“la permisión del paso del tiempo hace presumir que el actor de la tutela no se ha sentido abatido en grado tal que haya sido imposible continuar conviviendo con la amenaza de vulneración o la vulneración misma y que, en esa medida, o bien no existe perjuicio, u otros medios existentes en el ordenamiento jurídico, los cuales toman un tiempo razonable pero mayor que la tutela, serán los idóneos para conocer del caso”*²². Por ende, el carácter de sujeto de especial protección constitucional, como serían las personas con afectaciones graves de salud o los adultos de la tercera edad, no justifica la procedencia de la acción de tutela por su simple condición, sino que debe probarse que efectivamente está en una situación de debilidad manifiesta. Es por esto que para superar el requisito de subsidiariedad, debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo no puede entenderse como infinito ni excesivo, ya que como se expuso, se sospecha que si ha transcurrido demasiado tiempo desde la vulneración o amenaza sin presentar la acción de tutela, no hay perjuicio o este no resulta tan grave. Así, además de explicar justificativamente su tardanza, debe el actor demostrar la gravedad de la vulneración de sus derechos porque, se reitera, la protección especial constitucional por sí sola no abre la puerta a la acción de tutela para los sujetos cobijados por ese status.

6. Considerando que debe ser evaluada la causa por la cual ha transcurrido un tiempo considerable entre la vulneración del derecho fundamental, y el momento en que se interpuso la acción de tutela, para determinar definitivamente si éste es o no justificable, debe ponerse de presente que la conclusión no es bajo ninguna circunstancia arbitraria ni plenamente discrecional para el juez de conocimiento, sino que, para ello, esta Corte ha establecido cuatro (4) criterios para determinar si dicha demora es o no disculpable, a saber:

*“i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”*²³.

7. Ya que los sujetos de especial protección constitucional, en caso de encontrarse en una situación de debilidad manifiesta merecen, como ha sido reiteradamente expuesto, una protección y consideración especial por parte del Estado, esta Corte ha precisado que: *“en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y cuando*

²² Sentencia T 519/2008.

²³ Sentencia T-885/2011.

(ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”²⁴. Por lo que nuevamente, el examen que se haga sobre su situación particular se flexibiliza en aras de garantizar plenamente el derecho fundamental a la igualdad y en tales casos la inmediatez no será valorada de manera tan estricta, por lo que se insiste que“(…) para declarar la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de inmediatez, no es suficiente comprobar que ha transcurrido un periodo considerable desde la ocurrencia de los hechos que motivaron su presentación, sino que, además, es importante valorar si la demora en el ejercicio de la acción tuvo su origen en una justa causa que explique la inactividad del accionante de tal manera que, de existir, el amparo constitucional es procedente”²⁵. En definitiva, se tiene que la valoración del término para interponer la acción de tutela debe ser ponderado de manera particular en cada uno de los casos, con todas las consideraciones que hasta aquí se han dejado plasmadas.

8. En este sentido, cuando se pretenda el reconocimiento de pensiones o de indemnizaciones sustitutivas de la pensión, cuyos beneficiarios sean sujetos de especial protección constitucional, debe siempre observarse la justa causa que motive el paso del tiempo en que los actores han dejado de interponer este mecanismo de amparo de derechos fundamentales. Será entonces necesario ponderar la validez del motivo del tiempo transcurrido que justifique la tardanza en la interposición de la tutela, frente a la gravedad de la vulneración de los derechos, puesto que no obstante que el requisito de inmediatez no tiene una exigibilidad muy estricta, por la especial condición de las personas enfermas o de la tercera edad, esto solo dependerá de la intensidad del quebrantamiento que hayan sufrido en sus derechos.

9. En fin, cuando las personas de especial protección constitucional reclamen derechos prestacionales mediante la acción de tutela, no puede establecerse un plazo estándar y riguroso que se aplique por igual en todos los casos que se presenten, ya que, una conclusión de ese talante desconocería el derecho a la igualdad, que se protege especialmente destinándole medidas especiales a estos grupos poblacionales. Ahora bien, esta Sala enfatiza que lo hasta aquí expuesto nunca legitima a estas personas para revivir términos o acciones que han prescrito para ser interpuestas ante la jurisdicción ordinaria, y si bien el extenso paso del tiempo implica presumir que la intensidad del perjuicio no ha sido lo suficientemente grave para justificar tutelar las pretensiones prestacionales por la vía extraordinaria de la tutela, debe al igual que en la subsidiariedad, hacerse una valoración caso por caso, ateniendo a los criterios que según se reseñó ha dictado este tribunal para, en últimas, establecer si quienes reclaman por esta vía sus diferentes pretensiones pensionales o sustitutivas de estas, han dejado pasar demasiado tiempo, motivo por el cual el análisis particular del cumplimiento de requisito de inmediatez debe hacerse a

²⁴ Sentencia T-345/2009.

²⁵ Sentencia T 584/2011.

la par del examen que se lleve a cabo en lo relativo a la subsidiariedad, puesto que comparten un estudio minucioso de la afectación de los derechos al que se ha hecho referencia.

10. Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar si en ambos casos se acredita el requisito de inmediatez, ya que fueron satisfactoriamente superados los presupuestos de legitimación de la acción en los dos extremos de la relación procesal:

Expediente T – 5.931.930

11. El señor Juan Clímaco Ríos Ramírez presentó la acción de tutela que ocupa a la Sala en esta oportunidad, el 18 de julio de 2016, debido a que la entidad territorial accionada, el municipio de El Águila (Valle del Cauca), le negó el reconocimiento de su pensión de vejez mediante resolución del 17 de mayo de 2016, después de haber acudido en diferentes oportunidades a Porvenir S.A. y a la misma Alcaldía solicitando información acerca de su situación pensional. Es decir, encuentra la Sala que entre la interposición de la acción de tutela y la expedición del acto administrativo que el actor considera vulneratorio de sus derechos fundamentales, trascurrieron apenas dos (2) meses. Un plazo que sin mayor análisis, de acuerdo a los lineamientos aquí planteados resultaría, no solo razonable sino conveniente y puntual, debido a que demuestra una actitud en principio diligente por parte del actor tendiente a interponer la acción de manera oportuna buscando el amparo de sus derechos presuntamente vulnerados.

Sin embargo, la anterior consideración se basa exclusivamente en un análisis de inmediatez contabilizado desde la expedición de un acto administrativo que considera el actor como causante de la afectación es sus derechos fundamentales. No puede pasarse por alto que el señor Ríos Ramírez fue desvinculado de su puesto de trabajo en el año 2001, y fue sólo en el año 2016, casi 3 lustros después, que acudió a hacer las respectivas reclamaciones a las entidades accionadas. Por lo que debe la Sala imperativamente analizar si la acción de tutela realmente resultaba necesaria en esta oportunidad. En otras palabras, resulta necesario determinar por qué el actor dejó pasar tanto tiempo entre el momento que dejó de laborar para la respectiva Alcaldía hasta la oportunidad que acudió ante esta autoridad para reclamar las pretensiones que han sido suficientemente descritas. Lo anterior sería en principio un indicio que permitiría suponer que no existe una vulneración tan flagrante en los derechos fundamentales del actor, y justamente por ello presuntamente dejó pasar tanto tiempo para llevar a cabo su solicitud en sede administrativa, y por ende podría dirimir su disputa actual ante la jurisdicción laboral ordinaria.

Es por esta última consideración que como fue expuesto el requisito de inmediatez no puede ser analizado de manera independiente y aislada, sino que requiere de un estudio conjunto con la subsidiariedad de la acción de tutela presentada, que no está sujeto a criterios de procedibilidad taxativos o estrictos, sino que le implica al juez constitucional examinar la situación particular del accionante para determinar si este paso tan extenso de tiempo

debe entenderse como razonable y de esta manera estimar procedente la tutela presentada, o si de lo contrario, la situación fáctica que lo caracteriza no justifica el paso tan prolongado de tiempo, y debe pues llevar sus pretensiones al juez ordinario laboral. Así, tal y como fue expuesto deberá llevarse a cabo un análisis sistemático de la inmediatez y la subsidiariedad atendiendo las condiciones particulares del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez, estudio que se hará con posterioridad en el presente examen de procedencia de la acción.

Expediente T – 5.926.159

12. La señora Rosalba Piza Remicio presentó la acción de tutela que conoce la Sala el día 10 de agosto de 2016, debido a que Ecopetrol S.A. le negó mediante oficio OPC-2016-016213, expedido el 17 de mayo de 2016, su pretensión de obtener una indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes que no logró causar su esposo, quien laboró para dicha empresa pero falleció en el año 2005. Así las cosas, en principio la acción interpuesta sería procedente de acuerdo con los criterios anteriormente planteados al haber acudido al juez de tutela en menos de tres (3) meses desde la decisión que la actora considera vulneratoria de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social, entre otros. A pesar de ello, debe hacerse idéntica consideración a la propuesta para el análisis del Expediente T – 5.931.930, toda vez que transcurrió casi una década desde el fallecimiento de su cónyuge, hasta el momento en que la señora Piza Remicio reclamó en sede administrativa la indemnización a la que se ha venido haciendo referencia, por lo que en principio, nuevamente se podría suponer que nada impide a la actora acudir a la vía laboral ordinaria, para que sea dicho juez el que determine si tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la prestación que solicitó administrativamente, y en la oportunidad que ocupa a la Sala en sede de tutela.

Así las cosas, tal y como se dijo para el caso del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez, deberá analizarse en el caso concreto de la señora Rosalba Piza Remicio, si la década que transcurrió entre el momento de reclamar la prestación y la muerte de su cónyuge, causante de esta última, fue excesiva, o si por el contrario dadas las condiciones particulares actuales de la actora, la acción interpuesta deberá considerarse procedente, al menos de manera transitoria, para la protección de los derechos que estima vulnerados. Por ende, el requisito de inmediatez para el caso que se analiza deberá analizarse al unísono con el requisito de subsidiariedad de la acción, donde se considerará la situación particular de la actora.

13. *Subsidiaridad de la tutela:* Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corte al indicar que la acción de tutela, como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando estos hayan sido vulnerados o se encuentren en una situación de grave amenaza y peligro inminente de trasgresión, sólo procede de manera excepcional, es decir, no podrá desplazar *in limine* a las acciones ordinarias que el sistema jurídico ha dispuesto para dirimir las diferentes controversias y tramitar las variadas pretensiones que sean llevadas a la jurisdicción; esto, se conoce como el carácter subsidiario de la acción de tutela.

No obstante lo anterior, esta condición de procedibilidad, presenta matices y excepciones que se justifican por circunstancias muy particulares que pueden abarcar desde los hechos que llevan a interponer la acción, como un criterio objetivo de ponderación, hasta las condiciones personales de los accionantes, que constituirán una valoración subjetiva que respalda una excepción a la precitada regla general. En este orden de ideas, dentro de estos últimos se encuentran los sujetos de especial protección constitucional, que según lo ha definido este tribunal son *“aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”*²⁶.

