Sentencia T-251/22

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Consecuencias del incumplimiento del deber de afiliación y cotización para trabajadores dependientes e independientes

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia de tutela, por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad

Siempre que no sea posible advertir el cumplimiento sumario de los requisitos legales para acceder a la pensión solicitada, el juez de tutela deberá declarar la improcedencia de la acción, para que el asunto, por su carácter litigioso, sea sometido a la decisión de los jueces ordinarios de la causa, previo desarrollo de un proceso en el que se brinde a todas las partes la posibilidad de concurrir, presentar sus argumentos, solicitar pruebas, y controvertir la determinación que se adopte.

Referencia: Expediente T-8.226.417

Acción de tutela instaurada por Claudia Elena Rojas González, actuando como agente oficiosa de su hijo, Juan Camilo Leal Rojas, en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera 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

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, el 14 de octubre de 2020 por el Juzgado 51 Civil Municipal de Bogotá y, en segunda instancia, el 18 de noviembre del año en cita por el Juzgado 11 Civil del Circuito de la misma ciudad, correspondientes al

trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por la señora Claudia Elena Rojas González, obrando como agente oficiosa de su hijo, el señor Juan Camilo Leal Rojas (en adelante "JCLR"), en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (en adelante, "Porvenir").

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La demandante acude a la acción de tutela para solicitar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de su hijo JCLR, los cuales, a su juicio, están siendo vulnerados por Porvenir, como consecuencia de la decisión de negar a este último el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

A. HECHOS RELEVANTES

1. La peticionaria indica que, como consecuencia de un accidente de tránsito sufrido el 4 de diciembre de 2016 mientras conducía una motocicleta, su hijo quedó con secuelas que dieron lugar al inicio de un proceso para definir el grado de afectación en su capacidad laboral. Tal actuación concluyó con la fijación de una pérdida del 86.14%, siendo calificada de origen común y con fecha de estructuración del 31 de mayo de 20171, según dictamen expedido el 7 de diciembre de dicho año por Seguros Vida Alfa S.A. A partir de ese momento, según afirma, se han otorgado algunas incapacidades que han sido cubiertas por Medimás EPS2.

1. A raíz de lo anterior, la accionante solicitó a Porvenir el reconocimiento de la pensión de invalidez de su hijo. No obstante, alega que dicho fondo "ha colocado innumerables trabas",

obligándola a recurrir a la acción de tutela en múltiples oportunidades. De hecho, en una ocasión, exigió que JCLR debía ser declarado interdicto, a lo cual un juez de tutela le ordenó a Porvenir no exigir tal requisito por no estar previsto en la ley, con miras a iniciar el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez3.

1. Según relata la actora, el día 29 de noviembre de 2019 presentó una nueva solicitud pensional ante Porvenir, al haber agotado todos los trámites exigidos para el efecto. Sin embargo, en comunicación de fecha 14 de febrero de 2020, la entidad accionada negó la solicitud, aduciendo que "no se encontró acreditado el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez"4. Para el fondo demandado, JCLR solo cuenta con 33 semanas cotizadas en ese tiempo, pues "los pagos realizados como extemporáneos, es decir, después de la fecha de estructuración, no son tenidos en cuenta para la prestación de invalidez"5.

1. Con posterioridad, el 24 de febrero de 2020, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la referida comunicación6. Sin embargo, para el momento de interposición de la acción de tutela no se había dado respuesta alguna.

1. Debido a lo anterior, el 29 de septiembre de 2020, la señora Rojas González promovió la acción de tutela de la referencia, con el propósito de que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y vida digna de su hijo, y se ordene el reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama, pues, en su criterio, si cumple con el requisito de 50 semanas cotizadas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Al respecto, señala que deben contabilizarse todas las semanas cotizadas en su historia laboral, teniendo en cuenta los aportes correspondientes a los doce meses de 2016, los cuales fueron realizados por JCLR de forma extemporánea el día 3 de agosto de 2017 y fueron recibidos sin objeción por parte de la administradora.

1. Adicionalmente, se alega que JCLR se encuentra en una situación de extrema de vulnerabilidad, dado que, desde el momento en que ocurrió el accidente, prácticamente depende del ingreso que recibe la accionante, quien trabaja como empleada doméstica. Por último, se destaca que, a partir del mes de agosto de 2018, JCLR no recibe el pago de incapacidades por parte de su empleador7.

A. RESPUESTAS A LA ACCIÓN DE TUTELA

1. En auto del 1° octubre de 2020, el Juzgado 51 Civil Municipal de Bogotá admitió la acción de tutela y vinculó a Medimás EPS S.A.S y a Seguros Vida Alfa S.A., con miras a que se pronunciaran sobre los hechos objeto de demanda.

Respuesta de Porvenir

1. En escrito del 3 de octubre de 2020, Porvenir solicitó declarar improcedente la acción de tutela, al considerar que JCLR no interpuso los recursos de ley para controvertir la fecha de estructuración establecida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral. En esta medida, considera que la accionante debe acudir a la Jurisdicción Ordinaria para ejercer la defensa de los derechos que reclama a favor de su hijo, en virtud del principio de subsidiariedad.

1. En todo caso, el ente accionado considera que su conducta se ha ceñido a las disposiciones legales vigentes en la materia, de suerte que no ha vulnerado los derechos fundamentales de JCRL. En este sentido, expone que la decisión de negar la pensión de invalidez obedece al incumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 (modificatorio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993), específicamente, el de haber cotizado 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

1. En línea con lo anterior, explicó que en un estudio realizado a la historia laboral de JCLR, se pudo advertir que realizó la cancelación de aportes pensionales de forma extemporánea, esto es, entre la fecha de ocurrencia del siniestro y aquella en que se profirió el dictamen de invalidez (en concreto, se trata del 3 de agosto de 2017). Por ello, y en atención al principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución, no se puede obligar a las administradoras de pensiones a reconocer unas prestaciones para cubrir un riesgo respecto del cual no se realizaron las cotizaciones de manera regular. De hacerlo, se estaría "premiando al empleador incumplido" y castigando a los fondos, pues ellos tendrían que cubrir un riesgo respecto del cual "no se cuenta con un capital que permite financiar [la] prestación que se pretende"8.

1. Finalmente, aclara que cuando se presenta mora en la realización de los aportes, la persona no queda desamparada, sino que la obligación se revierte al empleador que haya incumplido sus deberes de afiliación y pago de aportes al Sistema General de Pensiones.

Respuesta de Medimás EPS S.A.S

1. En escrito remitido el 14 de octubre de 20209, Medimás EPS solicitó su desvinculación del trámite judicial por falta de legitimación en la causa por pasiva. Lo anterior, en atención a que el reconocimiento y pago del derecho a la pensión de invalidez es competencia de Porvenir, y no de una Entidad Promotora de Salud, la cual se limita a organizar, garantizar y prestar el plan de coberturas en salud, para que sus afiliados pueden acceder a los servicios que sean requeridos.

Respuesta de Seguros Vida Alfa S.A.

1. El apoderado general de Seguros Vida Alfa S.A. solicitó declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las pretensiones invocadas envuelven el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez cuya competencia es exclusiva de las administradoras de pensiones, y no de una compañía aseguradora como lo es su representada. Por lo demás, la tutela no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que el amparo fue presentado tres

años después de la ocurrencia del siniestro, lo que demuestra una falta de interés por parte del accionante en ejercer la defensa de sus derechos.

1. Respecto a la participación en los hechos del caso, Seguros Vida Alfa S.A. manifestó que no vulneró ningún derecho fundamental, comoquiera que su deber está limitado a determinar la pérdida de capacidad laboral de sus afiliados, lo que, a su juicio, ya cumplió en el presente asunto. En efecto, tras haber recibido la solicitud de valoración por parte de JCLR, el Grupo Interdisciplinario de Calificación de la aseguradora fijó un porcentaje de 86.14% de PCL, con fecha de estructuración del 31 de mayo de 2017, mediante dictamen de fecha 7 de diciembre de ese año. Añadió que tal determinación se encuentra en firme, debido a que el accionante no presentó ningún recurso para controvertirla.

1. Por último, sostiene que en los eventos en que se niega una pensión de invalidez, el asegurado en el sistema puede aplicar a la devolución de saldos, figura que le permite reclamar la totalidad de los recursos abonados en su cuenta individual de ahorro pensional.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia del Juzgado 51 Civil Municipal de Bogotá

1. En sentencia del 14 de octubre de 2020, el Juzgado 51 Civil Municipal de Bogotá declaró la improcedencia del amparo, con el argumento de que no se cumple con el requisito de subsidiariedad. En criterio de esta autoridad judicial, el transcurso de más de tres años desde la fecha estructuración de la invalidez, sumado a la ausencia de pruebas en el expediente que demuestren las necesidades económicas de JCLR, permiten concluir que los otros mecanismos de defensa judicial resultan idóneos para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

1. En este sentido, sostuvo que esta controversia debe ser dirimida a través de un proceso ordinario laboral, escenario en el que se tendrá que valorar si hubo o un allanamiento a la mora en la realización de los aportes por parte de Porvenir, o si la tardanza fue consecuencia de la renuencia del afiliado.

Impugnación

1. Inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia, la accionante presentó escrito de impugnación en el que describió la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra JCLR. Con este propósito, por una parte, explicó que el sustento de su núcleo familiar –compuesto por su hijo y los dos hijos de él– depende exclusivamente de los ingresos devengados por ella como empleada doméstica; y, por la otra, que no cuenta con un mínimo vital para soportar el aislamiento derivado del COVID-19, ni para esperar la culminación de un proceso ordinario laboral. Por lo tanto, afirmó que, al negar la pensión de invalidez, Porvenir le está causando un grave perjuicio a JCLR10.

Segunda instancia: sentencia del Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá

1. El 18 de noviembre de 2020, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la improcedencia de la presente acción de tutela. Así, en primer lugar, consideró que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, por cuanto el accionante tiene a su disposición mecanismos ordinarios idóneos y eficaces para reclamar la protección de sus derechos. Más aún, cuando advierte que la entidad accionada no desconoce el grado de pérdida de capacidad laboral de JCLR. A lo anterior agrega que no se acredita la configuración de un perjuicio irremediable o la afectación del mínimo vital.