De esta manera, resulta posible garantizar plenamente el derecho fundamental a la igualdad, toda vez que el artículo 13 de la Constitución Política, al consagrar que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, abrió la puerta para garantizar la adopción de medidas destinadas a resguardar de manera especial a los sujetos de especial protección constitucional, por las circunstancias en que se encuentren como sería el caso de las personas con de la tercera edad, o con graves afectaciones en su salud. Así, esta Corte ha ordenado, en diferentes ocasiones, medidas especiales debido a sus particulares condiciones; verbigracia ordenando que sistemas de transporte público masivo garanticen el acceso de estas personas al servicio (sentencia T-595 de 2002) o avalando la constitucionalidad del establecimiento de sitios de parqueo exclusivos para personas con discapacidad (sentencia C-410 de 2001); lo anterior, para proteger la igualdad material de estos sujetos, como lo ha explicado esta Corte en anteriores pronunciamientos:

“La cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución Política impone una obligación en cabeza del Estado colombiano de proteger de manera privilegiada a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (...) la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. A juicio de la Corte, dada su situación de debilidad manifiesta e indefensión, en el marco del estado social de derecho surge la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan corregir los efectos nocivos de la desigualdad, avanzar de forma consistente hacia su erradicación total y garantizar el pleno ejercicio de sus

²⁶ Sentencia T-157/2011.

derechos y libertades. En este orden, en reiterada jurisprudencia²⁷, la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de los derechos a quienes son sujetos de la protección especial”²⁸.

Entonces, resulta válido entender que este grupo de sujetos en condición de debilidad manifiesta no solo merecen ser destinatarios de medidas que garanticen efectivamente el goce de sus derechos, que por diferentes condiciones personales no pueden ser disfrutados ni garantizados como al resto de personas, sino que además, dichas disposiciones tienen que abarcar el diferente ámbito de derechos que por su situación pueden resultar vulnerados cuando se compararen con un sujeto que no se encuentre en una condición similar, derechos entre los cuales se encuentra el acceso a la administración de justicia. Por ende, ya desde el año 2013 esta Corporación planteó que *“(...) todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población (...) tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”²⁹.*

Por consiguiente, habiéndose establecido que los adultos mayores y las personas en condiciones delicadas de salud son sujetos de especial protección, y que estos grupos poblacionales deben ser destinatarios de tratos preferentes para acceder a los mecanismos de protección de derechos, debe analizarse puntualmente si esto incluye poder acceder al reconocimiento de derechos pensionales mediante la acción de tutela, no obstante existir procedimientos judiciales ordinarios para resolver idénticas pretensiones, por lo que este mecanismo resulta ser completamente excepcional y subsidiario.

Este tribunal ha delimitado una serie de situaciones donde no obstante existir un medio ordinario de defensa judicial procederá la acción de tutela, específicamente cuando *“(i) (...) no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas (...), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”³⁰.* Así las cosas, la regla de subsidiariedad de la acción de tutela no es tan estricta ni tan rígida para los

²⁷ Ver Sentencias T-143/1999, T-907/2004, T-754/2005, T-307/2006, entre otras.

²⁸ Sentencia T-282/2008.

²⁹ Sentencia T 282/2008.

³⁰ Sentencia T 736/2013.

sujetos de especial protección constitucional por la situación tan especial que ostentan. Esto lo ha manifestado esta Corte al afirmar que:

“En relación con estas personas no es posible hacer el examen de subsidiariedad con la misma rigurosidad que para los demás. Por ello, el requisito de subsidiariedad no puede dejar sin contenido al trato preferencial que reciben los sujetos de especial protección constitucional. Un análisis riguroso de este principio de cara a dicho grupo acentuaría su condición de debilidad, toda vez que el juez de tutela aplicaría los mismos criterios que al común de la sociedad. Es por eso que su valoración no debe ser exclusivamente normativa. La evaluación debe prever los aspectos subjetivos del caso. Por tanto, cuando de los elementos del caso se concluya que la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección, el análisis se hace más flexible para el sujeto pero más riguroso para el juez, ya que debe considerar circunstancias adicionales a las que normalmente valora (...) En conclusión, los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial protección constitucional se presumen inidóneos. Sin embargo, en cada caso, la condición de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situación de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus características, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones”³¹.

En síntesis, los sujetos de especial protección constitucional merecen un análisis caso por caso de su situación personalísima que permita determinar si los medios de defensa judicial con los que cuentan todas las personas, por su carácter ordinario resultan ser o no idóneos, aunado a que, según el precedente transcrito se presume la falta de idoneidad respecto de ellos. Sin embargo, debe hacerse la aclaración que cuando sujetos cobijados por estas condiciones tan especiales sean quienes formulen las solicitudes pensionales, la situación de especial protección constitucional por sí sola no torna en procedente el amparo constitucional, sino que, realmente flexibiliza el análisis de procedencia de la acción de tutela. Es decir, que el simple hecho de ser un sujeto de especial protección constitucional, no implica la procedencia del amparo por este solo hecho, ni configura una excepción a la regla general de subsidiariedad de la acción.

Por ende, la acción de tutela puede llegar a ser procedente para reclamar pensiones o las indemnizaciones sustitutivas de estas cuando los requisitos para obtener las primeras no se encuentren acreditados, en aquellos eventos en que el accionante sea un sujeto en condición de vulnerabilidad, conclusión que solo podrá determinarse estudiando sus circunstancias subjetivas e

³¹ Sentencia T 398/2014.

íntimas, para lo cual, en lo que respecta específicamente al reconocimiento de derechos prestacionales, deben constatarse una serie de condiciones y requerimientos recogidos en la sentencia T-100 de 2015, donde se expone que “(...) *se debe corroborar y ponderar la existencia de los requisitos que jurisprudencialmente se han dispuesto por esta Corte, los cuales permitirán concluir si resulta o no necesario amparar y reconocer, de manera transitoria o definitiva, un derecho de índole prestacional a quien por este mecanismo lo requiere. Tales exigencias, que se deben constatar por el juez constitucional, son descritas en abundante jurisprudencia y compiladas particularmente, entre otras, en la Sentencia T-115 de 2011, así: (i) Que se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección; (ii) El estado de salud del solicitante y su familia; (iii) Las condiciones económicas del peticionario; (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mínimo vital; (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados*”.

Asimismo, esta Corte, mediante sentencia T -596 de 2016 reiteró recientemente la anterior postura añadiendo que deberá probar el promotor de la tutela: el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, y además, que acudir a la vía ordinaria y los medios que ella ofrece a los particulares puede comprometer aún más sus derechos fundamentales, por lo que la condición de sujeto de especial protección constitucional por sí sola no solventa el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. De esta manera, conviene destacar del referido fallo que:

“(...) esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones, cuando el titular del derecho en discusión es un sujeto de especial protección constitucional o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente respecto de los demás miembros de la sociedad, dado que someterlo a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales. No obstante, es menester aclarar en este punto que la condición de sujeto de especial protección constitucional no constituye per se razón suficiente para admitir la procedencia de la acción de tutela (...) para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, según se trate, es también necesario acreditar, por una parte, la ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la amenaza, vulneración o afectación de derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital y la salud; y, por otra, que acudir a otra vía

judicial puede comprometer aún más sus derechos fundamentales (...) será procedente para estos efectos, siempre y cuando este acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, derivado de la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos de raigambre fundamental, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos, de manera tal que se entienda que estos han perdido toda su eficacia material y jurídica”.

Debe añadirse que, debido a que la acción de tutela puede ser admitida por los jueces de instancia como mecanismo transitorio, ha dicho la Corte que es “*necesario demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, respecto del principio de subsidiariedad, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad del mecanismo en el caso concreto, para determinar si dicho medio tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial, no simplemente formal, y sin olvidar que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Otra de las consideraciones relevantes en el análisis sobre la procedibilidad de la acción se refiere a la calidad del sujeto. Así, ha dicho la Corte que el juez de tutela debe revisar si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, lo que haría el examen más flexible, pero no menos riguroso (...)*”³².

Finalmente, debe adicionarse que lo hasta aquí señalado debe complementarse con lo dispuesto en la reciente sentencia T-065 de 2016, donde se dejó constancia que “*en determinados casos, la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable. Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por vía ordinaria, o si, por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia. En caso de encontrar que la tutela es procedente, la medida de amparo será definitiva cuando el mecanismo judicial no resulte eficaz e idóneo para la protección de los derechos que se pretenden garantizar. Por ejemplo, cuando la persona que intenta la acción de tutela se enfrenta a un estado de indefensión o a circunstancias de debilidad manifiesta*”³³. O la medida será transitoria³⁴ cuando, a pesar de la idoneidad de los medios de defensa judicial, la amenaza o violación de los derechos requiere una decisión urgente, mientras la justicia laboral decide el conflicto”³⁵.

³² Sentencia T-185/2016.

³³ Sentencia T-702/2014.

³⁴ Ver entre otras las Sentencias T-1316 de 2001; T-1190 de 2004 y T-161 de 2005.

³⁵ Sentencia T-295/2015.

En conclusión, los sujetos de especial protección constitucional, entre quienes se encuentran las personas con discapacidad por su estado de salud y las personas de la tercera edad, sí pueden efectivamente acudir a la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de su pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, e incluso la indemnización sustitutiva que se puede otorgar cuando el reconocimiento de las prestaciones periódicas resulte inviable, no obstante el carácter subsidiario de este amparo, siempre y cuando de la valoración de su situación particular, y de la idoneidad de los mecanismos ordinarios resulte que por la intensidad del perjuicio, estos últimos no puedan efectivamente proteger los derechos fundamentales del actor. Lo anterior implica siempre una obligación adicional para el juez constitucional, consistente en valorar caso por caso la situación particular del ciudadano que reclame los derechos pensionales ante el juez constitucional. Así se reitera en la jurisprudencia de la Corte que, no obstante que los mecanismos ordinarios se presuman inidóneos, el hecho de ser sujetos de especial protección constitucional no les da a estas personas por sí solo la posibilidad de solicitar el reconocimiento de la pensión vía tutela, sino que, deberán acreditarse los requisitos aquí expuestos (edad, condición económica, estado de salud, potencialidad de un perjuicio irremediable y su intensidad, entre otros), que serán los elementos probatorios que podrán demostrar o evidenciar que la tutela debe proceder para reclamar el reconocimiento de la pensión que esté solicitando, o la indemnización sustitutiva según sea el caso, y no puede exigírsele acudir a la Jurisdicción Ordinaria para formular estas pretensiones.

Entonces, se reafirma que el reconocimiento de los diferentes tipos de pensiones e indemnizaciones sustitutivas para los sujetos de especial protección constitucional, procede excepcionalmente vía acción de tutela, no obstante el carácter subsidiario de ésta, siempre y cuando del análisis de cada uno de los casos particulares se concluya que el acceso efectivo a la justicia del accionante, de acuerdo con sus circunstancias particulares, solo puede garantizarse mediante una acción de tutela.

14. Puesto lo anterior de presente, entra la Sala a estudiar si se encuentra o no acreditado el requisito de subsidiariedad en el caso concreto de cada una de las acciones de tutela que se conocen en la presente sentencia, e igualmente de acuerdo a lo expuesto con anterioridad, si el tiempo transcurrido entre el momento de poder efectuar solicitud pensional, hasta el momento en que efectivamente se llevó a cabo, se considera excesivo, caso en el cual los accionantes podrán dirimir sus pretensiones en las instancias administrativas o ante la Jurisdicción Ordinaria, o si por el contrario, dadas las circunstancias tan particulares de cada uno de ellos, la acción debe considerarse procedente por acreditar todos los requisitos dispuestos para ello:

Expediente T – 5.931.930

15. De acuerdo a las reglas establecidas, en el caso del accionante Juan Clímaco Ríos Ramírez, se trata inequívocamente de una persona de especial protección constitucional no sólo en razón de su avanzada edad (actualmente

tiene 77 años)³⁶, sino también por su delicado estado de salud afectado debido a una lesión en su columna vertebral, que le ha ocasionado una pérdida paulatina de movilidad, así como por haber sido diagnosticado con un lumbago crónico y presentar diferentes problemas gastrointestinales, y según afirma agravadas ostensiblemente por anomalías cardíacas³⁷. Como quedó suficientemente explicado, esta condición de ser un sujeto de especial protección constitucional no resulta por sí sola suficiente para tramitar la acción de tutela con miras a reconocer la pensión solicitada, puesto que estas pretensiones deben ser, por regla general, dirimidas ante la jurisdicción ordinaria laboral, razón por la cual debe estudiarse en detalle la situación que lo rodea.

Analizando uno por uno, los lineamientos de la sentencia T-100 de 2015 se tiene que:

i) Se trata de un sujeto de la tercera edad, que ya cumplió 77 años (nació el 25-01-1940)³⁸.

ii) Su estado de salud es agobiante ya que producto de una caída el 31 de mayo de 1994 desde un segundo piso, empezó a tener diferentes dolores y molestias en la zona lumbar³⁹, que con el tiempo derivaron en una artrosis en la columna y así en una limitación funcional⁴⁰, igualmente padece una esclerosis dorsal de convexidad izquierda⁴¹ y un lumbago crónico⁴². Ha sufrido úlceras pépticas⁴³ y gastritis crónica en reiteradas oportunidades⁴⁴, siendo además diagnosticado con osteoporosis⁴⁵ y con una pérdida de la lordosis lumbar⁴⁶. Además, afirma tener anomalías cardíacas que le producen intensos dolores, los cuales le ha manifestado a los médicos tratantes de sus distintas enfermedades, sin embargo esta afirmación no está respaldada en la historia clínica, como si lo están todos los demás flagelos arriba enumerados. Por ende, concluye la Sala que este requisito relativo a las dificultades de salud se encuentra plenamente acreditado, ya que es inequívoco que el señor Ríos Ramírez tiene un estado de salud preocupante además de frágil, y que desafortunadamente no presenta un panorama que permita suponer que puede llegar a mejorar.

iii) Las condiciones económicas del accionante son muy limitadas toda vez que los pocos ingresos que recibe son producto de labores “*que no demandan una actividad física extenuante, la que desarrolla en periodos muy cortos de tiempo*”, según consta en el escrito de tutela, y cuenta con respaldo clínico ya que en más de una oportunidad diferentes médicos le han recomendado

³⁶ Folio 1, Nació el 25 de enero de 1940.

³⁷ Folio 55.

³⁸ Folio 1.

³⁹ Folio 14.

⁴⁰ Folio 29.

⁴¹ Folio 37.

⁴² Folio 44.

⁴³ Folio 34.

⁴⁴ Folio 37.

⁴⁵ Folio 35.

⁴⁶ Folio 43.

“evitar trabajo excesivo”⁴⁷, así como guardar quietud por las condiciones médicas descritas en el numeral anterior, por lo que según informa se ha visto afectado en sus ingresos económicos al no contar con otro medio de subsistencia o de ingresos que le permita ganarse el sustento diario⁴⁸. Lo anterior, permite concluir que sus condiciones económicas son bastante difíciles, ya que si por incapacidad médica le resulta imposible laborar por espacios de tiempo que sean medianamente prolongados, no resulta factible que el señor Ríos Ramírez labore en una jornada de 40 horas semanales que le permita percibir aunque sea el salario mínimo, por lo que los pocos ingresos que percibe por jornales, hacen que no pueda ver efectivamente garantizado su derecho fundamental al mínimo vital en sus actuales condiciones laborales, de carácter informal.

iv) En el mismo orden de ideas, visto entonces que el accionante percibe jornales muy reducidos dada su poca capacidad laboral, y que su condición de salud lejos de ser curable o irreversible, ha mostrado un constante deterioro con el paso de los años, implica al juez constitucional entender que no hay manera en que hoy por hoy pueda el actor laborar en condiciones de mayor esfuerzo físico o por periodos más extensos de tiempo. Lo anterior, no se debe a su falta de voluntad o a su avanzada edad, sino como se expresó a una incapacidad médica para poder llevar a cabo dichas tareas, así como la presencia de fuertes dolores lumbares cuando despliega cualquier actividad física. Por ende, dado que no tiene otro ingreso que le permita sufragar sus gastos, entre los cuales está el seguimiento y cuidado que implica su estado de salud, no conocer de fondo la acción que eventualmente, cumplidos los requisitos, podría reconocer en su favor un derecho pensional o una indemnización sustitutiva de este, generará un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del señor Ríos Ramírez, en particular, del derecho al mínimo vital, incluso mayor al que se presenta actualmente.

v) Igualmente el afectado ha desplegado cierta actividad administrativa, tendiente a obtener la protección de sus derechos, ya que ha sido diligente al solicitarle no sólo al municipio de El Águila (Valle del Cauca) el reconocimiento de su pensión de invalidez, sino que desplegó la misma conducta juiciosa ante el Porvenir S.A. por la remisión expresa que la entidad territorial le sugirió en la contestación a la primera de las peticiones interpuestas, y ante una nueva respuesta negativa a su solicitud, no solo acudió nuevamente a la Alcaldía municipal accionada, sino que le informó la respuesta obtenida en el fondo de pensiones, buscando finalmente una solución definitiva a su situación, que al recibir una tercera negativa decidió acudir al juez de tutela. Debe señalarse además, que el actor ha intentado seguir laborando de manera informal hasta donde más ha podido, pero a medida que envejece y empeora su estado de salud, la realización de estas actividades se le ha vuelto cada vez más ardua, por lo que se ha visto obligado a finalmente reclamar un derecho que considera merece.

⁴⁷ Por ejemplo el 24 de Octubre de 2011, y 2 de Febrero de 2012. Folios 36 y 38.

⁴⁸ Folio 55.

vi) Finalmente, si bien el señor Ríos Ramírez no acredita generosamente las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, entiende la Sala que no solo por su delicada condición de salud, afligida como se ha insistido por dolores intensos en su espalda debido a su patología lumbar, así como su complicada salud gástrica por las úlceras y ataques de gastritis crónicas, sino además por su avanzada edad, le impiden acudir ante la Jurisdicción Ordinaria, buscando el amparo judicial en el mecanismo que generalmente sería idóneo para conocer de sus pretensiones. De igual forma, la condición tan restringida que tiene económicamente, al no percibir si quiera un salario mínimo le impide, en principio, pretender estos fines postulando a un abogado mediante un poder con este propósito por los altos costos que esto implica. Además, los anteriores costos de acudir ante el juez ordinario no deben medirse tan solo en el sentido económico referido, sino también debe considerarse como se planteó el costo del paso del tiempo, toda vez que, estos procesos tardan un tiempo considerable en proferir una decisión definitiva en el asunto, tiempo que por la avanzada edad del actor puede resultar demasiado extenso⁴⁹.

16. Siguiendo este análisis se observa que, de acuerdo con lo requerido en la sentencia T -596 de 2016, se encuentra suficientemente acreditado que el señor Ríos Ramírez, puede llegar a sufrir un perjuicio irremediable derivado de la afectación de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la salud que si bien se encuentran actualmente afectados, no cabe duda que la intensidad del perjuicio puede ir aumentando de manera acelerada y grave a medida que trascorra el tiempo, debido a que su diagnóstico lumbar no tiene actualmente cura o remedio, mientras que los ataques de gastritis que sufre van a seguir presentándose periódicamente, aunque su tratamiento sea más sencillo, y si a esto se le suma un eventual problema cardiaco, considerando que ya ha acudido a los expertos quejándose de dolores en este órgano, terminará derivando en una mayor disminución de capacidad laboral, que por demás ya es sumamente reducida, así sea para continuar trabajando informalmente y por cortos periodos de tiempo como lo ha venido haciendo, repercutiendo en menores ingresos que afectarán con mayor envergadura su mínimo vital. Igualmente, pretender que dirima estas pretensiones ante la vía judicial ordinaria puede efectivamente comprometer aún más sus derechos fundamentales puesto que como se ha enfatizado, el mayor paso del tiempo implicará un mayor grado de vulneración a los derechos fundamentales del actor, que a juicio de la Sala, constituirían un perjuicio irremediable. Entonces se concluye que sus derechos, no pueden ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos ordinarios, por lo que determinar la procedencia de la tutela para evitar la vulneración definitiva o total de estos derechos resulta lo idóneo.

17. Por estas razones, la Sala encuentra acreditado el requisito de la subsidiariedad de la acción de tutela presentada por el señor Juan Clímaco Ríos Ramírez, no sólo por cumplir con los requisitos que para ello ha

⁴⁹ A pesar del sistema oral una decisión en primera instancia no tardará menos de seis (6) meses en ser adoptada.

establecido esta Corte, sino porque se encuentra que pronunciarse de fondo en el asunto bajo estudio tiene como propósito adicional resolver importantes problemas jurídicos relativos a derechos como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, ya que pretender que el actor acuda a la vía ordinaria conllevaría a una inminente consumación de un perjuicio irremediable en una persona de especial protección constitucional en razón de su edad y condición de salud, porque como se demostró, el mayor paso del tiempo implica un mayor desarrollo de su enfermedad, es decir, un mayor impacto negativo en su derecho fundamental a la salud, que además, se traducirá en una menor capacidad laboral que disminuirá sus ingresos, afectando aún más su mínimo vital. Lo anterior, implica que la acción de tutela se considerará procedente al acreditar suficientemente los requisitos que deben ser considerados en asuntos de esta índole.

Expediente T 5.296.159

18. Debe hacerse un análisis similar en el caso de la accionante Rosalba Piza Remicio, reiterando que se trata de una persona de 52 años de edad, a quien no se le ha diagnosticado enfermedad alguna que eventualmente pudiera llegar a afectar su capacidad para desarrollar una actividad que le permita percibir un salario e ingresos corrientes, por lo que, tan solo afirma que por su edad le es muy difícil conseguir un empleo, que no tiene vivienda propia y no se encuentra afiliada a ninguna EPS. De igual forma, está claro que la controversia que pretende dirimir mediante el ejercicio de la acción de tutela, debe en principio ser resuelta mediante un trámite meramente administrativo que no ha cumplido, y eventualmente en la Jurisdicción Ordinaria Laboral. No obstante, debe analizarse si por su situación fáctica puede, de manera excepcional, acudir a la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes que solicita, no obstante su carácter subsidiario.

De acuerdo con la información aportada por la actora, manifestó en el escrito de impugnación de la sentencia de primera instancia, que es madre cabeza de familia (sin aportar prueba alguna al respecto o informar acerca de la edad de su(s) hijo(s)), de igual forma que reside en un barrio de invasión, que no se encuentra afiliada a ninguna EPS sino que hace parte del SISBEN Nivel 1. Así mismo, afirmó no desarrollar actividad laboral alguna, según aduce, por la edad que ostenta.