1. En segundo lugar, la citada autoridad judicial consideró que tampoco se cumplió con el requisito de inmediatez, toda vez que, desde el 14 de febrero de 2020, fecha en la cual

Porvenir expidió la comunicación mediante la cual negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, transcurrieron 7 meses y 15 días hasta la presentación del escrito de tutela. Así las cosas, el amparo no se interpuso dentro de un término razonable, que refleje una urgencia en su solución.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Auto de pruebas y suspensión de los términos del presente proceso

1. El 20 de octubre de 2021, el magistrado sustanciador profirió auto en el que solicitó a la accionante ampliar los datos suministrados en el escrito de tutela, entre otros, con el fin de aclarar la información sobre la composición de su núcleo familiar, su situación económica, y los nombres de los empleadores de JCLR durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. De igual manera, se ofició a Porvenir para que aportara copia del historial de cotizaciones realizadas por JCLR a seguridad social. Por lo demás, en dicho auto se dispuso la suspensión de términos en el presente proceso.

Información suministrada por la accionante

1. En escrito recibido vía correo electrónico el 22 de noviembre de 2021, la accionante informó que su núcleo familiar está compuesto por “el Papa (sic) de Juan Camilo[,] el cual[,] en estos momentos y por problemas de salud[,] no puede trabajar; los tres niños de Juan Camilo que, aunque no viven con nosotros, se les debe ayudar económicamente, y yo su madre”11.

1. También manifestó que el único sustento económico de su núcleo familiar es el salario de $ 1.025.000 que ella recibe por desempeñar la labor de servicios generales para la Asociación Copropietaria Torreladera12. A su vez, afirmó que “[viven] en la casa de [su

progenitora] que es una vivienda familiar” y que ninguno de los miembros de su familia declara renta.

1. Finalmente, precisó que el último empleador de JCLR fue el señor Fernando Camargo en la empresa Servialianza DJ SAS en Liquidación, lugar en el que trabajó durante el año 2016 y el primer semestre de 2017, desempeñando el oficio de conductor. En desarrollo de dicha labor, y como retribución por sus servicios, recibía la suma de un salario mínimo. No obstante, tal y como se constata de la información recibida, no allegó ningún contrato o declaración juramentada que demostrara la vinculación laboral en los periodos indicados, ni constancia de ingreso que corrobora el monto del salario percibido.

Información suministrada por Porvenir

1. La Directora de Acciones Constitucionales de Porvenir adjuntó el informe consolidado de los aportes en la cuenta de ahorro individual de JCLR, con fecha del 10 de noviembre de 2021. Del reporte se observa lo siguiente13: (i) el actor cuenta con 37,5 semanas cotizadas entre mayo de 2014 y mayo de 201714, respecto de las cuales la obligación se cumplió en las fechas ordinarias previstas para el pago, tal y como se aprecia en el siguiente cuadro15:

Fecha de pago

Periodo

Pago

Razón Social

IBC

Días cotizados

Estado

2014/06/05

201405

Cortes Caños Ingenieros Civiles

528,000

22

Aprobado

2015/11/06

201510

Grúas y Servicios JRP SAS

558,437

26

Aprobado

2015/12/07

201511

Grúas y Servicios JRP SAS

644,350

30

Aprobado

2016/01/08

201512

Grúas y Servicios JRP SAS

107,392

Aprobado

2017/01/03

201612

Servialianza DJ SAS en liquidación

689,500

30

Aprobado

2017/02/06

201701

Servialianza DJ SAS en liquidación

738,000

30

Aprobado

2017/03/07

201702

Servialianza DJ SAS en liquidación

738,000

30

Aprobado

2017/04/04

201703

Servialianza DJ SAS en liquidación

738,000

30

Aprobado

2017/05/03

201704

Servialianza DJ SAS en liquidación

737,800

30

Aprobado

2017/06/06

201705

Servialianza DJ SAS en liquidación

737,800

30

Total de días cotizados

263

Total de meses cotizados

8,76

Total de semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez

37,516

1. Ahora bien, sobre la base de la misma información suministrada, (ii) también se observa que el 3 de agosto de 2017, JCLR pagó de manera extemporánea las cotizaciones correspondientes a la totalidad del periodo del año 2016, que van desde enero hasta diciembre de ese año, con la salvedad de que el pago realizado en el último de los meses en cita (periodo 2016-12), aparece con una doble cotización, toda vez que ya había sido pagado el día 3 de enero de 2017 por Servialianza DJ SAS en liquidación (como se constata en el cuadro anterior), por lo que tal periodo no se contabilizara, al duplicar las cotizaciones permitidas por la ley. Los demás pagos se relacionan en el cuadro que se expone a continuación:

Fecha de pago

Periodo

Pago

Razón Social

IBC

Días cotizados

Sanción

Estado

2017/08/03

201601

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

53,300

Aprobado

2017/08/03

201602

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

50,900

Aprobado

2017/08/03

201603

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

48,300

Aprobado

2017/08/03

201604

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

45,500

Aprobado

2017/08/03

201605

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

42,600

Aprobado

2017/08/03

201606

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

39,800

Aprobado

2017/08/03

201607

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

36,700

Aprobado

2017/08/03

201608

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

33,900

Aprobado

2017/08/03

201609

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

31,000

Aprobado

2017/08/03

201610

Leal Rojas Juan Camilo

690,000

30

27,800

Aprobado

2017/08/03

201611

Leal Rojas Juan Camilo

30

24,000

Aprobado

Total de días cotizados

330

Total de meses cotizados

11

Total de semanas cotizadas en agosto de 2017, que corresponden a la totalidad del año 2016

47,1917

1. Por lo demás, (iii) en virtud del mismo informe entregado por Porvenir, es posible evidenciar que aparecen aportes registrados a favor de JCLR, realizados a nombre propio (salvo 2 días por parte de Servialianza DJ SAS en liquidación), a partir del mes de junio de 2017 y hasta agosto de 2021, que suman un total de 1,432 días y 47,7 semanas, los cuales fueron realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (31 de mayo de 2017), determinada en dictamen del 7 de diciembre del año en cita. A juicio del ente demandado, teniendo en cuenta la situación particular del afiliado, que tiene un 86,14% de pérdida de capacidad laboral, "no existe la posibilidad que dichos aportes hayan sido el fruto de una verdadera capacidad laboral residual, máxime que se observa que el empleador [Servialianza DJ SAS] le hace aportes hasta el primero de julio de 2017". Además, tampoco "resulta coherente que se le haya desvinculado de dicha compañía[,] pues en virtud de su incapacidad no se podría dar por terminado [el vínculo] de forma unilateral[,] sin permiso de las autoridades del trabajo"18.

1. A lo anterior se agrega que, frente a las pruebas aportadas por la accionante, (iv) su afirmación de que laboró para la empresa Servialianza DJ SAS dentro del periodo comprendido entre enero de 2016 y el primer semestre de 2017, no cuenta con ningún respaldo documental que lo acredite, tales como, la existencia de una declaración juramentada, contratos o certificados de ingresos y retenciones, por lo que no se puede corroborar tal circunstancia en la historia laboral, puesto que el único aporte registrado por la referida empresa es aquel correspondiente a diciembre de 2016. El resto de las cotizaciones realizadas por los meses restantes de ese año fueron pagados por el mismo JCLR, como trabajador independiente, de forma extemporánea.

1. Por lo anterior, (v) se afirma que los aportes realizados con posterioridad a la fecha del accidente no corresponden a una relación laboral derivada de una capacidad laboral residual, sino que pudieron haber sido efectuados por su madre, la señora Claudia Rojas González, con

el único objetivo de lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 29 de septiembre de 2020, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional, que decidió someter a revisión los fallos proferidos dentro del proceso de la referencia.

A. METODOLOGÍA DE ESTUDIO DEL PRESENTE CASO

1. Con miras a resolver el asunto bajo examen, la Sala seguirá la siguiente metodología. En primer lugar, y con el propósito de poder adelantar el estudio de procedencia de la acción de tutela, se pronunciará sobre el marco normativo del Sistema General de Pensiones, haciendo énfasis en la regulación de los deberes de afiliación y cotización de los trabajadores dependientes e independientes, y poniendo de presente los efectos disímiles que se derivan de su incumplimiento. En segundo lugar, se abordará el examen de procedibilidad del amparo propuesto, de acuerdo con los requisitos de legitimación en la causa (por activa y por pasiva), inmediatez y subsidiariedad.

1. En caso de que la presente acción supere el citado análisis de procedencia, en tercer y último lugar, se continuará con el planteamiento del problema jurídico, con la delimitación de las materias objeto de pronunciamiento y con la resolución de fondo del asunto planteado.

A. DEBERES DE AFILIACIÓN Y COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

1. Con el propósito de lograr la operatividad del derecho a la seguridad social19, el Legislador creó el Sistema General de Pensiones cuyo objeto es "garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la (…) ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones".

1. Para lograr dicho propósito, la Ley 100 de 1993 consagra una serie de obligaciones en cabeza de sus afiliados y, en algunas ocasiones, de sus empleadores (cuando existe una relación de carácter laboral), como lo son, principalmente, el de afiliación al sistema y el de realizar las cotizaciones, a través de los aportes que se disponen en la ley y en los plazos dispuestos para ello. Así se regula, por ejemplo, en los artículos 13, 17 y 22 de la mencionada Ley 100 de 199320.

1. Ahora bien, dadas las diferencias que existen entre trabajadores dependientes e independientes, la Sala precisará el contenido y alcance de los deberes de afiliación y cotización frente a cada una de estas categorías de trabajadores y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Sobre el deber de afiliación. Evolución del marco normativo

1. En un inicio, conforme con el texto original del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, únicamente eran afiliados obligatorios todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos y los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, eran elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disposiciones presupuestales. Por ello, (i) los trabajadores independientes se consideraban como afiliados voluntarios, calificación que también se extendía (ii) a todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tuvieran la calidad de afiliados obligatorios y que no se encontraran expresamente excluidos de dicha ley, así como (iii) los extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, permanecieran en el país y que no estuvieran cubiertos por algún régimen de su Estado de origen o de cualquier otro21.

1. Sin embargo, dicha clasificación perdió vigencia con la promulgación de la Ley 797 de 200, la cual, en el artículo 3º, reformó el texto de la norma reseñada previamente y dispuso que los trabajadores independientes pasarían a convertirse en afiliados obligatorios22. De esta manera, se equiparó la condición de trabajadores dependientes e independientes, en lo referente al deber de formalizar su vinculación al Sistema General de Pensiones23.