Ahora bien, entrando a verificar si se acreditan todos los requisitos establecidos en la sentencia T-100 de 2015 para que su condición particular permitiera la procedencia de su amparo, se tiene que:

- i) No se trata de una persona de la tercera edad, ni siquiera se trata de un adulto mayor, toda vez que la actora apenas tiene 52 años.
- ii) En lo que respecta al estado de salud actual de la actora, ésta no afirma ni en el escrito de tutela, ni en el escrito en que impugna el fallo de primera instancia, padecer de algún mal, enfermedad, dolencia o trastorno físico que le

impida trabajar o le afecte su derecho a la salud o ponga en peligro su vida, así mismo, no hace referencia a encontrarse en un tratamiento médico por ninguna causa. Adicionalmente, aunque afirma ser madre cabeza de familia, no informa si su(s) hijo(s) tiene(n) o no alguna condición de salud que amerite una especial protección por parte del juez de tutela, ni siquiera informa cuantos años tiene(n).

iii) En cuanto a la condición económica de la accionante, a pesar de afirmar que se encuentra actualmente desempleada, no se acredita una pérdida de capacidad laboral alguna, ni tampoco motiva suficientemente que su situación económica actual sea tan apremiante o perjudicial como para que se haga necesario el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, a través de la vía expedita y subsidiaria de la acción de tutela. Esto, ya que si bien afirma que no tiene una casa propia, vive en un barrio de invasión y en razón de su edad le es muy difícil conseguir un empleo, considera la Sala que no existe una situación suficientemente grave como para justificar no dirimir estas controversias por la vía de la reclamación administrativa que es la idónea para el reconocimiento y pago de su prestación, y solo de manera subsidiaria ante la jurisdicción ordinaria en caso de existir alguna disputa litigiosa, toda vez que, actualmente, aunque no se pone en duda que por sus afirmaciones sí se encuentra en una situación económica precaria y difícil, que según afirma ha venido empeorando desde el fallecimiento de su cónyuge hace casi 12 años (23-07-2005), ésta no parece estar a punto de padecer un perjuicio irremediable como más adelante pasará a exponerse.

iv) Sin embargo, encuentra la Sala que la falta de reconocimiento y consecuente pago de la prestación que solicita la accionante, eventualmente sí podría generar un alto grado de afectación de los derechos fundamentales de la actora, en particular, del derecho al mínimo vital. Lo anterior, porque el hecho de recibir la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes que solicita si bien no va a solventar todos sus problemas económicos; indudablemente será un ingreso que podrá por lo menos en un corto y mediano plazo aliviar sus condiciones de vida en el sentido de por ejemplo mejorar su vivienda, que según expone, está en condiciones muy precarias.

v) Puesto lo anterior de presente, debe resaltarse que la actividad administrativa que la accionante ha desplegado, tendiente a obtener la protección de sus derechos ha sido medianamente diligente, ya que está suficientemente demostrado que Ecopetrol S.A. y Colpensiones han dado respuesta oportuna y clara a cada una de las peticiones presentadas por la señora Piza Remicio en donde se le ha indicado el proceso administrativo que tiene que seguir en procura de obtener la indemnización que reclama. Por lo anterior, en este punto debe la Sala analizar concretamente por qué motivo la pretensión de la actora no debe ser dirimida por el momento por la jurisdicción ordinaria, y menos aún por el juez constitucional, al resumirse meramente en un trámite administrativo en el cual la accionante debe dirigirse a la administradora del régimen de prima media con prestación definida es decir, Colpensiones, para reiterar la solicitud de la indemnización sustitutiva que pretende le sea reconocida, para que sea esa entidad quien verifique y se

pronuncie sobre la viabilidad de realizar el reconocimiento de la indemnización solicitada y, determinar la cuantía de la misma, toda vez que debe ser esta entidad quien estudie de fondo si la señora Piza Remicio reunía todos los requisitos exigidos por la ley para el pago de este dinero. Así, una vez Colpensiones, reconozca el derecho y determine su valor, Ecopetrol S.A. girará la cuota parte que corresponda al tiempo laborado en la empresa a dicha administradora. En este orden de ideas, para que Colpensiones, pueda realizar el estudio de fondo al que se ha hecho referencia deberá la actora aportar el certificado de información laboral de quien fuere su cónyuge, el señor Wilson Tarazona Jácome, en donde constan todos sus periodos de vinculación laboral con la Empresa Industrial y Comercial del Estado a la que se ha venido haciendo referencia, así como el cargo que ocupó en ese periodo, donde además se deje constancia de que en ese tiempo no se le descontó para seguridad social ningún monto al ex trabajador. En este orden de ideas, se tiene probado que estos certificados ya fueron expedidos y entregados a la interesada por Ecopetrol S.A., con fecha 11 de mayo de 2015⁵⁰, por lo que debe proceder a solicitarle a Colpensiones efectuar el estudio descrito con base en la información con la que ella ya cuenta.

Debe aclararse que lo anterior, no es una decisión caprichosa por parte de las entidades accionadas, sino que está basada en toda la normatividad vigente en el asunto. En virtud de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 279 de la Ley 797 de 2003, los trabajadores de Ecopetrol vinculados antes del 29 de enero de 2003, como es el caso del señor Tarazona Jácome⁵¹, se pensionaban directamente con la empresa, que realizaba sus propios reconocimientos pensionales, razón por la cual, no efectuaba aportes a ninguna entidad de previsión social o administradora de pensiones, debido a la exclusión que expresamente estableció el artículo 279 de la ley 100 de 1993 frente a la aplicación de dicha normatividad a todos los servidores públicos de Ecopetrol S.A.⁵². Así, en la respuesta de la entidad con fecha 17 de mayo de 2016 dirigida a la actora, le informó expresamente que *“nunca de descontó al señor WILSON TARAZONA JACOME, cuota alguna mensual por concepto de aportes para pensión, por lo tanto esta sociedad no puede realizar el pago de aportes para pensión requeridos por usted en su petición”*⁵³. Debe entonces la accionante solicitarle a Colpensiones que dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1748 de 1995, inciso segundo, según el cual: *“Corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del*

⁵⁰ Folios 15 a 24.

⁵¹ Se vinculó el 13-04-1987 al Cargo de Obrero, Grado II.

⁵² ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

(...)

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol (Subrayado y negrilla fuera del texto).

⁵³ Folio 11.

afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención. Las administradoras estarán obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras o cajas, de tal manera que cuando sean recibidas por el emisor, sólo sea necesario proceder a la liquidación provisional del bono y a la solicitud de reconocimiento de las cuotas partes, de acuerdo con lo previsto en el artículo”; tal y como le fue informado por la empresa accionada.

Por lo anterior, se concluye que Ecopetrol S.A. no puede reconocer y pagar directamente una indemnización sustitutiva de pensión, ya que además de estar exceptuada del régimen de la Ley 100 de 1993, no ostenta la calidad de Administradora de pensiones del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, salvo disposición expresa en contrario, como por ejemplo el artículo 2º del Decreto 876 de 1998, donde se establece que:

“ARTÍCULO 2o. Ecopetrol expedirá bonos pensionales tipo A o B a las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad o al de prima media con prestación definida, según el caso, de conformidad con las reglas vigentes.

Sin embargo, no habrá lugar a la expedición de bonos tipo B para quienes hubieran sido servidores públicos de Ecopetrol y al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales- ISS o estaban laboralmente inactivos. A estas personas el ISS les reconocerá una pensión o una indemnización sustitutiva teniendo en cuenta todo su tiempo de servicios, y cobrará a Ecopetrol la cuota parte respectiva, la cual podrá cancelarse en un pago único cuando así lo acuerden ambas entidades.”

Así las cosas, se entiende que la señora Rosalba Piza Remicio si bien ha desplegado cierta actividad administrativa en el asunto de interés, no ha sido en el asunto diligente, ya que en lugar de seguir el procedimiento reseñado con anterioridad, el cual era en su totalidad conocido por la accionante al estar señalado en las respuestas a sus peticiones, decidió acudir a la vía excepcional y supletiva de la acción de tutela. En el mismo sentido, no ha acudido previamente a la vía ordinaria en procura de una solución a sus pretensiones, ya que hoy en día en el asunto no existe litigio alguno, sino un procedimiento administrativo pendiente de ser agotado. Sin embargo, debe aclararse que a pesar de no haberse agotado la reclamación administrativa de manera completa, este solo argumento no resultaría suficiente para decretar que no se ha cumplido con el presupuesto de subsidiariedad, toda vez que la acción de tutela debe analizarse como mecanismo subsidiario de mecanismos judiciales, y no administrativos. Lo anterior hace que el estudio de subsidiariedad en casos como el que en esta oportunidad revisa la Sala deba abarcar distintos criterios valorativos para poder determinar, caso por caso, si el respectivo amparo interpuesto es o no procedente.

vi) No puede decirse lo mismo frente al último de los requisitos establecidos en el fallo referido, debido a que la accionante no solamente no desarrolla, ni explica así sea sumariamente porqué motivo resulta suficientemente inidónea la Jurisdicción Ordinaria para pronunciarse acerca de sus pretensiones relativas a la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, es decir, para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, toda vez que como fue expuesto en el análisis del requisito inmediatamente anterior, tal explicación era imposible de ser llevada a cabo, ya que el asunto que en esta oportunidad revisa la Sala, no amerita en este momento un pronunciamiento en la jurisdicción ordinaria, y mucho menos en la constitucional.

19. Por estas razones, se concluye que además de no ser un sujeto de especial protección, la acción de tutela presentada por la señora Rosalba Piza Remicio no cumple con el criterio de subsidiariedad y considera la Sala que en su caso particular no existen argumentos de suficiente peso como para considerar que acudir con su pretensión de reconocimiento de una indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes mediante una reclamación administrativa, resulte perjudicial para los derechos fundamentales de la actora, ya que por las circunstancias fácticas expuestas se considera que las vías administrativas que existen para resolver su solicitud, si bien no son igual de expeditas que la acción de tutela, resultan idóneas para pronunciarse de fondo en el asunto, más aun cuando ella ya cuenta con toda la documentación necesaria para que Colpensiones pueda realizar el estudio de fondo del asunto, y verifique si se encuentran acreditados todos los requisitos necesarios para reconocer esta suma de dinero.

Lo anterior, debido a que tampoco encuentra la Sala que con la improcedencia de la presente acción de tutela se vaya a configurar un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de la actora, en especial, a su mínimo vital, toda vez que, como quedó suficientemente expuesto, aunque no se pone en duda que la situación económica de la actora puede ser apremiante, este derecho no está siendo actualmente vulnerado. En el mismo sentido, de lo hasta aquí expuesto se entiende que no hay una inminencia de que una situación como esta se vaya a configurar, toda vez que a pesar de afirmar que desde que enviudó su condición económica se ha visto agravada más y más con el paso del tiempo, se reitera que su cónyuge falleció hace casi 12 años⁵⁴, por lo que considerar que este factor es el que actualmente afecta su mínimo vital resulta difícil de admitir, toda vez que el paso del tiempo ha sido más que prolongado como para considerar esta la fuente directa de la supuesta vulneración. Esto, debido a que la potencialidad perjuicio irremediable debe ser siempre cierta e inminente, y nunca producto de una suposición ligera o de inferencias que pueda hacer el operador jurídico. Además, permanece intacto su derecho de acudir a la justicia para que se pronuncie sobre su indemnización sustitutiva en caso tal que del estudio administrativo llegase a presentarse alguna situación susceptible de ser resuelta jurisdiccionalmente,

⁵⁴ Folio 33.

puesto que mediante los mecanismos ordinarios que existen, que además no están sometidos a un término prescriptivo para su interposición según la jurisprudencia de esta corporación, se concluye que están intactos y se encuentran completamente a su disposición. Así, se entiende que sus intereses y sus derechos en el caso de negativa administrativa pueden ser protegidos oportunamente a través de un eventual proceso laboral ordinario, debido a que conservaría toda su eficacia material y jurídica en caso de llegar a ser necesario. Por ende, tampoco se cumplen los requisitos plasmados en la sentencia T -596 de 2016, para la procedencia excepcional de una acción de tutela con pretensiones como las que en esta oportunidad revisa la Sala.