1. Es a través de la afiliación que se configura la relación pensional en su plenitud, toda vez que, por una parte, permite vincular y trasladar los riesgos a las entidades administradoras, y por la otra, que éstas puedan ejercer sus facultades de control y de exigibilidad del pago de los aportes (cotizaciones)24. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, aun cuando la afiliación tiene un carácter permanente, dado que se da por una única vez y no se extingue con el paso tiempo25, aquella también incorpora la obligación de reportar novedades o cambios de vinculación26, por ejemplo, cuando el empleador recibe a un nuevo trabajador, o cuando el mismo afiliado pasa de ser trabajador dependiente a independiente.

1. Por lo demás, en el evento de que un afiliado no cotice los aportes correspondientes durante un periodo de seis meses consecutivos, su vinculación pasará a la categoría de afiliación inactiva27, lo que simplemente significa que no ha realizado las cotizaciones al sistema, pero sin que ello se traduzca en su exclusión del régimen o en una pérdida de su afiliación. Recientemente, sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia expuso que:

"La afiliación «se refiere a la vinculación al sistema general de pensiones y tiene lugar por una sola vez, solo que, dependiendo del pago de cotizaciones, tal afiliación puede ser activa o inactiva»; por su parte, las cotizaciones, corresponden al pago efectivo y periódico de aportes (CSJ SL1085-2018).

Por tanto, una persona puede estar afiliada al sistema de pensiones, pero sin realizar aportes para el momento de la estructuración de la invalidez, esto es, con afiliación inactiva, dicho en otras palabras, el hecho de que una persona no se encuentre realizando aportes al sistema de pensiones no implica que haya dejado de ser afiliado, pues simplemente adquiere la condición de afiliado inactivo. Así, una cosa es la afiliación y otra la condición de cotizante activo, pues una persona puede estar afiliada al sistema, pero para el momento de la estructuración con afiliación inactiva, por no estar efectuando aportes."28

1. Aunque ambos eventos se relacionan, técnicamente son distintos. En el primer caso, se estaría ante el concepto del trabajador no afiliado, en el que el empleador (o el independiente), por no transferir el riesgo, lo asume en su integridad30; mientras que, en el segundo caso, si no se reporta la novedad y no se realizan cotizaciones por más de seis meses, podría configurarse una hipótesis de afiliado inactivo31, en la que de darse una contingencia que dé lugar a una prestación habrá de verificarse la fecha de estructuración, los periodos de cotización que se hayan realizado y los aportes extemporáneos que sean aceptados por los fondos de pensiones32, para efectos de determinar a quien le corresponde asumir su reconocimiento y pago, supuestos que dependerán del tipo de pensión que sea objeto de reclamación33. Esta misma circunstancia también podría corresponder a la de aquellas personas que han dejado de cotizar por más de seis meses, luego de finalizado un vínculo laboral, por no poder conseguir un nuevo trabajo (dependiente o independiente),

sobre el cual reportar la novedad al sistema.

1. Por lo demás, este tribunal ha advertido que la afiliación reviste una especial importancia, toda vez que no solo comporta un deber del empleador (o del independiente), sino que es, en sí mismo, un auténtico derecho, “que materializa el cubrimiento en pensiones” y que permite al trabajador el ejercicio de libertades fundamentales adicionales, “como lo es la escogencia voluntaria del Régimen al cual desea pertenecer”34. Ella se convierte en la fuente de otro deber pensional, sobre el cual ya se ha realizado una breve aproximación, consistente en permitir la exigencia de la cotización efectiva, en los términos que se expondrán a continuación.

Deber de cotización efectiva y posibilidad de realizar aportes de forma extemporánea

1. Los trabajadores dependientes acceden al Sistema General de Pensiones a través de un intermediario (el empleador), quien asume la responsabilidad de afiliarlos y pagar los aportes correspondientes. Por el contrario, los trabajadores independientes se relacionan directamente con el sistema, de suerte que son ellos los únicos responsables de cumplir los deberes ya referidos y, en caso de no hacerlo, de asumir las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas en el régimen pensional35.

1. Debido a lo anterior, se estableció un régimen diferente para cada tipo de afiliado, no en cuanto a los requisitos para obtener las prestaciones, sino en la forma en que se debe cotizar y, por esa vía, acumular el tiempo de servicios en la historia laboral36.

1. Tratándose de los trabajadores dependientes, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 establece que estos deben realizar sus aportes mes vencido, por intermedio de su empleador, quien es el legalmente facultado para descontar del salario el monto de la

cotización y de trasladar dicha suma al correspondiente fondo de pensiones37. En el evento en que los aportes no sean consignados dentro del plazo previsto para ello, el artículo 23 dispone que las administradoras de pensiones podrán imponer una sanción por el retraso, consistente en el cobro de un interés moratorio, en principio a cargo del empleador, en aras de estimular el cumplimiento de los deberes relacionados con la afiliación y la cotización efectiva y oportuna, y con la idea de mantener la integridad de los recursos previstos para la financiación y pago de las pensiones38, incluso cuando aquella se origina por la materialización del riesgo de la invalidez39.

1. Para el caso de los trabajadores independientes, a pesar de haberse convertido en contribuyentes obligatorios del sistema pensional en el año 200340, solo fue hasta cuatro años después, con la expedición del Decreto Reglamentario 3085 de 2007, que se autorizó pagar, con efecto retroactivo, los aportes correspondientes a periodos vencidos, con la obligación de tener que asumir el pago de intereses moratorios41. Cabe recordar que, anteriormente, los trabajadores independientes no podían incurrir en mora, toda vez que el pago de los aportes debía efectuarse de manera anticipada, de suerte que las novedades dejadas de reportar anticipadamente se reportarían al mes siguiente42.

1. Así las cosas, tal y como lo sostuvo esta corporación en la sentencia T-501 de 2018, actualmente es factible que un trabajador independiente, “a pesar de no haber realizado las cotizaciones de forma oportuna, salde su deuda pensional con el sistema, mediante el pago de la suma que resulte de liquidar el valor de los ciclos vencidos –incluido el cálculo actuarial– más los respectivos intereses de mora, de suerte que, realizado esto, obtenga el reconocimiento de los períodos que laboró, pero que se abstuvo de cotizar cuando debía hacerlo”. Estos pagos extemporáneos deben ser aceptados por los fondos de pensiones y, en todo caso, como se advertirá más adelante, en algunas circunstancias no permiten subrogar los riesgos que dan lugar al reconocimiento de ciertos derechos pensionales.

Consecuencias del pago extemporáneo de los aportes

1. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha establecido varias reglas para evitar que la falta de pago oportuno de un aporte o cotización al Sistema General de Pensiones derive en una situación de desprotección para el afiliado, en caso de acaecer alguna contingencia. Tales pronunciamientos se unifican en un mandato general, por virtud del cual, la omisión en el pago puntual de los aportes adeudados no siempre es una justificación suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión reclamada43. En este orden de ideas, la Corte ha distinguido dos situaciones particulares de incumplimiento del deber de cotización, a efectos de atribuir la responsabilidad al sujeto sobre el cual recae esa obligación: (i) En primer lugar, cuando se realiza debidamente la afiliación al Sistema General de Pensiones, pero no se consignan los aportes dentro de los términos establecidos para el efecto; y (ii) en segundo lugar, cuando la falta de pago se deriva del incumplimiento del deber de afiliación. Esta clasificación obedece al hecho de que no puede equipararse la responsabilidad de quien no afilia a sus empleados al sistema (o no se afilia a sí mismo en el caso de los trabajadores independientes), a la de aquel que habiéndolo hecho incurre en mora en relación con el pago de los aportes. Por ello, y a partir de esta distinción, existe una regla ampliamente reiterada por la jurisprudencia, que señala que quien incumple el deber de afiliación, es a quien le corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de la seguridad social44.

1. Por el contrario, en la primera hipótesis expuesta en el párrafo anterior –que refiere tan solo al incumplimiento del deber de cotización efectiva– se impone a las administradoras de pensiones el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a los valores adeudados, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 199345, sin perjuicio de que se generen intereses moratorios, cuando el pago se hace de forma extemporánea. De ahí que la Corte haya sido enfática en sostener que, en los eventos de mora en los que las administradoras de pensiones no actúan siguiendo su obligación legal, esto es, adelantando las acciones de cobro que tienen a su disposición para requerir la cancelación de los aportes y, por el contrario, aceptan los pagos realizados por fuera de término, sin importar quien los haya realizado46, se entiende que se allanan a la mora47 y que no pueden oponerse con posterioridad al reconocimiento y pago de la pensión reclamada48. La regla anterior se deriva también de la aplicación del principio de respeto a los actos propios en materia de derechos pensionales49.

1. Por otra parte, la Corte también ha distinguido los efectos que se derivan para las administradoras de pensiones a partir del uso o no de las atribuciones de cobro, y de la reticencia o no por parte del empleador (como intermediario) de proceder con pago de las cotizaciones, una vez es notificado y se ha sometido al desarrollo del proceso. En este orden de ideas, en la sentencia T-291 de 2017 se expuso que:

"[S]i este último [el trabajador] 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." (Énfasis por fuera del texto original).

1. En conclusión, cuando el empleador omite efectuar los aportes respectivos durante todo o parte del tiempo en que un trabajador laboró, la responsabilidad por esos dineros dependerá de si la administradora de pensiones llevó o no a cabo la gestión de cobro por esas sumas. De tal forma, si dicha actividad fue desplegada por el fondo y, a pesar del llamado, el empleador mantuvo su actitud renuente y no aportó los dineros, responderá este último y deberá pagar la prestación a la que haya lugar. Por el contrario, si al advertir que el empleador no había realizado las cotizaciones a su cargo, el fondo no hizo reclamo alguno, esta negligencia le será imputable en su totalidad. Ahora bien, como se advierte de lo expuesto, esta regla únicamente tiene aplicación en los casos en que el afiliado es un trabajador dependiente, pues en el evento del trabajador independiente, al ser éste el responsable inmediato y directo de la cotización, más allá de si el fondo hizo o no las respectivas gestiones de cobro, no podría alegar en su propio beneficio el incumplimiento.