20. Debe la Sala aclarar que a pesar de no existir duda alguna frente al carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela cuando para resolver las pretensiones de los distintos actores existan otros medios de defensa judicial, e igualmente que este amparo constitucional no es subsidiario de procedimientos administrativos idóneos para solucionar las intenciones de los administrados; sí recae en cabeza de los distintos jueces de tutela la tarea de llevar a cabo un examen en el cual se procure establecer si la no realización completa de dichos trámites administrativos por parte de los interesados, puede llegar a implicar que no existe aún un hecho vulnerador del derecho fundamental quebrantado que se alega en las respectivas acciones de tutela, caso en el cual el operador judicial se verá en la obligación de negar el amparo. Ahora bien, según las circunstancias de cada caso, deberá examinarse si la espera de la decisión administrativa en firme constituye una carga excesiva teniendo en cuenta la situación fáctica de los accionantes caso por caso, que implicaría poner en riesgo la efectividad de sus derechos fundamentales; también deberá verificarse si obra prueba de amenaza en dichos derechos tan especiales que eventualmente podría materializarse con la espera del desarrollo del procedimiento administrativo pendiente.

21. Así las cosas, en el caso de la señora Rosalba Piza Remicio se evidencia con toda claridad que no existe una vulneración actual en los derechos fundamentales que ella considera están siendo afectados, ya que en su situación particular el hecho de no haber realizado de manera completa el trámite administrativo que con suficiencia fue descrito consistente en allegar a Colpensiones los certificados que ella ya tiene en su poder para que esta entidad determine si tiene derecho a una pensión de sobrevivientes o a una indemnización sustitutiva de esta, implica concluir que actualmente no hay un hecho vulnerador, por lo que, sumado a no evidenciarse que la espera de la decisión administrativa en firme pueda tenerse como una carga excesiva para la actora que pudiere llegar a afectar en sus derechos fundamentales, ni a limitar la eficacia de estos últimos, deberá negarse el amparo interpuesto por improcedente.

C. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

22. En atención a los fundamentos fácticos expuestos, corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Alcaldía Municipal de El Águila (Valle

del Cauca) vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez, al negar el reconocimiento de su pensión de vejez y subsidiariamente la indemnización sustitutiva de ésta, comoquiera que no fue afiliado por su entonces empleador al fondo de pensiones accionado, no obstante haber diligenciado el formulario con ese propósito. Para ello la Sala deberá responder a dos (2) interrogantes: (i) en primer lugar, *¿Resulta imputable a un trabajador la mora del empleador derivada bien sea en el pago de aportes al sistema de seguridad social, o en la falta absoluta de afiliación al sistema?*; (ii) y en segundo lugar deberá determinarse si: *¿Es válido negar el reconocimiento de una pensión de vejez, o en su defecto de una indemnización sustitutiva de ésta, por haber existido mora por parte del empleador en el pago de las cotizaciones o no haber afiliado a uno de sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones?*

23. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados por la Sala, en primer lugar, esta procederá a: (i) reiterar las reglas jurisprudenciales sobre la mora del empleador en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social o por la no afiliación de sus trabajadores a este último, y así proceder a exponer cómo las consecuencias negativas de una u otra situación no deben ser asumidas por el empleado, (ii) explicar la imposibilidad de negar el reconocimiento de una pensión de vejez, por haber existido mora del empleador del solicitante en el pago de las cotizaciones o en la falta absoluta de afiliación, o en su defecto, del pago de una indemnización sustitutiva de dicha prestación por no cumplirse los requisitos establecidos para ello; (iii) reiterar la jurisprudencia acerca del reconocimiento excepcional de pensión de vejez por vía de tutela. Finalmente, (iv) se analizará y resolverá el caso concreto del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez.

D. LA MORA DEL EMPLEADOR POR EL NO PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, O LA FALTA TOTAL DE AFILIACIÓN A ESTE, Y LA IMPOSIBILIDAD DE TRASLADAR SUS EFECTOS NEGATIVOS AL TRABAJADOR.

24. Con la Ley 100 de 1993 se creó en Colombia el llamado sistema de seguridad social integral, cuyo objeto consiste en procurar la protección a *“los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, dentro del criterio de una calidad de vida en consonancia con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación”*⁵⁵, estableciendo puntualmente que los trabajadores dependientes son cotizantes obligatorios a dicho sistema.

Así, su diseño está llamado a ser desarrollado por el legislador con sujeción a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad, en virtud

⁵⁵ Sentencia T-045/2016.

de los cuales desarrolló una serie de regímenes del sistema de seguridad social en salud, riesgos laborales y pensiones para cubrir las necesidades más apremiantes de las personas, que en el caso de estas últimas protege a los individuos que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, y sobre todo por la vejez, frente a esta última contingencia, se ha señalado que: *“la pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez. Resulta claro, entonces que cuando se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad social”*⁵⁶. Puesto lo anterior de presente, respecto al diseño normativo al cual se hizo referencia, ha señalado esta corporación que:

*“Para poder brindar efectivamente protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, como mínimo, sobre (i) instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y (iii) provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.”*⁵⁷

25. De esta manera, se atribuyeron una serie de obligaciones en cabeza de los empleadores y los trabajadores, que son de obligatorio cumplimiento, así mismo, reconocieron una serie de derechos radicados en ambas partes, que son en últimas el núcleo esencial de la referida normatividad. Dentro de las obligaciones de los empleadores, cobra vital importancia el pago de los aportes de sus respectivos trabajadores al Sistema, consagrado expresamente en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 así:

⁵⁶ Sentencia T-398/2013.

⁵⁷ Sentencia C-258/2013.

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Adicionalmente, no solo se encuentra contemplada la obligatoriedad por parte del empleador de efectuar los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones, se señala expresamente además que para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, se establecieron sanciones moratorias, y una consecuente obligación en cabeza de las entidades administradoras de pensiones de los diferentes regímenes, en virtud de la cual deberán adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de tales obligaciones, claro está cuando el trabajador se encuentre afiliado al sistema. Lo anterior, se encuentra expresamente en los artículos 23 y 24 de la referida Ley 100 de 1993:

“ARTICULO. 23.-SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

ARTICULO. 24.-ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

En este orden de ideas, por tratarse de obligaciones que la ley le ha asignado expresamente a los empleadores no podrán ampararse en su propia culpa para exonerarse de su cumplimiento, y mucho menos para evadir las consecuencias de dicha omisión. Por esta razón, si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo

hecho, nunca pagó los aportes no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional. La responsabilidad será diferente en ambas situaciones: (i) si el empleador nunca afilió a su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, será éste quien deba asumir el pago de la pensión en el momento en que el trabajador reúna los requisitos para que le sea reconocida, y será responsabilidad única y exclusiva de este sujeto, como una pensión patronal. (ii) Por el contrario, si este último si se encontraba afiliado al sistema, bien sea al régimen de prima media con prestación definida, o al régimen de ahorro individual y solidaridad, pero su empleador omitió efectuar los aportes respectivos al sistema durante todo o parte del tiempo que un empleado laboró para él, la responsabilidad por esos dineros dependerá de si el fondo de pensiones respectivo llevó o no a cabo la gestión de cobro al empleador por estas sumas. En este sentido, si tal diligencia fue llevada a cabo por el fondo o la administradora de pensiones, que demuestra que hizo las gestiones necesarias para lograr el pago de los aportes pero que a pesar de ello, el empleador no aportó los dineros, responderá este último nuevamente. Por otra parte, si el empleador no pagó los aportes y el fondo de pensiones no hizo la gestión de cobro respectiva, esta negligencia le será imputable en su totalidad al fondo o administradora de pensiones. De esta manera, ha considerado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral que *“(...) no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social”*⁵⁸. En el mismo orden de ideas, la misma corporación mediante sentencia del 22 de julio de 2008, indicó al respecto que:

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993. Si bien la obligación de

⁵⁸ CSJ SL Sentencia del 7 de febrero de 2012 expediente 43023.

*pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro (...)*⁵⁹.

26. De esta manera se concluye, que independientemente de quién tenga la responsabilidad por la no afiliación de un trabajador al Sistema General de Pensiones, los efectos tanto de la no afiliación, como la falta del pago de los respectivos aportes, jamás serán una situación negativa que sea posible trasladar al trabajador, sino que como se expuso dependiendo de cada situación particular uno u otro sujeto deberá asumir tal responsabilidad. En el caso de la falta de afiliación será pues el empleador descuidado, y en el de la afiliación pero con mora en el pago de los aportes, el mismo sujeto si a pesar del llamado a desembolsarlos continúa con su conducta apática, o el fondo o las administradoras de pensiones si nunca hizo el reclamo, ya que en últimas no es el afiliado quien tiene por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, en todos los casos. Igualmente, como se colige de los pronunciamientos trascritos de la Corte Suprema de Justicia, no resulta homologable la responsabilidad de quien no afilia a sus empleados al sistema, a la de aquel que si lo hace pero entra en mora de desembolsar los aportes, siendo sin lugar a dudas un evento mucho más reprochable el primero de los señalados, donde toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recaerá sobre él.

Así las cosas, si un empleador omite afiliar a un empleado al sistema general de seguridad social en pensiones, y dicha omisión se extiende por un periodo igual o superior al que la administradora general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida, es decir Colpensiones, requiere para el reconocimiento efectivo de una pensión de vejez en caso de haber sido afiliado a dicha entidad, le corresponderá al empleador negligente asumir el valor de dicha prestación periódica. Lo anterior ocurre por un fenómeno que se conoce como la subrogación del riesgo de vejez, en virtud del cual si bien la obligación legal de reconocer las pensiones de vejez fue radicada en cabeza de los empleadores, fue dispuesto por la misma Ley 100 de 1993 que esa obligación debía trasladarse cuando el Sistema General de Pensiones asumiera el riesgo de vejez, siempre y cuando el empleador afiliara al trabajador al régimen de pensiones, evento en el cual dicha obligación pasaría a estar radicada en cabeza de los respectivos fondos o administradores de pensiones. Por este motivo, se enfatiza que si el empleador no afilia al respectivo trabajador al sistema no podrá desplazar ese riesgo, y será responsable de manera exclusiva en el asunto.

⁵⁹ CSJ SL Sentencia del 22 julio. 2008, expediente 34270.

Sin embargo, a pesar de que en esta ocurrencia el Sistema sería un tercero totalmente ajeno a la situación sin deber alguno de tener que responder por una omisión no imputable a este, resulta posible que mediante lo que se denomina un cálculo actuarial (capital necesario para financiar una pensión), el Sistema asuma el pago periódico de la respectiva prestación siempre y cuando quien fuere su empleador le transfiera a Colpensiones la referida suma de dinero. La anterior suma surge en virtud de lo señalado en el literal d) del párrafo primero del artículo 9° de la citada Ley 797 de 2003, por la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 100, donde se deja constancia que se tendrá en cuenta, para efectos del cómputo de las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que por omisión, no hubieren afiliado al trabajador, siempre y cuando el empleador traslade, con base en un cálculo actuarial, la suma correspondiente al lapso en el cual no estuvo cotizando, a satisfacción de la entidad administradora.

En últimas, el procedimiento para que la entidad administradora pueda conmutar el tiempo en el cual un empleador no efectuó las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se reduce a una solicitud que el patrono negligente deberá elevar a la Administradora de Pensiones que haya elegido el trabajador, Colpensiones o alguno de los fondos privados legalmente facultados para desarrollar este tipo de actividades, consistente en la elaboración del respectivo cálculo actuarial (por las semanas en que el particular trabajó y no fueron cotizadas por la falta de afiliación). De esta manera, una vez efectuada la liquidación, deberá el empleador proceder a cancelar el valor respectivo, toda vez que de lo contrario la entidad administradora no conmutará el tiempo no cotizado, para el reconocimiento de la pensión de vejez, pues como se expuso, por la falta de afiliación sería un tercero completamente ajeno al asunto.

27. Sin embargo, puede ocurrir que la persona que solicita el reconocimiento pensional no haya laborado el tiempo suficiente para poder llevar a cabo el anterior procedimiento. En este caso deberá entonces realizarse una nueva distinción: si el motivo de su desvinculación laboral con el empleador que omitió afiliarlo al sistema ocurrió por una renuncia voluntaria, este último podrá trasladar a Colpensiones el valor de las sumas correspondientes a los meses, e incluso años, en que dejó de cumplir con su obligación y consecuentemente la persona laboró en dichas condiciones de no cotización. Por otra parte, si el vínculo laboral fue terminado unilateralmente además careciendo de una justa causa para tomar dicha decisión, en caso de demostrarse que el trabajador prestó sus servicios por más de diez (10) años se configurará la denominada pensión sanción a cargo del empleador, que en todo caso podrá transferirla a Colpensiones con el pago de la reserva actuarial, este evento está consagrado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

“ARTICULO 133. Pensión-sanción. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así: El trabajador no

afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o 55 años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o 50 años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

PARAGRAFO 1. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARAGRAFO 2. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales”.

Entonces, el trabajador tiene derecho a que el mencionado empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tenía cumplidos sesenta (60) años de edad, en el caso de los hombres, y cincuenta y cinco (55) años de edad en el caso de las mujeres, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido, siempre que hubiere laborado para un mismo empleador más de diez (10) años, y menos de quince (15), además de constatar que el retiro se produjo por despido sin justa causa. Finalmente, si efectivamente medió una justa causa para terminar un vínculo laboral en estas condiciones de no afiliación, el amparo de los derechos fundamentales del actor, particularmente el mínimo vital y la seguridad social, se garantizará a través de las indemnizaciones sustitutivas de pensión, ya que el hecho de no acreditar los requisitos para obtener una prestación periódica de esta índole y no poder continuar laborando para alcanzarlos, no implica que los derechos pensionales se extingan a favor del trabajador.

28. En conclusión, existen una serie de normas que regulan la afiliación de los trabajadores dependientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que son de obligatorio cumplimiento no solo para los empleadores sino también para las Administradora de Pensiones, independientemente del régimen en que se esté cotizando. Por ende, independientemente de a quien sea imputable la falta de cotización de unas semanas laboradas por un trabajador al Sistema, nunca le serán trasladables a este los efectos nocivos de esta situación. En otras palabras, la falta de afiliación al sistema, u omisión total, y la mora en el pago de los aportes de un trabajador afiliado, independientemente de si la Administradora ha efectuado la reclamación al empleador, jamás constituirán una situación dañosa para los trabajadores, puesto que como fue expuesto, en cada de uno de dichos contextos la responsabilidad por esas sumas de dinero deberá ser asumida por aquel sujeto que omitió sus deberes legales, pero nunca por el trabajador individual. En síntesis, *“en el evento en que el empleador incurre en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes”*⁶⁰, y lo propio debe decirse de la falta de afiliación.

E. LA IMPOSIBILIDAD DE NEGAR EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN DE VEJEZ, POR HABER EXISTIDO MORA DEL EMPLEADOR EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES DE SUS TRABAJADORES, O FALTA ABSOLUTA DE AFILIACIÓN.

29. En virtud de lo expuesto anteriormente, resulta evidente que el efecto más negativo de todos los que eventualmente podrían trasladarse al trabajador sería la negativa del reconocimiento pensional por la mora en el pago de unos aportes que faltan para acreditar cumplido el requisito de tiempo laborado, o más aún por la falta de afiliación al sistema. Entonces, resulta lógico afirmar que ningún fondo o entidad administradora de pensiones puede negar el reconocimiento de una pensión de vejez con el argumento de la mora del empleador en el pago de los respectivos aportes de seguridad social, y en principio, tampoco por la falta de afiliación, solo que como se observó requerirá para ello el cálculo actuarial al que se hizo referencia, puesto que la mora no es justificación legal para negar el beneficio pensional.

30. Esta corporación en la sentencia T-398 de 2008, al analizar un caso en que un accionante de 71 años, a quien el Instituto de los Seguros Sociales (ISS), Seccional Valle, le negó el reconocimiento del derecho de pensión de vejez por encontrar mora del empleador en el pago de los aportes a seguridad social en el período 1980 a 1994⁶¹, consideró que, al omitir todas las semanas laboradas y pagadas en las cuales no cotizó quien fuere su patrono (Rest Toy San Ltda.), desconoció su atribución y obligación legal de exigirle al patrono el pago de los aportes pensionales, por lo que no le resultaría posible atribuirle

⁶⁰ Sentencia T-855/2011.

⁶¹ Laboró desde el 8 de julio de 1976 al 31 de diciembre de 1994, para un total de 812 semanas cotizadas.

ni al empleador, ni mucho menos al accionante el ejercicio de competencias que legalmente tiene el deber de ejercer. Así, según lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 100 de 1993, consideró la Corte que las Administradoras se encuentran obligadas a ejercer el respectivo cobro jurídico cuando se presente una mora por parte del empleador en el traslado de estos dineros recaudados, por lo que en ultimas, son estas empresas quienes tienen el deber de velar por que los empleadores estén al día en sus aportes, y no los trabajadores beneficiarios. Del fallo mencionado vale la pena destacar:

“la Corte Constitucional es reiterativa en considerar que los argumentos de entidades administradoras de pensiones son impropios y contrarios a la Constitución Política (artículo 13 y 46), cuando pretenden trasladar esa responsabilidad que les confiere la Ley a la parte más débil en la relación tripartita, que es el trabajador. Por tanto la mora del empleador en pago de los aportes de pensiones no es válida como justificación legal para negar el reconocimiento de la pensión de vejez. En efecto, habida cuenta de que el fin de la seguridad social es garantizar el sostenimiento de las personas que no pueden garantizarlo por recursos propios y atendiendo al hecho de que las entidades de seguridad y el empleador son los sujetos que tienen a su cargo la consolidación de las prestaciones sociales a favor del empleado, no sería lógico que frente al incumplimiento de los deberes de cualquiera de los últimos, quien tuviera que soportar los efectos negativos del mismo sea precisamente el beneficiario de todo el sistema”

En idéntico sentido, mediante la sentencia T-854 de octubre 12 de 2007, esta corporación sostuvo que *““Ha sido reiterada la posición jurisprudencial asumida por la Corte en relación con los casos en los que el empleador ha procedido extemporáneamente a efectuar los pagos por concepto de aportes pensionales, al advertir que dicha conducta morosa no puede incidir negativamente en el trabajador. Así, si un trabajador solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivencia, y los recursos que por concepto de aportes en pensión no han sido transferidos por su empleador a la entidad de aseguramiento en pensiones, al trabajador no se le podrá hacer extensivos los efectos negativos de la mora de su empleador. Además, de presentarse estas situaciones de extemporaneidad en el pago de los aportes, los fondos administradores de pensiones, cuentan con mecanismos jurídicos que les aseguren el pago oportuno de dichas sumas de dinero”*.

31. Ahora bien, cuando hay incumplimiento en el deber de afiliación por parte del empleador conlleva, como fue expuesto, la obligación de responder directamente por las prestaciones a sus trabajadores, pero sin embargo el Sistema General de Pensiones establece la posibilidad de conmutar los períodos no cotizados cuando por omisión el empleador no afilió al trabajador, siempre y cuando se traslade a la entidad administradora el monto que resulte

del cálculo actuarial correspondiente, habilitándose las semanas cotizadas para la pensión de vejez. Por ende, si se encuentran acreditados todos los requisitos para el reconocimiento pensional no podrá negarse esta situación so pretexto de una omisión en la afiliación, toda vez que la negativa o la negligencia del empleador en vincular al Sistema a un trabajador, no puede conllevar que este último vea truncada su posibilidad de acceder a las prestaciones económicas que ofrece el Sistema de Seguridad Social, como sería una pensión o una indemnización sustitutiva de ésta, ya que no es posible dejar de contar como requisito para acceder a una pensión de vejez las cotizaciones que el empleador no efectuó por incumplir su obligación de afiliación, razón por la cual no podrá oponer a quienes pretenden un reconocimiento pensional, la mora cuya configuración permitió al empleador asumir una actitud pasiva ante su propio incumplimiento.

En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha determinado que el empleador que omita afiliar a sus trabajadores al sistema pensional tiene la obligación de reconocer la prestación a la que hubiere lugar, en las mismas condiciones en que los hubiera hecho la administradora de pensiones, toda vez que el trabajador no tiene por qué asumir los perjuicios por la afiliación tardía o la omisión total. Así, analizando concretamente un caso en que el Banco de Bogotá no afilió a uno de sus trabajadores al ISS durante tres periodos diferentes⁶², concluyó que la negligencia del empleador constituye un grave perjuicio para el trabajador, toda vez que, impediría que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mínimas que exigen los reglamentos para ello. Entre sus motivaciones expuso que:

“el criterio de esta Sala es que dependiendo de la época en que se dejó de afiliar o no se satisficieron las cotizaciones que por ley debían realizarse, es decir, que si ello ocurrió antes o después de la vigencia del Decreto 2665 mencionado, la solución no podría, en principio, ser otra que la de asignar al empleador omisivo, la obligación de reconocer la prestación en las mismas condiciones a como lo hubiera hecho el ISS, pues lo contrario reñiría con los postulados generales del derecho del trabajo, aplicables a la seguridad social por así estar previsto en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, en tanto no puede el trabajador asumir los perjuicios que se derivan por la mora de su empleador en el pago de las cotizaciones, o por la no afiliación o por hacerse tardíamente (...) En el presente caso, el Banco demandado omitió la afiliación en tres períodos distintos mientras estuvo vigente la relación laboral, que sumaron 155 semanas según lo tuvo por demostrado el juez de segundo grado, y ello, sin lugar a dudas, frente al sistema de seguridad social constituye un grave perjuicio para el trabajador, en tanto la negligencia

⁶² Del 1 de agosto al 29 de septiembre de 1975, del 10 de enero de 1978 al 31 de marzo de 1980, y del 1 de julio de 1983 al 13 de febrero de 1984.

del empleador de no afiliarlo en tales períodos, en principio, impediría que sea dicho sistema el que asuma el riesgo de la vejez, por no acreditarse el número de semanas mínimas que exigen los reglamentos del Seguro Social”⁶³.

Adicionalmente agregó en el mismo pronunciamiento que “(...) el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003⁶⁴, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, Radicación N° 52395 25 estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore”, y que a pesar de que esta norma es posterior al tiempo durante el cual no fue afiliado el actor es perfectamente posible su aplicación en casos como en el analizado en dicha oportunidad.

32. Por ende, toda vez que la seguridad social es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, el incumplimiento de las obligaciones que el sistema normativo impone en la materia en cabeza de los empleadores será sancionado, al no ser la negligencia o la arbitrariedad de los patronos una causal justificativa para dejar desamparados a los trabajadores en cuanto a sus expectativas pensionales legítimas. Por lo anterior, cuando un empleador omite afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social Integral, lo cual en teoría debió haber hecho desde el momento de su vinculación, y consecuentemente no realice los aportes mensuales al sistema, de acuerdo a lo devengado por los trabajadores dentro de los términos legales durante la vigencia del contrato; deberán responder con su propio patrimonio por no haber afiliado al trabajador, en el momento que este reclame su derecho pensional y no tenga cobertura en las entidades administradoras por esta causa no imputable a este último.