1. Una circunstancia distinta se presenta cuando no se reporta una novedad de cambio de vinculación laboral respecto de un trabajador que ya fue previamente afiliado, y el cual, por su falta de cotización al sistema, es posible que se encuentre en la condición de afiliado inactivo. Como previamente se mencionó, en caso de darse una contingencia que dé lugar a una prestación habrá de verificarse la fecha de estructuración, los periodos de cotización que se hayan realizado y los aportes extemporáneos (con base en el cálculo actuarial) que sean aceptados por los fondos de pensiones, para efectos de determinar a quien le corresponde asumir su reconocimiento y pago, supuestos que dependerán del tipo de pensión que sea objeto de reclamación. Así, por ejemplo, en el caso de una pensión de invalidez, puede ocurrir que (i) la fecha de estructuración sea anterior a la ocurrencia de la novedad, por lo que es posible que la administradora de pensiones sea llamada a otorgar el derecho reclamado, en el evento de que el afiliado cuente con el número de semanas de cotización requerido en los tres años inmediatamente anteriores; (ii) o que en la hipótesis de una pensión de vejez, la persona haya satisfecho la edad y el número de semanas exigido para su otorgamiento, por más de que las cotizaciones que no se hayan realizado por falta de reporte de la novedad, le permitan aumentar el monto de la tasa de reemplazo.

1. Siguiendo esta línea, en la sentencia SU-226 de 2019, esta corporación sostuvo que el desconocimiento de la afiliación o del reporte de la novedad "(...) desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante". De ahí que la responsabilidad de la omisión recae exclusivamente en el empleador negligente (o en el mismo trabajador independiente, en caso de no existir un vínculo laboral).

1. Aun así, en la citada sentencia, y siguiendo lo esbozado con anterioridad, se reconoció la

posibilidad de que el empleador acuda al fondo, reporte la novedad y cotice tardíamente al trabajador, según lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece las pautas para el cómputo de las semanas de cotización, entre las que se deberán tener en cuenta, "(…) el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador"51. En este caso, dicho cómputo será procedente, siempre que el empleador "[traslade], con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora"52. Así las cosas, los fondos no estarían llamados a responder, salvo casos excepcionales, hasta tanto el empleador (o el trabajador independiente) traslade al sistema el valor de los aportes adeudados, por la falta de reporte de la novedad, con base en el monto actuarial fijado por la entidad administradora.

1. A pesar de que esta regla se deriva directamente de una norma que dispone los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la Corte ha señalado que es aplicable indistintamente a las prestaciones de invalidez y muerte, pues asumir que ello solo es permisible frente a la primera tipología de contingencias, "sería propio de un tratamiento diferencial" que resultaría "constitucionalmente errado"53.

1. En todo caso, este tribunal ha fijado límites a la posibilidad de validar semanas a través del pago del cálculo actuarial, señalando que ello es permitido, bajo la condición de que las contingencias de invalidez o muerte no se hayan materializado durante el periodo en el que el trabajador no estuvo afiliado al Sistema General de Pensiones54, ya sea propiamente al inicio de la relación laboral o por extensión al caso de la falta de reporte de la novedad sobre el cambio en el tipo de vinculación. En estos escenarios, y siguiendo los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia55, la Corte ha resuelto que el empleador (o el trabajador independiente) deberá hacerse cargo de la prestación a que haya lugar, dado que no trasladó el riesgo al fondo de pensiones, antes de que éste hubiese ocurrido56, con excepción de los casos excepcionales en los que las administradoras puedan ser llamadas a responder, como previamente se expuso57.

1. En suma, la omisión en el deber de afiliación al Sistema General de Pensiones conlleva a que quien haya incumplido dicha obligación deba responder de forma directa por las prestaciones sociales, excepto en el evento en el que se haya acudido al fondo, afiliado al trabajador (o reportada la novedad) y validadas las semanas dejadas de cotizar mediante el trasladado a la entidad administradora del monto que resulte del cálculo actuarial correspondiente. Ello, como ya se dijo, siempre que no se pretenda trasladar un riesgo que ya se hubiese materializado, pues tal actuación resulta contraria al principio de la buena fe. Con base en las consideraciones expuestas, se abordará el examen de procedibilidad de la acción de tutela propuesta por JCLR.

A. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, es necesario que la acción de tutela cumpla con ciertos requisitos, con el fin de establecer su procedencia. Por lo tanto, la Sala de Revisión debe verificar que en el caso concreto se observen las exigencias de (i) legitimación en la causa (tanto por activa como por pasiva); (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad.

1. Legitimación por activa. Tal como lo prevé el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona (natural o jurídica) para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la Constitución y la ley58.

1. En desarrollo del citado mandato superior, el Decreto 2591 de 1991, en el artículo 10,

define a los titulares de la acción, esto es, a quienes tienen legitimación en la causa por activa, señalando que la tutela se puede impetrar por cualquier persona, (i) ya sea en forma directa (el interesado por sí mismo); (ii) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad y personas jurídicas); (iii) mediante apoderado judicial (abogado titulado con mandato expreso); (iv) a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa); o (v) por conducto del Defensor del Pueblo o de los personeros municipales (facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado expresamente su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión)59.

1. En cuanto a la figura del agente oficioso, la Corte ha establecido que son dos los requisitos para que una persona pueda asumir tal condición y, por esa vía, actuar en defensa de los derechos de un tercero. En este sentido, por una parte, se exige invocar dicha condición y, por la otra, se requiere que la persona titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentre en circunstancias que le impidan actuar directamente60. En relación con el primer requisito, esto es, la manifestación expresa por parte del agente oficioso de actuar en tal calidad, se aprecia que su valoración no se exige de forma estricta, comoquiera que la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita en los trámites de tutela, en virtud de los principios de efectividad de los derechos fundamentales y de oficiosidad e informalidad que rigen esta acción de amparo constitucional61. De esta manera, se ha aceptado la legitimación del agente, siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que actúa como tal62. Y, en cuanto al segundo requisito, este tribunal ha señalado que se demanda que "(…) el afectado en sus derechos fundamentales no pueda promover directamente su propia defensa, por hallarse en una situación de desamparo e indefensión"63.

1. Dadas estas dos exigencias que expresamente se consagran en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se ha entendido por la Corte que una de las principales diferencias de este instituto en el régimen procesal de la acción de tutela frente a lo que ocurre en la generalidad de los procesos judiciales, es que no se exige que la persona agenciada ratifique

el amparo constitucional ante el juez de la causa64, regla que se explica por la informalidad que rige este trámite y por la circunstancia de que la protección que se busca debe operar de forma preferente y sumaria. No obstante, este tribunal también ha reseñado que, a pesar de que dicha ratificación no es un requisito indispensable para facultar la actuación del agente oficioso, cuando ella presenta, se convalida la gestión adelantada por el agente y, por ende, se otorga plena legitimación en la causa por activa65.

1. Ahora bien, uno de los grupos que integran la categoría de sujetos de especial protección constitucional son las personas con discapacidad, respecto de las cuales al Estado no solo se impone el deber de evitar y proscribir tratos discriminatorios, sino que también asume la obligación de implementar acciones afirmativas que les permitan disfrutar plenamente de sus derechos en condiciones de igualdad66. Se trata de una garantía que tiene especial relevancia y que se fundamenta en disposiciones jurídicas, tanto de orden interno como de derecho internacional, estas últimas en virtud del bloque de constitucionalidad67.

1. De esta manera, y de acuerdo con el artículo 12 de la CDPCD68, se establece que todo ser humano debe ser respetado como titular del derecho a la personalidad jurídica, para lo cual resulta imperativo el reconocimiento de su aptitud para el goce de derechos y para poder asumir obligaciones. Justamente, con este propósito y en virtud del principio de igual reconocimiento ante la ley, el citado instrumento refiere a la obligación de reconocer la capacidad jurídica de los sujetos en condición de discapacidad, a partir de la adopción de medidas que impidan que los particulares o el Estado interfieran en la posibilidad de que ellos hagan efectivos sus derechos de manera directa. La capacidad jurídica ha sido entendida entonces por dos vías, como la facultad de ser titulares de derechos y como la posibilidad de realizar actos con efectos jurídicos. Lo anterior, ha sido ratificado por el derecho interno, como se advierte en el artículo 8 de la Ley 1996 de 2019, en el que se dispone que: “Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume. // La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.”

1. Sobre la base de lo anterior, cabe destacar que la agencia oficiosa en materia de tutela ha sido admitida para procurar la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, siempre que estas se hallen en imposibilidad de interponer directamente el amparo. Ejemplo de ello son las sentencias T-414 de 199969, T-1238 de 200570, T-411 de 200671, T-750A de 201272 y T-278 de 201873. Sin embargo, la prosperidad de la agencia se ha condicionado a partir de la necesidad de que el juez constitucional vele por la autonomía, la voluntad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, buscando con ello garantizar escenarios en los que estas últimas ejerzan directamente la defensa de sus intereses74.

1. Por ello, en lo que respecta al requisito de no poder interponer directamente el recurso de amparo, a partir de lo dispuesto en la CDPCD y en la Ley 1996 de 2019, se exige al juez de tutela analizar las circunstancias del caso concreto y las barreras de participación efectivas que se derivan para el titular de los derechos, sin que el solo diagnóstico de una determinada condición médica o la existencia de una barrera física, cognitiva o psicosocial, sea un indicio suficiente para deducir el impedimento en una actuación directa. En otras palabras, el juez constitucional deberá examinar las condiciones particulares de la persona en cuyo favor se promueve el amparo, las cuales deben materializar su imposibilidad para actuar directamente por vía de la acción de tutela.

1. En el asunto sub-judice, si bien la accionante (esto es, la señora Claudia Elena Rojas González) no invocó de forma explícita la condición de agente oficioso de su hijo mayor de edad75, la Sala encuentra suficientes elementos de juicio para concluir que su actuación es válida y que, por ende, permite dar por acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

1. Así, por una parte, se advierte que pese a la falta de una manifestación expresa de la

calidad con que la señora Rojas González interviene en esta causa, lo cierto es que su actuación exterioriza su intención de promover el amparo constitucionalidad en beneficio de su hijo en condición de discapacidad, velando por la protección y defensa de sus derechos fundamentales, en términos acordes con la figura de la agencia oficiosa76; y por la otra, es claro que JCLR se enfrenta a barreras físicas y cognitivas que le impiden ejercer la defensa de sus derechos, pues se encuentra en un estado de indefensión del cual no es posible avizorar la aptitud necesaria para asumir directamente el ejercicio de su capacidad para ser parte en un proceso. Así, en el formulario que da origen a su calificación de la pérdida de capacidad laboral del 86.14%, se constata que se trata de un paciente dependiente "tipo avanzado" en las funciones de la vida diaria, ya que, a partir de los resultados de las evaluaciones médicas que le fueron realizadas, se verificó que, entre otras, presenta una alteración en las funciones mentales superiores con trastorno cognitivo, desorientación parcial de tiempo y espacio, y discapacidad para caminar. Finalmente, la actuación como agente oficioso de la señora Rojas González puede entenderse como ratificada, puesto que si bien es ella quien invoca el ejercicio de derecho de acción, como se advierte en el encabezado de la demanda77, en todo caso, al final del acápite de notificaciones78, aparece una firma del agenciado, esto es, de JCLR, lo que significa que acompaña y avala la solicitud que en su favor se formula.

1. Por lo anterior, y dadas sus condiciones de salud, se concluye que está lo suficientemente probada la imposibilidad de JCLR para promover directamente la defensa de sus derechos, requiriendo el soporte o auxilio de su progenitora, quien promovió el amparo con la intención directa de gestionar las medidas necesarias para obtener su protección, de manera que se satisfacen plenamente las condiciones de la agencia oficiosa.

1. Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, en desarrollo del artículo 86 de la Constitución, establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que viole o amenace un derecho fundamental79. También procede contra acciones u omisiones de particulares, según lo establecido en el Capítulo III del citado Decreto, particularmente, conforme a las hipótesis que se encuentran plasmadas en el

artículo 4280. En todo caso, este tribunal ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

1. En el caso que nos ocupa, en cuanto al primero de los requisitos señalados, consta que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se encuentra legitimado como parte pasiva de la presente acción de tutela, pues se trata de un particular respecto del cual procede excepcionalmente el recurso de amparo, al estar encargado de la prestación de un servicio público, como lo es la seguridad social, conforme se dispone en los artículos 4, 59 y 90 de la Ley 100 de 199381. De esta manera, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución82 y en el artículo 42.3 del Decreto 2591 de 1991, este último en el que se dispone que: “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (…) 3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos”83.

1. Por otra parte, en lo referente al segundo de los requisitos expuestos, es importante resaltar que la conducta que se estima contraria a los derechos cuya protección se invoca, esto es, los derechos al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, están directamente relacionados con la función que cumple Porvenir, como ente encargado de la prestación del servicio de la seguridad social en pensiones, con la obligación de administrar los recursos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y manejar las cuenta de ahorro individual de cada afiliado, para efectuar el reconocimiento y pago de las pensiones, al momento en que se presenten las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. En este orden de ideas, en este caso, es claro que se solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de JCLR, actuación que se encuentra a cargo de Porvenir, y respecto de la cual se considera por la parte demandante que no existen razones válidas para negar su otorgamiento.

1. Por el conjunto de razones expuestas, se concluye que Porvenir se encuentra legitimada por pasiva, no solo porque se trata de un sujeto respecto del cual procede el amparo, sino también porque la violación que se alega es susceptible de predicarse de las actuaciones a su cargo.

1. Lo anterior no ocurre frente a Medimás EPS S.A.S y Seguros Vida Alfa S.A, pues, como se reseñó anteriormente, la competencia para efectuar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez está en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, y no en una Entidad Promotora de Salud y una compañía aseguradora, las cuales tienen una naturaleza jurídica distinta. Por lo tanto, la Sala desvinculará a las citadas empresas del presente trámite judicial.

1. Inmediatez. Este tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del Texto Superior. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable y expedito, pues, de lo contrario, se desdibujaría el objeto constitucional para el cual fue previsto84.

1. Además de lo anterior, es claro que el requisito de inmediatez evita que el amparo se emplee como un medio que premie la desidia y la indiferencia en la defensa de los derechos, al tiempo que impide que se convierta en un factor de inseguridad jurídica, sobre todo cuando se reclaman cuestiones de carácter litigioso o cuando de por medio se hallan derechos de terceros.

1. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos

fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso concreto– verificar si el ejercicio de la acción se realizó en un intervalo prudente y razonable, luego de acaecidos los hechos que motivan su ejercicio85, lo que implica valorar las circunstancias personales del actor, su diligencia, sus posibilidades reales de defensa y el surgimiento de derechos de terceros86. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

1. Como parámetro general, en varias sentencias, esta corporación ha dicho que, ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo prudente y oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante87. Por tal razón, a manera ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable88.

1. Ahora bien, para determinar la razonabilidad del tiempo, en procura de establecer si existe o no una tardanza injustificada e irrazonable, este tribunal ha trazado las siguientes subreglas89: (i) que exista un motivo válido para la inactividad del actor; (ii) que el mismo no vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia90; y (iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos del interesado. Excepcionalmente, si el fundamento de la acción de tutela surge después de acaecida la actuación vulneradora de los derechos fundamentales, de cualquier forma, (iv) su ejercicio debe realizarse en un plazo no muy alejado de dicha situación91.

1. A los anteriores supuestos, la Corte ha añadido dos situaciones adicionales que deben tenerse en cuenta al momento de examinar el requisito de inmediatez, por una parte, (v) que la vulneración de los derechos permanezca en el tiempo y, por lo tanto, sea continua y

actual, caso en el cual se atenúa la exigibilidad de este requisito, pues el amparo conservará la potencialidad de brindar una protección inmediata92; y por la otra, (vi) que su exigibilidad abstracta no lleve a la afectación en la realización de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como ocurre con las personas con discapacidad, respecto de las cuales esta corporación ha señalado que este requisito debe valorarse con cierta flexibilidad, en respuesta al deber del Estado de aportar medidas en favor de grupos que han sido marginados o discriminados, lo que exige que la persona se encuentre en una situación de riesgo derivada, entre otras, de condiciones como: el analfabetismo, la vejez, la pobreza, el desplazamiento, el rol de ser cabeza de familia, las víctimas del conflicto armado o quien padece de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa93.

1. Sobre base lo anterior, la Sala concluye que la demanda presentada por la señora Rojas González cumple con requisito de inmediatez, pues si bien entre el momento de presentación de la tutela (29 de septiembre de 2020) y el último acto de la entidad que es objeto de reproche (esto es, el oficio del 14 de febrero de 2020, en el que Porvenir negó la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez) transcurrieron un total de 7 meses y 15 días, lo cierto es que dicho plazo se ajusta a criterios de razonabilidad que permiten la procedencia del amparo.

1. Por el conjunto de razones expuestas, la Sala Tercera de Revisión concluye que en este caso se satisface el requisito de inmediatez, pues la tutela se interpuso en un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias personales del agenciado, la situación socioeconómica de su familia, la ausencia de intereses de terceros y la diligencia en la defensa de sus derechos.

1. Subsidiariedad. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta

regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este caso, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

1. Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados94. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

1. Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento forma inmediata.

1. Ahora bien, para los efectos del análisis que adelantará la Corte frente al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, se debe tener en cuenta que, entre los derechos cuya protección se invoca, se encuentra el derecho a la seguridad social. Como consta en el acápite de hechos relevantes, la accionante sostiene que, a pesar de que JCLR cumple con el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de

estructuración para acceder a la pensión de invalidez, Porvenir se ha negado a proceder a su reconocimiento, bajo el argumento de que los pagos extemporáneos realizados con posterioridad al 31 de mayo de 2017 (fecha de estructuración de la invalidez fijada por el dictamen expedido el 7 de diciembre del mismo año por Seguros Vida Alfa S.A), no deben ser tenidos en cuenta, pues no fueren efectuados de manera regular y no pueden contabilizar las semanas cotizadas. Tales aportes corresponden al periodo laborado durante el año 2016, los cuales fueron sufragados el día 3 de agosto de 2017, directamente y a nombre propio por JCLR, a pesar de que, en sede de tutela, la accionante sostiene que, durante ese tiempo, él trabajó como conductor de Servialianza DJ SAS en Liquidación, esto es, en calidad de trabajador dependiente.

1. Cabe resaltar que ambos jueces de instancia resolvieron declarar improcedente la acción de tutela por no acreditar el requisito de subsidiariedad, pues consideraron que debe ser el juez ordinario laboral el que evalué si hay lugar o no a la aplicación de la figura de allanamiento a la mora.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social

1. En lo que atañe a las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como ocurre con las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, la jurisprudencia ha puntualizado que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente ante la existencia de otros medios de defensa judicial, como lo son las acciones ante las jurisdicciones contencioso administrativa y ordinaria laboral, cuyo régimen de competencias se define a partir de la condición o no de servidor público del demandante y de la naturaleza de la entidad que administra el régimen de seguridad social95.

1. No obstante, la Corte ha flexibilizado este requisito cuando el actor o el beneficiario de la pretensión de que se reclama es un sujeto de especial protección constitucional o cuando se

encuentra en una situación de debilidad manifiesta96. Dentro de este contexto, este tribunal ha priorizado la procedencia de la acción de tutela frente a personas con alguna discapacidad física o mental, cuando se concluye que las vías ordinarias se tornan ineficaces, ya sea porque las condiciones particulares del caso no brindan una protección oportuna al derecho o los tiempos de espera a los cuales tienen que verse sometidos pueden agravar las circunstancias en las que se encuentran. Así, en la sentencia T-569 de 2015 se manifestó que:

"Dentro del asunto que le interesa a esta Corporación, ha dicho la jurisprudencia que cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del grupo de personas a quienes la Constitución les brinda una especial protección, como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela debe realizarse con un criterio más amplio.

1. De acuerdo con lo anterior, la posibilidad de otorgar una protección constitucional en materia pensional es excepcional y no se orienta a vaciar de contenido los mecanismos ordinarios existentes, sino a garantizar la efectividad de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, pues en muchas ocasiones el reconocimiento del derecho a una determinada pensión podría convertirse en el único medio que tienen las personas para garantizar para sí mismos su subsistencia y, por ende, lograr una vida digna97.

1. Bajo las anteriores consideraciones, se ha admitido la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de derechos pensionales, siempre que se verifique que "(i) la falta de otorgamiento ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; [que] (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la salvaguarda de sus derechos; y [que] (iii) aparecen acreditadas las razones por las cuales el medio ordinario de defensa judicial es ineficaz para lograr la protección integral de los derechos presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio

irremediable”98.

1. Además, se ha adicionado un último requisito, relacionado con la necesidad de que “(iv) (…) en el trámite de la acción de tutela se [cumpla] –por lo menos, sumariamente–con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada”99. Sobre este último punto, la Corte precisó que:

“El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud (…)”100.