33. En este orden de ideas se concluye que no resulta posible negar el reconocimiento de una pensión en caso de acreditarse los requisitos legalmente establecidos para ello, bajo el argumento que el trabajador no fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, y en el mismo orden de ideas, cuando los requisitos no se encuentren habilitados no podrá negarse el pago de la indemnización sustitutiva si no existió afiliación del trabajador por parte de su empleador, toda vez que como fue suficientemente

⁶³ CSJ SL Sentencia del 05 de noviembre de 2014, Radicación N° 52395.

⁶⁴ PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. **d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieron afiliado al trabajador.** e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (...)

expuesto resulta imposible trasladar a los trabajadores los efectos negativos por la no afiliación.

F. EL RECONOCIMIENTO EXCEPCIONAL DE LA PENSIÓN DE VEJEZ POR VÍA DE TUTELA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

34. Existe en el ordenamiento jurídico nacional una regla general según la cual la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y el carácter legal de las prestaciones pensionales determina la improcedencia de la primera, que no podrá desplazar ni reemplazar los mecanismos ordinarios consagrados en la ley para hacer valer los derechos solicitados a través de este amparo de naturaleza constitucional y preponderantemente excepcional. Sin embargo, cuando no reconocer un derecho de índole pensional pueda llevar a vulnerar un derecho fundamental, el análisis del asunto adquiere una connotación constitucional, donde el juez de tutela deberá determinar si los medios judiciales existentes son o no eficaces para la protección de estos derechos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del solicitante, o si por otra parte la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable y de esta manera conceder el amparo de manera transitoria.

Puesto lo anterior de presente, cuando se deban valorar las condiciones particulares de los accionantes, cobra gran importancia la edad que estos tengan, toda vez que en reiteradas oportunidades ha manifestado esta corporación que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional, y por ende, cuando acudan a la acción de tutela para reclamar sus derechos pensionales, generalmente por la misma vejez, “*el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema*”⁶⁵, lo cual no implica considerarla por el solo factor de la edad como procedente. La importancia de este análisis especial de procedibilidad de la acción ha sido objeto de análisis por parte de esta Corte, que ha manifestado al respecto que:

“(...) someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a un adulto mayor con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder a un trabajo, resulta muy gravoso para él, con serios perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar, menguando su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, de personas cuyo derecho a la vida en

⁶⁵ Sentencia T-456/2004.

*condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadas*⁶⁶.

En este orden de ideas, será procedente como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, y se presumirá inidóneo justamente cuando el accionante sea un adulto de la tercera edad, particularmente cuando supere el promedio de vida nacional (71 años), puesto que desafortunadamente es muy probable que la persona no siga con vida al momento de quedar en firme una decisión con pretensiones de esta clase debatidas en el marco de un proceso laboral ordinario, que en promedio está tardando más de seis (6) meses en proferir una decisión tan solo en primera instancia, dado que la congestión judicial impide la toma de decisiones en términos más cortos a pesar de la implementación del sistema oral, lo cual sin duda alguna constituiría un perjuicio irremediable. Al respecto, recientemente la sentencia de tutela 045 de 2016, reiteró que:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, como regla general, la acción de amparo constitucional es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de derechos pensionales. No obstante, tratándose de personas de la tercera edad, la acción de amparo se convierte en un mecanismo principal de protección de sus derechos, cuando se acreditan el resto de los requisitos señalados en la jurisprudencia de esta Corporación, referentes (i) a la afectación del mínimo vital o de otros derechos constitucionales como la salud, la vida digna o la dignidad humana, (ii) a la demostración de cierta actividad administrativa y judicial desplegada por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iii) a que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”.⁶⁷

35. Lo hasta aquí dicho, no constituye una creación jurisprudencial de la presente providencia, sino que como se evidencia ha sido un entendimiento del asunto que ha venido reiterando consistentemente esta corporación, precisamente como excepción a la regla general de la improcedencia de la acción de tutela para este tipo de pretensiones. Ejemplo de lo anterior, es lo expuesto en la sentencia T-043 de 2008, donde, analizando el caso de un accionante de 71 años de edad que laboró desde el 8 de julio de 1976 al 31 de diciembre de 1994, y al momento de solicitar su pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales esta le fue negada al considerar la entidad que el actor no cumplía con los requisitos legales para ello, así la Sala Sexta de Revisión consideró frente a la procedencia de la solicitud mediante el ejercicio de la acción de tutela que:

⁶⁶Sentencia T-001/ 2009.

⁶⁷ Sentencia T-045/2016.

*“La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión, en la medida en que ese derecho no es fundamental, al no tener aplicación inmediata, puesto que necesita el lleno de unos requisitos definidos previamente en la ley. Sin embargo, este tribunal Constitucional ha contemplado de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho de pensión siempre y cuando el desconocimiento de aquel comprometa el núcleo esencial de un derecho fundamental (...) Conforme a las consideraciones expuestas, la acción de tutela procederá para solicitar el reconocimiento de una pensión de vejez siempre que la negativa implique conexidad con un derecho de naturaleza fundamental y esté de por medio la protección efectiva de los sujetos de especial protección. Los efectos de la protección podrán ser transitorios o definitivos, subordinados a las reglas que rigen el perjuicio irremediable o si se acredita que la procedimiento jurídico correspondiente resulta ineficaz por las condiciones específicas de cada caso”.*⁶⁸

36. Así las cosas, además del análisis de la aptitud que los instrumentos judiciales ordinarios tengan para el efecto en cada caso concreto, deberá el juez de tutela valorar las circunstancias particulares que enfrentó el accionante en aras del reconocimiento de su derecho, lo que implica analizar el panorama fáctico y jurídico que sustenta la solicitud de amparo relativa al reconocimiento pensional. De esta manera, deberán ser tenidos en cuenta una serie de elementos no taxativos que ha enunciado esta Corte, tales como *“el tiempo transcurrido desde que formuló la primera solicitud de reconocimiento pensional, su edad, la composición de su núcleo familiar, sus circunstancias económicas, su estado de salud, su grado de formación escolar y su potencial conocimiento sobre sus derechos y sobre los medios para hacerlos valer son algunos de los aspectos que deben valorarse a la hora de dilucidar si la pretensión de amparo puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, la complejidad intrínseca al trámite de esos procesos judiciales amerita abordarla por esta vía excepcional, para evitar que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada”*⁶⁹, igualmente no debe olvidarse que el carácter de sujetos de especial protección constitucional de quien reclame el derecho pensional hará más flexible el análisis de procedibilidad formal de los amparos constitucionales, pero que la mera condición de estas personas no los exime de su deber de haber intentado obtener, por lo menos con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca a través de la vía administrativa, es decir, que hayan hecho reclamaciones previas a las entidades encargadas de reconocer este tipo de

⁶⁸ Sentencia T-239/2008.

⁶⁹ Sentencia T-079/ 2016.

prestaciones, y que estas hayan negado el derecho, lo que constituiría un importante motivo adicional para acudir a la tutela.

37. Finalmente vale la pena señalar que “(...) *en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad*”⁷⁰. En este orden de ideas, el juez de tutela deberá siempre analizar las condiciones particulares y familiares de quién reclame un derecho pensional mediante este tipo de acciones, no pudiendo limitarse a rechazar la solicitud de plano por la mera existencia de mecanismos ordinarios para este tipo de reclamaciones, sino que deberá de acuerdo a un análisis fáctico minucioso determinar si resulten idóneas y efectivas para proteger al accionante, y solo de esta forma podrá determinar la improcedencia, o la procedencia definitiva o transitoria del amparo en cada uno de los casos, pues como se evidenció no existe en el asunto un criterio o requisito estricto de análisis para estos asuntos que parecieran vulnerar derechos fundamentales.

G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Expediente T – 5.931.930

38. Después de todas las consideraciones expuestas se recapitula que el señor Juan Clímaco Ríos Ramírez tiene 77 años de edad y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, por cuanto el Municipio de El Águila (Valle) le negó el reconocimiento del derecho de pensión de vejez a pesar de haber laborado para dicha entidad territorial por más de 12 años, toda vez que a pesar de no haberlo inscrito al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones considera que debe debatir su controversia ante el juez laboral ordinario, en idéntico sentido el fondo pensional Porvenir S.A. negó la misma solicitud por nunca haber sido afiliado a la entidad y así no tener con el accionante vínculo alguno. Como se indicó, la acción de tutela procede excepcionalmente para estos casos, solo si el desconocimiento del derecho de pensión, que es de tipo prestacional, vulnera por conexidad un derecho de tipo fundamental, como son el mínimo vital y seguridad social de una persona que es catalogada como un sujeto de especial protección por pertenecer a la tercera edad.

39. En este orden de ideas, se tiene probado lo siguiente:

⁷⁰ Sentencia T- 668/ 2007.

i) Que el actor nació el 25 de enero de 1940, por lo que en la actualidad tiene 77 años. En consecuencia es un sujeto de especial protección por pertenecer a la tercera edad, ya que según lo afirma la jurisprudencia de esta Corte: *“Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho. Por supuesto que el Juez de Tutela debe hacer un equilibrado análisis en cada caso concreto, no olvidando que en el momento de transición institucional que vive el país, es posible una demora en las decisiones judiciales. O sea, no se puede adoptar una solución mecánica para todos los casos sino que debe analizarse individualmente a cada uno de ellos”*⁷¹.

(ii) Que el accionante, además de tener una edad considerable, sufre de graves dificultades lumbares, que no solo le afectan su movilidad e impiden desarrollar actividades físicas por extensos periodos de tiempo, sino que además le producen intensos dolores que empeoran con el paso del tiempo, situación además agravada con su cuadro gastroenterológico que demuestra que no solo sufre de ulcera sino ataques constantes de gastritis crónica, situación que podría empeorar si se llega a determinar que efectivamente presenta anomalías cardíacas como lo afirma en su escrito de tutela .

(iii) Que manifestó ser una persona de escasos recursos para satisfacer sus necesidades básicas, que le resulta imposible conseguir un empleo no solo por su avanzada edad, sino porque por expresa incapacidad médica está obligado a guardar reposo y se encuentra imposibilitado para desarrollar actividades físicas por largos periodos de tiempo, por lo que entiende la Sala que no le es físicamente factible encontrar un trabajo aunque sea de medio tiempo que pueda generarle por lo menos algún ingreso mínimo para sufragar sus necesidades más básicas.

40. Así las cosas, teniendo en cuenta las condiciones de salud, edad y económicas del accionante, es evidente la situación de riesgo o peligro de sufrir un perjuicio irremediable. En efecto, si se analizan en conjunto las circunstancias del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez, como ya fue oportunamente advertido resultaría ineficaz someter el caso al proceso ordinario, en la medida que aquel sería inoportuno para garantizar los derechos fundamentales invocados, puesto que se probó en debida forma la ausencia de medios económicos, estar en delicadas condiciones de salud, que no parecen tener un diagnóstico de mejora, así como tener una edad avanzada,

⁷¹ Ver sentencias T-456/94, T-529/05, T- 149/2007, entre otras.

indicios que le permiten deducir a la Sala que no podría subsistir de manera digna el tiempo que tarde un litigio ordinario como lo propone la Alcaldía accionada. Más aún cuando en este caso concreto el demandante tendría que soportar la duración del proceso ordinario sin contar con un medio de subsistencia, pues lo que sería objeto de demanda es, precisamente, su pensión o en su defecto la indemnización sustitutiva de ésta.