1. De ahí que, siempre que no sea posible advertir el cumplimiento sumario de los requisitos legales para acceder a la pensión solicitada, el juez de tutela deberá declarar la improcedencia de la acción, para que el asunto, por su carácter litigioso, sea sometido a la decisión de los jueces ordinarios de la causa, previo desarrollo de un proceso en el que se brinde a todas las partes la posibilidad de concurrir, presentar sus argumentos, solicitar pruebas, y controvertir la determinación que se adopte.

Sobre la improcedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago una pensión de invalidez en el caso concreto

1. En el asunto bajo examen, la accionante reclama la protección de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de JCLR. Sin embargo, como ya se advirtió, dicho amparo está sometido a la condición de determinar cuál era la calidad de vinculación que tenía el citado sujeto al Sistema General de Pensiones en el año 2016. En efecto, de acreditarse la existencia de una relación laboral y, por ende, la condición de trabajador dependiente respecto de la empresa Servialianza DJ SAS en Liquidación, (i) es posible examinar si el empleador afilió a JCLR al Sistema General de Pensiones, y si (ii) Porvenir

ejerció las acciones de cobro respecto de las cotizaciones en mora. Con base en lo anterior, y siguiendo las subreglas expuestas por la jurisprudencia y recopiladas en acápites anteriores de esta sentencia, (iii) determinar si cabe o no aplicar la figura de allanamiento a la mora, o si el empleador es quien debe responder directamente por las prestaciones correspondientes, ante su negligencia frente a los deberes de afiliación y de cotización efectiva.

1. Por el contrario, en el evento de advertir que JCLR trabajó realmente como independiente, se impone analizar (a) si reportó la novedad correspondiente a su tránsito de trabajador dependiente –vínculo que venía teniendo durante los años 2014 y 2015–; o (b) si no se cumplió con la obligación de reportar la novedad, lo que excluye la posibilidad de que el citado fondo de pensiones haya podido ejercer acciones de cobro, e incluso de ser responsable por un allanamiento a la mora.

1. Sobre la base de lo anterior, la Corte constata que no existe en el expediente, ni en los elementos de prueba aportados por las partes, soporte alguno que permita determinar cuál era el vínculo laboral que tenía JCLR durante el año 2016 y que dio lugar al pago de los aportes extemporáneos. Por una parte, si bien tales aportes aparecen a nombre de JCLR, la accionante afirma en sede de tutela que su hijo trabajó para la empresa Servialianza DJ SAS en Liquidación, desempeñando la labor de conductor101. Sin embargo, pese a habérsele requerido, la actora no acompañó ningún medio que respalde su afirmación y que demuestre que dicho vínculo en efecto existió. De hecho, tampoco se observan en el expediente elementos de juicio adicionales, tales como facturas o comunicaciones, que prueben la prestación personal de un servicio y que pueda dar lugar a la aplicación de la presunción de un contrato laboral, en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo102.

1. Y, por la otra, la sola circunstancia de que los aportes aparezcan a nombre de JCLR tampoco permite concluir que su vinculación sea la de trabajador independiente, por una parte, porque no se advierte que se hayan cumplido con las obligaciones de reporte de la

novedad y, por la otra, porque es posible discutir si esos aportes fueron realizados por JCLR con ocasión de la mora del empleador, subrogándose en su cobro futuro, con miras a no ver afectado el volumen de cotizaciones al sistema. Nótese que, como se expuso con anterioridad, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, permite la realización de aportes por parte de terceros "a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral".

1. En este orden de días, ante la imposibilidad de acreditar en sede de tutela cuál era la vinculación laboral que tenía JCLR en el año 2016, la Sala considera que no es posible determinar con claridad a quien le compete asumir, si es del caso, el derecho reclamado, pues no existe certeza sobre quien era el sujeto llamado a cumplir con los deberes de afiliación y de cotización para los meses laborados durante el año 2016, y frente a los cuales Porvenir, también, si era el caso, debía adelantar las acciones de cobro en caso de incumplimiento.

1. Por consiguiente, aun cuando la Sala reconoce las condiciones particulares de JCLR, lo cierto es que de los medios probatorios que constan en el expediente no cabe dar por acreditado, al menos sumariamente, el requisito legal de semanas de cotización del cual depende el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que no es posible identificar el origen laboral de los aportes que se discuten y si ellos podrían corresponder o no a una figura de allanamiento a la mora. De esta manera, la Sala procederá a declarar improcedente la presente acción de tutela, toda vez que al juez de tutela le está vedado pronunciarse de fondo sobre materias que involucren derechos inciertos y discutibles103.

1. Esta ha sido la posición compartida por varias Salas de Revisión que se han pronunciado sobre pretensiones vinculadas con el reconocimiento de una relación laboral. Así, para efectos de otorgar el amparo, se ha exigido que "los medios probatorios que constan en el expediente permitan acreditar que se está en presencia de una relación laboral"104. Por este motivo, se ha declarado la improcedencia de varias acciones de tutela, cuandoquiera que los

elementos de juicio en el expediente son insuficientes a efectos de dar claridad sobre la naturaleza de la relación laboral. Por ejemplo, en sentencia T-101 de 2002, se señaló que “la incertidumbre que se presenta en torno a la existencia de una relación laboral impide a la jurisdicción constitucional conocer de la materia”. De igual forma, en las sentencias T-008 de 2008 y T-335 de 2015 se destacó que, ante la ausencia de medios probatorios que permitan establecer la existencia de un contrato realidad, más allá de las afirmaciones del accionante, se considera que la acción de tutela es improcedente y deberá acudirse a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

1. Además, dicha regla reviste una mayor importancia en el caso concreto, dado que Servialianza DJ SAS en Liquidación no está vinculado al presente trámite de tutela. De este modo, únicamente será posible garantizar plenamente el derecho de defensa de dicha sociedad, acudiendo a la Jurisdicción Ordinaria Laboral y surtiendo el debate probatorio propio de este escenario, a fin de establecer con certeza la existencia del derecho que se reclama.

1. En este sentido, la definición de la presente controversia, siguiendo la jurisprudencia constitucional105, le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, autoridad que deberá examinar y contrastar si efectivamente, como lo alega la actora, JCLR tenía la condición de dependiente de Servialianza DJ SAS en Liquidación o si, por el contrario, ostentó la condición de independiente para el año 2016, y si los diversos aportes extemporáneos pagados por él directamente se realizaron por alguna hipótesis de fuerza mayor u otra que permita justificar su realización, o si la tardanza simplemente se debió a la renuencia del afiliado. En este sentido, deberá tener en cuenta que, para finales del citado año, (i) su afiliación estaba inactiva, pues transcurrieron más de 6 meses entre la cotización con fecha del 8 de enero de 2016, y la siguiente, esto es, la efectuada el 3 de enero de 2017; (ii) que el pago extemporáneo se realizó luego de la fecha de estructuración de invalidez, pero antes de aquella en que se produjo el dictamen de pérdida de capacidad laboral; y (iii) que Porvenir ya aceptó los aportes efectuados de forma extemporánea, junto con los intereses de mora correspondientes.

1. En conclusión, ante la imposibilidad de dar por acreditado sumariamente el cumplimiento del requisito de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, necesario para acceder a este la prestación reclamada, la controversia planteada no satisface no satisface el requisito de subsidiariedad. En consecuencia, procederá esta Sala de Revisión a confirmar la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, a través de la cual se ratificó el fallo adoptado el 14 de octubre del año en cita por el Juzgado 51 Civil Municipal de la misma ciudad, en la que se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela, en el sentido de declarar la improcedencia de acción de tutela promovida por la señora Claudia Elena Rojas González, en condición de agente oficiosa de JCLR, en contra de Porvenir.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. En el asunto bajo examen, correspondió a la Corte pronunciarse sobre una demanda de tutela interpuesta por una madre, en condición de agente oficiosa de su hijo, la cual solicitó el amparo de los derechos al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales, a su juicio, están siendo vulnerados por Porvenir, como consecuencia de la decisión de negar a este último el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

1. Para resolver el asunto, se procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en donde la Sala encontró que en el presente caso se acreditaron las exigencias de legitimación en la causa por activa y por pasiva e inmediatez. Sin embargo, no ocurrió lo mismo respecto del requisito de subsidiariedad. Por tal motivo, la Corte resolvió declarar la improcedencia de la acción de tutela para que sea la Jurisdicción Ordinaria Laboral la encargada de evaluar la certeza del derecho en cuestión, con base en un debate probatorio que involucre a todos los sujetos interesados. En efecto, ante la imposibilidad de acreditar en sede de tutela cuál era la vinculación laboral que tenía el hijo

de la accionante en el año 2016, la Sala consideró que no era posible determinar con claridad a quien le correspondía asumir, si es del caso, el derecho reclamado, pues no existe certeza sobre quien era el sujeto llamado a cumplir con los deberes de afiliación y de cotización para los meses laborados durante el año 2016, y frente a los cuales Porvenir, también, si era el caso, debía adelantar las acciones de cobro en caso de incumplimiento.

1. Por consiguiente, aun cuando la Sala reconoció las condiciones particulares del sujeto en favor de quien se promovió el amparo, lo cierto es que de los medios probatorios que constan en el expediente no cabe dar por acreditado, al menos sumariamente, el requisito legal de semanas de cotización del cual depende el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que no era posible identificar la naturaleza de los aportes que se discuten y si ellos corresponden o no a una figura de allanamiento a la mora.

I. 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:

SEGUNDO.– DESVINCULAR a Medimás EPS S.A.S y a Seguros Vida Alfa S.A., del presente proceso.

TERCERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, a través de la cual se ratificó el fallo adoptado el 14 de octubre del año en cita por el Juzgado 51 Civil Municipal de la misma ciudad, en la que se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela.

CUARTO.- LÍBRESE por la Secretaría de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-251/22

Referencia: Expediente T-8.226.417

Asunto: Solicitud de tutela presentada por Claudia Elena Rojas González, actuando como agente oficiosa de su hijo, Juan Camilo Leal Rojas, en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Si bien estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la decisión tomada, me permito aclarar mi voto con el fin de precisar mi posición frente a las consideraciones de la sentencia. Apoyo la declaración de improcedencia de la acción de tutela en el presente caso porque no se cumplió el requisito de subsidiariedad que exige el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, y porque comparto las consideraciones relacionadas con esa falta de agotamiento del trámite judicial ante la jurisdicción ordinaria, foro natural de las controversias en materia pensional.

Con esta decisión, empero, no considero necesario formular subreglas en la parte considerativa que, además de no tener relación directa con la decisión tomada, van en contravía de varias sentencias emitidas por esta Corporación en sede de tutela.

En la parte motiva de esta decisión se formula la siguiente subregla (considerando 52): el fondo de pensiones no puede oponerse al reconocimiento de las cotizaciones hechas por el afiliado con posterioridad al período de causación, cuando no hizo las acciones de cobro respectivas al generarse la mora de la cotización, ni se opuso a recibir el pago extemporáneo que se realiza en interés del trabajador. Esta subregla, según las consideraciones que expone la sentencia, sería solo aplicable a los casos en los cuales el afiliado es un trabajador dependiente, bajo una relación laboral, pero no cuando se trata de un trabajador independiente. Así, el fondo de pensiones no se allanaría a la mora de los aportes, incluso cuando ha omitido ejercer las acciones de cobro, para los casos en los cuales el afiliado es un trabajador independiente, ya que en ese caso el trabajador se estaría beneficiando de su incumplimiento de hacer los aporte al fondo de pensiones en el período de cotización correspondiente.

Esta subregla no tiene relación con la decisión de declarar improcedente la acción de tutela de la accionante, razón por la cual fue dicha de manera paralela a las razones de la decisión, siendo obiter dictum de la sentencia que carece de fuerza vinculante. Además, para sustentarla no se hizo referencia a un precedente jurisprudencial específico; y, por el contrario, esta se opone a las sentencias de tutela T-501 de 2018 y T-200A de 2018, en las que la Corte reconoció el allanamiento a la mora de los fondos de pensiones sin importar que el afiliado sea trabajador independiente, cuando el fondo no hizo acciones de cobro para exigir la cotización en mora ni se opuso a recibir el pago extemporáneo en interés del afiliado.

Por último, la formulación de la subregla mencionada también contradice la cita al pie de página Nro. 47 de la sentencia donde se señalan los precedentes antes mencionados en los cuales se acepta el allanamiento a la mora del fondo de pensiones, incluso cuando el afiliado es trabajador independiente. En esa cita al pie también se hace referencia a la sentencia T-643 de 2014 donde, si bien no se decide un caso de aportes pensionales, sí se acepta el allanamiento a la mora de las EPS para los aportes extemporáneos de un afiliado que es trabajador independiente, según las circunstancias del caso.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 Folios 3-10 del cuaderno de pruebas 1.

2 Sin embargo, no específica hasta que día Medimás EPS cubrió sus incapacidades.

3 La orden fue proferida por el Juzgado 32 Civil Municipal de Bogotá (Rad. 2019-1289). Escrito de tutela, folio 2. Sin embargo, no se aportó copia de dicha sentencia.

4 Expediente digital. Cuaderno de pruebas 1. Oficio 538 (Rad. 0200001161596700), folio 19.

5 Expediente digital. Cuaderno de pruebas 1. Rad. 010010222106511500, folios 20-21.

6 Expediente digital. Cuaderno de pruebas 1. Recurso de reposición y en subsidio de apelación radicado el 24 de febrero de 2020, folios 26-29.

7 Folio 2.

8 Cuaderno digital. Contestación de Porvenir, folio 8.

9 Cuaderno digital. Contestación Medimás EPS S.A.S.

10 Escrito de impugnación.

11 Cuaderno digital. Contestación del accionante, folio 1.

12 Para soportar esta información, la accionante aportó una constancia expedida el 15 de julio de 2021 por la Asociación de Copropietarios Torreladera.

13 Este cuadro se elaboró por la Sala Tercera de Revisión, a partir de la información que se suministró por Porvenir, correspondiente a la relación de aportes del señor Juan Camilo Leal Rojas.

14 Tope que corresponde a la fecha en que se produjo la estructuración de la pérdida de capacidad laboral (31 de mayo de 2017).

15 Cabe aclarar que antes del periodo de pago de mayo de 2014, se observan cotizaciones entre octubre de 2010 y abril de 2014 que suman un total de 368 días y 12,16 semanas.

17 Las semanas en cada mes equivalen a 4.29. En consecuencia, esta cifra resulta de multiplicar 11 meses cotizados por 4.29.

18 Cuaderno digital, OFICIO OPTB-1661/2021 del 28 de noviembre de 2021.

19 Ley 100 de 1993, art. 10.

20 Al respecto, las normas en cita disponen que: “Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: (…) d) La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta Ley; (…) // g) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualquiera de ellos (…)”; “Artículo 17. Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. // La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. // Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”; “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.”

21 Al respecto, véase, por ejemplo, la sentencia T-501 de 2018.

22 Establece dicha norma que “Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, (…) los trabajadores independientes”.

23 En la sentencia C-1089 de 2003, la Corte sostuvo que, lejos de contradecir los mandatos constitucionales, el artículo 3° de la Ley 797 de 2003 los desarrolla, toda vez que la obligatoriedad e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social no dejan al libre albedrío el cumplimiento de los deberes sociales del ciudadano en esta materia.

24 Corte Constitucional, sentencia SU-226 de 2019.

25 El artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, dispone que: “[l]a afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”

26 Corte Constitucional, sentencia T-594 de 2014.

27 Decreto 692 de 1994, artículo 13, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala Especial de Descongestión, M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota, SL234-2020, 5 de febrero de 2020. Énfasis por fuera del texto original.

29 Corte Constitucional, sentencia SU-226 de 2019.

30 En la sentencia T-291 de 2017 se manifestó que: “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. (…)”

31 Cabe aclarar que la explicación realizada corresponde tan solo a una alternativa posible de afiliación inactiva, que se vincula con la falta de reporte de novedad al sistema; pero no excluye otros supuestos en los que dicha figura también podría llegar a presentarse, como ocurre, por ejemplo, cuando sí se reporta la novedad, pero se dejan de realizar las cotizaciones por más de seis meses.

32 Ley 797 de 2003, art. 9, parágrafo 1°, literal d).

33 Así, por ejemplo, en el caso de la pensión de invalidez, se debe verificar ante todo que el afiliado completó 50 semanas de cotización en los "últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración" (Ley 100 de 1993, art. 39), a pesar de tener periodos de afiliación inactiva.

34 Corte Constitucional, sentencia SU-226 de 2019.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. M.P. Isaura Vargas Díaz

36 Corte Constitucional, T-438 de 2012.

37 "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."

38 El artículo 48 de la Constitución señala que: "(…) Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señale la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. (…)".

39 Corte Constitucional, sentencia T-502 de 2020.

40 Ley 797 de 2003, artículo 3.

41 Dispone el artículo 7 del Decreto Reglamento 3085 de 2007: “Causación de intereses de mora. Los intereses de mora, se generarán a partir de la fecha de vencimiento del plazo para efectuar el pago de los aportes, salvo que el trabajador independiente realice este pago a través de entidades autorizadas por la Ley para realizar el pago en su nombre, caso en el cual los intereses de mora se causarán teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de los pagos de la entidad que realice los aportes por cuenta del trabajador independiente”.

42 Decreto Reglamentario 1406 de 1999, artículo 35. La norma en cita disponía que: “Artículo 35. Declaración de novedades y pago de cotizaciones en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente.”

43 Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-870 de 2012, T-906 de 2013, T-079 de 2016 y T-230 de 2018.

44 Véase, al respecto, la nota a pie número 30.

45 Expresamente, se dispone que: “Artículo 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.”

46 Ello ocurre, por una parte, porque la Ley 100 de 1993 autoriza el pago de aportes por terceras personas, sin que por ello se entienda consolidada una relación laboral, tal y como lo dispone el literal e) del numeral 1° del artículo 15, en los siguientes términos: “los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral”; y por la otra, porque si lo hace el trabajador con ocasión de la mora del empleador, lo que se presenta es una subrogación a favor del primero, en los términos previstos en el artículo 1668 del Código Civil, con la ventaja de que no afecta el volumen de las cotizaciones realizadas al sistema.

47 Sobre el allanamiento a la mora por parte de la entidad administradora de pensiones, incluso en casos de trabajadores independientes, véase, entre otras, las sentencias T-643 de 2014 y T-220A de 2018. Precisamente, en la sentencia T-502 de 2020, en el ámbito de la pensión de invalidez, se explicó la figura del allanamiento a la mora, en los siguientes términos: “Cuando se efectúen cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez y que correspondan a ciclos causados con anterioridad a la misma, y las entidades encargadas de administrar el Sistema General de Pensiones aceptan dichos pagos, se presenta la figura del allanamiento a la mora, lo cual implica que los dineros pagados extemporáneamente convalidan dichos aportes, en la medida en que no se objetaron en el momento en que fueron recibidos” . Con base en esta regla, la Corte ordenó a Protección S.A. computar los aportes que se pagaron de forma extemporánea, para efectos de contabilizar las semanas mínimas de cotización que se requieren para acceder al derecho a la pensión de invalidez, señalando que “el pago extemporáneo de los aportes pensionales en mora no es un argumento válido para negar el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada, toda vez que [la administradora de pensiones] los recibió sin ninguna objeción” y, en todo caso, el accionante no tiene la carga de soportar el pago tardío de dichas cotizaciones.

48 Corte Constitucional, sentencias T-440 de 2015, T-838 de 2011, T-761 de 2017, T-833 de 2011.

49 Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2012.

50 Corte Constitucional, sentencias SU-226 de 2019 y T-234 de 2018.

51 Énfasis por fuera del texto original.

52 Corte Constitucional, sentencia SU-291 de 2017. Énfasis por fuera del texto original.

53 Corte Constitucional, sentencia SU-226 de 2019.

54 Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2017.

55 Concepto No. 2007014853-001 del 19 de abril de 2007.

56 Corte Constitucional, sentencia T-234 de 2018. Textualmente, se dijo que: “Así las cosas, la Sala encuentra que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera se ajusta, en lo

trascrito, a la lo señalado por la Constitución Política y las demás normas que regulan el sistema de seguridad social en pensiones, en tanto advierte que: (a) el legislador estableció la posibilidad de trasladar al sistema una reserva actuarial para que las semanas laboradas se contabilicen 'para todos los efectos prestacionales a que haya lugar dentro de dicho Sistema' incluso para prestaciones de invalidez y muerte; (b) si durante el periodo en que el empleador omitió la afiliación al Sistema ocurre la muerte o sobreviene la invalidez del trabajador, 'la responsabilidad del reconocimiento y pago de la prestación respectiva está en su cabeza y no resulta válido su aseguramiento posterior' (…)". Énfasis por fuera del texto original.