Por lo anterior, la Sala reitera la procedencia de la tutela interpuesta por el señor Juan Clímaco Ríos Ramírez como mecanismo definitivo, dadas las condiciones de enfermedad, pobreza y edad del accionante, como consecuencia de evidenciarse una conexidad entre el derecho de pensión de vejez y los derechos fundamentales a la vida y la seguridad social de una persona de la tercera edad, así como la afectación en su mínimo vital. En este sentido, debe dejarse claro que la tutela procede ante la ineficacia del medio ordinario, a la que se ha hecho alusión, y no por el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, criterio adicional que debe valorar el juez constitucional. Lo anterior, toda vez que cuando ocurre lo primero el remedio será, como en este caso, definitivo, mientras que en la segunda circunstancia la solución judicial es transitoria.

41. La Corte Constitucional ha señalado que cuando un trabajador labora de manera continua o discontinua para un mismo empleador, por determinado tiempo y nunca fue afiliado al régimen pensional, podría el empleador ser condenado a pagar directamente y de manera vitalicia una pensión al trabajador, en los mismos términos en que lo hubiese pagado el Fondo de Pensiones o la Administradora de Pensiones dependiendo del régimen, lo que se denomina pensión sanción, castigo que es aplicable tanto para empleadores públicos o estatales, como particulares, ya que la Ley 100 de 1993 en su artículo 15, dispuso expresamente que *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos”* deberán ser afiliados de manera obligatoria al Sistema General de Pensiones.

Por consiguiente, podrá el empleador ser condenado a reconocer y consecuentemente pagar una pensión sanción por su grave negligencia, cuando se acredite de manera conjunta *“(i) la existencia de un contrato de trabajo (ii) la vigencia de la relación laboral, superior a diez años (iii) la ausencia de la afiliación al régimen de seguridad social en pensión y por lo tanto la omisión del pago de los aportes (iv) la terminación del contrato sin justa causa (v) el cumplimiento de la edad según el tiempo de servicio prestado, de 10 a 15 años, debe acreditar la edad de 60 años si es hombre y 55 años si es mujer y para una vigencia superior a 15 años, la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer”*⁷², conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

42. Analizando la acreditación de los anteriores requisitos en el caso del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez se tiene que: (i) evidentemente existió un contrato de trabajo entre la Alcaldía del municipio El Águila (Valle del Cauca) y el

⁷² Sentencia T-014/2015.

actor, vinculación laboral que consta en las actas de posesión: N° 20 del 19 de febrero de 1989, N° 008 del 15 de mayo de 1991, y N° 001 del 07 de enero de 1993 donde se nombró a este sujeto en diferentes cargos entre ellos los de caminero y guardián de la cárcel local. (ii) la relación laboral efectivamente duró más de 10 años, iniciando el día 19 de febrero de 1989⁷³ y terminando el 01 de agosto de 2001, se encuentra superado este presupuesto al tenerse una vigencia superior a doce (12) años. (iii) En el mismo orden de ideas, se tiene suficientemente probado no solo por las afirmaciones del accionante en su escrito de tutela y la respuesta emitida a este por parte de Porvenir S.A., sino también por expresa constancia de la entidad territorial accionada que el señor Ríos Ramírez nunca fue afiliado al Sistema General de Seguridad en Pensiones a pesar de la obligación que tenía la Alcaldía municipal de llevar a cabo este procedimiento, y a pesar de encontrar en sus propios archivos que existía una solicitud de afiliación al fondo Porvenir S.A. en donde el accionante instaba a su entonces empleador para que lo afiliara a dicha sociedad⁷⁴. (iv) Además, está demostrado que a la fecha de su despido el accionante tenía 61 años de edad, y al haber laborado para dicha entidad por un periodo comprendido entre 10 y 15 años acredita el requisito de edad necesario para poder ordenar el reconocimiento de la pensión sanción desde la fecha de su recisión a cargo de la Alcaldía⁷⁵. (v) Finalmente, frente a la justa causa para la terminación del contrato y consecuente retiro del señor Ríos Ramírez, se tiene que la entidad territorial motivó dicha decisión en *“la difícil situación que atraviesa el País”*⁷⁶, en virtud de la cual *“han descendido los ingresos tributarios y no tributarios, afectando con esto el Municipio, razón por la cual se deben suprimir cargos y por ende prescindir de las personas que los ocupan”*⁷⁷. Considera la Sala que en el caso analizado no existió un motivo válido para desvincular al accionante de su cargo, ya que si bien la entidad territorial podía adoptar una decisión de esa índole requería para esos efectos una argumentación más generosa y completa que explicara con razones más específicas por qué motivo adoptó la decisión de prescindir de los servicios de un sujeto que no solo tenía una edad avanzada en ese entonces, sino que además tenía importantes afectaciones de salud conocidas por la entidad empleadora al punto de haberle cambiado las funciones para que pudiera cumplirlas con sus nuevas limitaciones patológicas, e igualmente esto ya que debe reiterarse que se trata de un caso en que existe una manifiesta omisión por parte de la Alcaldía en afiliar al accionante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; situaciones que en ultimas impiden tomar una decisión adecuada a los parámetros constitucionales basándose solamente en una supuesta dificultad fiscal que atravesaba Colombia en ese entonces, sin aclarar tampoco si el cargo fue efectivamente suprimido o no o si sencillamente se adujo un motivo genérico para retirar al señor Ríos Ramírez del cargo que ocupó por tantos años. Por lo anterior, se tiene cumplido el

⁷³ Acta de posesión No. 20 de idéntica fecha.

⁷⁴ En el folio 6, en la contestación que el señor Alcalde Municipal hace a la petición radicada en la entidad el 19 de enero de 2016, manifiesta: *“(...) tuve acceso a una solicitud de vinculación al fondo de pensiones PORVENIR, diligenciada en mayo 30 de 1998 (...)”*. Igualmente, hay prueba de haber diligenciado un formulario con idéntica fecha en el folio 2.

⁷⁵ Fue retirado del cargo el 01 de agosto de 2001 mediante la Resolución N° 073 de esa misma fecha, y nació el 25 de enero de 1940.

⁷⁶ Folio 100.

⁷⁷ *Ibidem*.

último de los requisitos al no existir una justa causa para el retiro del accionante de su cargo, y con esto se encuentran satisfechos todos los presupuestos necesarios para que pueda configurarse una pensión sanción a cargo del Municipio de El Águila (Valle del Cauca).

43. Ahora bien, en lo que respecta a la cuantía de la pensión que se reconocerá mediante esta sentencia al señor Ríos Ramírez, conforme a la norma que consagra este tipo de prestaciones sancionatorias, ésta será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al accionante en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida. Por lo que se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios prestados a la entidad territorial, después de la debida actualización con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, teniendo en cuenta que fue retirado de su cargo hace más de quince (15) años.

44. Sin embargo, a pesar de que la norma expone que el beneficiario de esta medida tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione a partir del momento en que el actor acreditó el cumplimiento de todos los requisitos legales dispuestos para ello, que puede o no coincidir con la fecha de terminación de su relación laboral (momento del despido), y no se pone en duda el alto de grado de negligencia con que actuó de manera continua la Alcaldía condenada al reconocimiento y pago de la pensión sanción, no puede la Sala ordenar el pago retroactivo de todas las mesadas pensionadas dejadas de percibir desde agosto de 2001, toda vez que si bien la pretensión reclamada no está sujeta a prescripción, sí lo están las mesadas que se causen y que no se reclamaron oportunamente, no pudiéndose por tanto restringir la declaratoria en comento, al término trienal, pero sí las mesadas a las que se hace referencia. En otras palabras, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo⁷⁸: “(...) *en tratándose de la pensión sanción, lo susceptible de extinguirse por el fenómeno de la prescripción, son los derechos que se derivan de la finalización del contrato de trabajo y no la acción para obtener una determinada declaración judicial*”⁷⁹. En este sentido la prescripción extintiva sólo tiene efectos respecto de los derechos que puedan derivarse del retiro injustificado, a saber, la indemnización de perjuicios, el reintegro del trabajador y las mesadas de la pensión proporcional de jubilación que no fueron cobradas oportunamente, pero nunca la posibilidad de reclamar la pensión sanción. Por ende, solamente se ordenará el pago retroactivo de las mesadas pensionales a partir de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha en que el señor Ríos Ramírez presentó su reclamación ante la entidad territorial accionada, esto es el 19 de enero de 2016, ya que para todas las mesadas causadas con anterioridad a

⁷⁸ **ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

⁷⁹ Sentencia del 15 de septiembre de 2004, Radicado: 22627.

dicho momento operará la regla general de la prescripción trienal en esta materia, considerando el tiempo transcurrido entre el retiro, la acreditación de los requisitos y la reclamación en sede administrativa y, posteriormente judicial que en esta oportunidad revisó la Sala.

45. Finalmente, debe hacerse la aclaración frente a la situación de Porvenir S.A. como entidad accionada en el caso en concreto, en el sentido de entender que al nunca haber sido vinculado al fondo el señor Juan Clímaco Ríos Ramírez, le quedaba a dicha entidad imposible ejercer las atribuciones que legalmente le han sido atribuidas como las acciones de cobro al empleador, toda vez que al no encontrarse el accionante dentro de las personas afiliadas a dicho fondo, este último es realmente un tercero completamente ajeno a la situación vulneratoria de los derechos fundamentales del actor por la negligencia de quien fue su empleador. Sin embargo, se aclara que si el Municipio de El Águila (Valle del Cauca) no quiere asumir directamente el pago de la pensión que le corresponde, tal y como fue expuesto en las consideraciones de la presente providencia podrá optar por pagarle a Colpensiones una suma proporcional a los aportes que debió haber hecho durante muchos años a favor del accionante que nunca afilió al Sistema General de Seguridad Social, para que sea esta última entidad quien con posterioridad a la recepción del monto resultante del cálculo actuarial quien pague mes a mes directamente al ex trabajador la pensión que se está reconociendo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Águila (Valle del Cauca), el cinco (05) de agosto de dos mil dieciséis (2016), y por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Cartago (Valle del Cauca) el 29 de agosto de dos mil dieciséis, mediante las cuales se negó el amparo solicitado, para en su lugar, **CONCEDER** la tutela como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez.

SEGUNDO.- RECONOCER a favor del señor Juan Clímaco Ríos Ramírez de manera definitiva una pensión de vejez como sanción a la entidad territorial accionada por su omisión en afiliar al accionante al sistema general de pensiones, y consecuentemente **ORDENAR** a la Alcaldía Municipal de El Águila (Valle del Cauca) que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, comience a pagar al señor Juan Clímaco Ríos Ramírez una pensión la cual deberá ser liquidada de forma proporcional al tiempo laborado, y teniendo en cuenta lo devengado en los últimos diez (10) años

de servicios. Dicha prestación deberá pagarse durante los cinco primeros días de cada mes, en la forma que indique el accionante. En el mismo sentido, **ORDENAR** a la misma entidad territorial pagar de manera retroactiva las mesadas pensionales dejadas de entregar desde los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha en que el señor Ríos Ramírez solicitó administrativamente el reconocimiento pensional, esto es, el 19 de enero de 2016, por lo que todas las mesadas causadas con anterioridad se considerarán prescritas, y hasta el momento del comienzo del pago efectivo de la pensión reconocida en la presente sentencia.

TERCERO.- CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016), y por el la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016), en las que se negó por improcedente el amparo interpuesto por la señora Rosalba Piza Remicio.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General