57 Por ejemplo, cuando más allá de la falta de cotización al sistema por la falta de reporte de la novedad, el número de semanas de cotización preexistentes son suficientes para reclamar el derecho pensional.

58 Véanse, entre otras, las Sentencias T-819 de 2001, T-531 de 2002, T-711 de 2003, T-212 de 2009, T-778 de 2010, T-495 de 2013, T-561 de 2013, T-679 de 2013, T-470 de 2014, T-540 de 2015, T-361 de 2017 y T-307 de 2018.

59 La disposición en cita es del siguiente tenor: "Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por 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 defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".

60 Véanse, entre otras, sentencias T-452 de 2001, T-372 de 2010, T-968 de 2014, T-200 de 2016, T-594 de 2016, T-014 de 2017 y SU-508 de 2020.

61 Corte Constitucional, sentencia T-594 de 1999.

62 Sobre el particular se pueden revisar las sentencias T-452 de 2001, T-197 de 2003, T-652 de 2008 y T-275 de 2009.

63 Corte Constitucional, sentencia T-493 de 1993.

65 Así, en la sentencia T-044 de 1996 se dijo que: “A juicio de la Corte, quien alega que la persona a cuyo nombre intenta la acción de tutela no puede hacer valer derechos de manera directa, carece de facultad para seguir representándola legítimamente cuando luego se establece, evaluados los hechos por el juez, que aquélla sí podía, por sí misma, acceder a la administración de justicia, de donde resulta que en tales casos, a menos que el verdaderamente interesado ratifique de manera expresa su voluntad de continuar con el proceso iniciado y reafirme ante el juez la relación de los hechos que dan lugar a la petición de amparo, la actuación debe culminar con la negación de las pretensiones de la demanda.” Énfasis por fuera del texto original. Fallo reiterado en las sentencias T-1254 de 2000 y T-435 de 2020.

66 CP, arts. 13, 47, 54 y 68.

67 Corte Constitucional, sentencia C-147 de 2017. Con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPCD”), aprobada en marzo de 2006 y que entró en vigor para Colombia en mayo de 2008, se superó la idea de que la discapacidad se encuentra asociada con una condición médica (física, fisiológica o psicológica), para avanzar a un concepto ligado más bien con las barreras sociales que les impiden a las personas participar plenamente en una sociedad. De esta manera, se ha insistido en que el diagnóstico médico de una persona en sí mismo no la hace diferente, sino que la situación que merece atención del Estado recae en las dificultades para involucrarse en las actividades diarias y acceder al goce de sus derechos en igualdad de condiciones.

68 “Artículo12. Igual reconocimiento como persona ante la ley. // 1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. // 2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. // 3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. // 4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. (…).”

69 Este tribunal consideró procedente una acción de tutela interpuesta por el padre de la afectada, quien padecía esquizofrenia crónica y estaba imposibilitada para ejercer sus derechos directamente, con el fin de que se ordenara el reconocimiento de su calidad de beneficiaria en el sistema de salud.

70 Se admitió la agencia del padre en favor de su hijo de 26 años que fue diagnosticado con proceso psicótico esquizofrénico, a efectos de que se le otorgara un tratamiento asistencial complementario financiado por el FOSYGA.

71 Se encontró acreditada la legitimación por activa de un padre en favor de su hijo mayor de edad que presentaba episodios psicóticos, con el fin de solicitar atención médica por parte del Ejército Nacional.

72 Se encontró acreditada la legitimación por activa de la madre en favor de su hijo mayor de edad que padecía una discapacidad cognitiva que le impedía comprender cabalmente la realidad y que estaba privado de la libertad.

73 La Corte aceptó la agencia oficiosa en el caso de una persona con 19 años que padecía un retardo mental severo, y que requería ser reintegrado al programa “Hogar gestor” liderado por el ICBF.

74 Ello, por ejemplo, se advirtió en la sentencia T-072 de 2019, en la que este tribunal declaró la falta de legitimación en la causa por activa de una tutela promovida por el padre de una estudiante universitaria mayor de edad, que invocó las enfermedades de distonía y disartria que le fueron diagnosticadas a su hija desde los cinco meses de nacida, para justificar el ejercicio del amparo en su nombre, pues existían, a juicio de la Corte, indicios suficientes para considerar que, a pesar de su condición de discapacidad, contaba con plena aptitud para tomar las decisiones propias de su vida y ejercer su capacidad jurídica.

75 Respecto de los hijos menores de edad, estén o no en situación de discapacidad, no es necesario invocar por los padres de la condición de agente oficioso, pues en virtud de la figura de la patria potestad tienen la atribución de representar judicialmente la defensa de sus derechos. Así lo dispone el artículo 306 del Código Civil.

76 En el escrito de tutela se manifiesta que: “(…) desde el momento del accidente de Juan

Camilo soy la persona que lo cuida y provee de las cosas necesarias (…)". Por lo demás, en su encabezado se señala que la acción de tutela que se formula pretende que se protejan los derechos de JCLR al debido proceso, a la "seguridad social en persona en situación de discapacidad", al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

77 Texto de la demanda, folio 1.

78 Texto de la demanda, folio 7.

79 De conformidad con el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, "La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley". CP, art 86; D, 2591 de 1991, art 1º.

80 "Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 1. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de educación. // 2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud. // 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación de servicios públicos. // 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. // 5. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace el artículo 17 de la Constitución. // 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución. // 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. // 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas. // 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela".

81 Las normas en cita, en el aparte pertinente, disponen que: "Del servicio público de

seguridad social. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. (…)". "Artículo 59. Concepto. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título. // Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados. (…)". "Artículo 90. Entidades Administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, cuya creación se autoriza. // Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley. (…)".

82 "(…) La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público (…)".

83 La posibilidad de Porvenir de ser cuestionada por vía de tutela se advierte, entre otras, en las sentencias T-535 de 2014, T-427 de 2018, T-300 de 2019 y T-024 de 2022.

84 Corte Constitucional, sentencia T-444 de 2013.

85 Corte Constitucional, sentencias SU-961 de 1999, T-291 de 2017 y SU-150 de 2021.

86 Véanse, entre otras, las sentencias SU-961 de 199, T-282 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-018 de 2008 y T-491 de 2009.

87 Corte Constitucional, sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

88 Ibidem. Sobre el particular también se puede consultar la sentencia T-013 de 2005.

89 Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-743 de

2008, T-189 de 2009, T-491 de 2009, T-328 de 2010 y T-444 de 2013.

90 Corte Constitucional, sentencias T-661 de 2011 y T-140 de 2012.

91 Véase, por ejemplo, la sentencia T-1063 de 2012, en la que se expuso que: "(…) tratándose de tutelas contra sentencias, el requisito de la inmediatez debe analizarse de forma estricta, por lo que es necesario establecer si, en efecto, la sentencia SU-917 de 2010, es un hecho completamente nuevo, razón por la cual la accionante solo pudo interponer la acción casi 6 años después de la sentencia de segunda instancia y si, siendo así, después de expedida la sentencia, la tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. (…)". Énfasis por fuera del texto original.

92 Corte Constitucional, sentencias SU-168 de 2017 y T-500 de 2020.

93 En la sentencia T-412 de 2018 se dijo que: "La inexistencia de un término de caducidad de la acción de tutela no implica per se que esta pueda interponerse en cualquier momento, por una parte, porque una de sus características definitorias es su ejercicio oportuno y, por la otra, debido a que la inmediatez impone a los actores un deber correlativo de presentación oportuna y justa de la acción; en otras palabras, un deber consistente en evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó el hecho o la omisión a la que se atribuye la vulneración de derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo ante el juez constitucional. // Lo dicho antes no desconoce lo señalado en las sentencias SU-428 de 2016 y SU-654 de 2017, según las cuales, eventualmente es procedente flexibilizar el requisito de inmediatez ante circunstancias personales especiales de los accionantes. En casos como el de la referencia, en los que no se presentan las circunstancias acreditadas en aquellas sentencias de unificación, no se puede flexibilizar el requisito de inmediatez con fundamento en el criterio del daño actual y permanente por la sola consideración relativa a la imprescriptibilidad del derecho pensional, así como tampoco por el hecho de que el demandante continúe sin obtener la prestación económica que pretende. // (…) La Sala encuentra necesario aclarar que una cosa es que los derechos objeto del litigio sean imprescriptibles y otra, diferente, que la acción de tutela para reclamar dichos derechos también tenga tal naturaleza, o que pueda ser ejercida en cualquier tiempo; ya que no es correcto "afirmar que la garantía de reclamar derechos laborales en cualquier tiempo es igual a la posibilidad de hacerlo mediante acción de tutela en cualquier tiempo". Del

carácter imprescriptible de la prestación se sigue que el titular del derecho o sus causahabientes, según el caso, pueden pedir que se les reconozcan los derechos en cualquier tiempo y, eventualmente, demandar la decisión de negarle dicho reconocimiento ante los jueces ordinarios, pero lo que no se deriva de allí es que la tutela pueda ejercerse en cualquier momento si es que lo que se persigue es el reconocimiento de una prestación de esa naturaleza, menos cuando se cuestiona la decisión de no conceder la pensión como tal, bien sea la del juez competente o la de la administradora del fondo pensional -sin agotar el proceso judicial-." Énfasis por fuera del texto original. Esta providencia fue reiterada por la Corte en la sentencia SU-556 de 2019.

94 Corte Constitucional, sentencia T-211 de 2009.

95 En efecto, el artículo 104 del CPACA establece que: "(…) La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (…) [igualmente] conocerá de los siguientes procesos: (…) 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrativo por una persona de derecho público." Por su parte, el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 dispone que: "La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (…) 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, los beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos".

96 Corte Constitucional, sentencia SU-442 de 2016.

97 Corte Constitucional, sentencias T-200 de 2011 y T-165 de 2016.

98 Corte Constitucional, sentencias T-249 de 2006, T-055 de 2006, T-851 de 2006, T-1046 de 2007, T-597 de 2009 y T-427 de 2011.

99 Corte Constitucional, sentencias T-071 de 2019, T-616 de 2019 y T-340 de 2018.

100 Corte Constitucional, sentencia T-340 de 2018.

101 Cuaderno digital. Contestación del accionante, folio 1.

102 “Articulo 24. Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

103 Corte Constitucional, sentencia T-404 de 2021.

104 Ibídem.

105 Corte Constitucional, sentencias T-345 de 2015, T-092 de 2016, T-334 de 2016, T-391 de 2018, SU-040 de 2018 y T-404 de 2021.