Sentencia T-291/17

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN MATERIA PENSIONAL-AplicaciÃ3n

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

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

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

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

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

El reconocimiento de los diferentes tipos de pensiones e indemnizaciones sustitutivas para los sujetos de especial protecci $\tilde{A}^3$ n constitucional, procede excepcionalmente v $\tilde{A}$ a acci $\tilde{A}^3$ n de tutela, no obstante el car $\tilde{A}_i$ cter subsidiario de  $\tilde{A}$ ©sta, siempre y cuando del an $\tilde{A}_i$ lisis de cada uno de los casos particulares se concluya que el acceso efectivo a la justicia del accionante, de acuerdo con sus circunstancias particulares, solo puede garantizarse mediante una acci $\tilde{A}^3$ n de tutela.

PENSION DE VEJEZ-Naturaleza y finalidad

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de

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

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

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

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

PENSION GRACIA-Origen y alcance

PENSION GRACIA-Naturaleza jurÃdica

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

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional

cuando se vulneran derechos de las personas de la tercera edad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Orden a alcaldÃa municipal reconocer y

pagar pensiÃ<sup>3</sup>n de vejez como sanciÃ<sup>3</sup>n por su omisiÃ<sup>3</sup>n en afiliar al accionante al sistema

general de pensiones

Referencia: Expedientes T- 5.931.930, T â€" 5.926.159

Acciones de Tutela interpuestas por JUAN CL̸MACO RÃ∏OS RAMIREZ contra el MUNICIPIO

DE EL ̸GUILA (VALLE DEL CAUCA) (T â€" 5.931.930); y ROSALBA PIZA REMICIO contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ECOPETROL S.A. (T â€"

5.926.159).

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

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

La Sala Tercera de RevisiÃ<sup>3</sup>n de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria

Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares

Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha

proferido la siguiente:

**SENTENCIA** 

Los expedientes que se estudian a continuaciÃ<sup>3</sup>n fueron seleccionados y acumulados para

revisiÃ<sup>3</sup>n y fallo en una sola sentencia, por presentar unidad de materia, mediante el Auto del

27 de enero de 2017, proferido por la Sala de SelecciÃ3 n Nú mero uno de esta CorporaciÃ3 n,

presidida por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

I. ANTECEDENTES

Expediente T â€" 5.931.930

### A. LA DEMANDA DE TUTELA

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

## A. HECHOS RELEVANTES

- 1. El señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez laboró como funcionario en la alcaldÃa del municipio de El Ã□guila (Valle del Cauca) por doce (12) años, cinco (5) meses y doce (12) dÃas3, desarrollando principalmente funciones de caminero y guardián de la cárcel municipal, desde el dÃa 19 de febrero de 1989, hasta el dÃa 01 de agosto de 2001, cuando fue retirado del servicio mediante la Resolución Nº 073 de idéntica fecha4.
- 2. El 19 de enero de 2016, presentó a la entidad territorial accionada una petición en la cual solicitó que se le informara si contaba con la posibilidad de optar por una pensión de jubilación, o en su defecto una indemnización sustitutiva de ésta, e igualmente que se le brindara información sobre el estado actual de sus aportes pensionales durante el tiempo que laboró para la entidad.
- 3. La anterior petición fue respondida el dÃa 02 de febrero de 2016, donde el señor Andrés Fernando Herrera Duque, Alcalde Municipal, le informó que respecto a la

posibilidad de reconocerle una pensión o una indemnización sustitutiva dicha información "sólo está en posibilidad de dársela el fondo de pensiones al cual usted se encuentre afiliado, en caso de ser negativa y en caso de usted considerar tener derecho a tales prestaciones, el llamado a resolver de fondo lo será un juez de la República(…)â€□5. Frente a la información de sus aportes pensionales durante el tiempo que laboró al servicio del municipio, se le comunicó que conforme a los archivos que reposan en dicha dependencia se tuvo "acceso a una solicitud de vinculación al fondo de pensiones PORVENIR, diligenciada el 30 de mayo de 1998â€□6, por lo cual le recomendó acudir a esta última entidad para que esclareciera sus dudas, al ser "ella la competente para resolver lo pertinenteâ€□7.

- 4. Por lo anterior, el actor formuló una nueva petición a Porvenir S.A., presentada el dÃa 18 de febrero de 2016, donde solicitaba que le fuera informado si "en la entidad FONDO DE PENSIONES Y CESANTÃ□AS PORVENIR, existe una cuenta a mi nombre y si a esta cuenta se le han realizado aportes pensionalesâ€□8. A esta solicitud se le dio respuesta oportuna, donde se le comunicó al actor que no existÃa vÃnculo alguno con la administradora, ni tampoco aportes realizados a su nombre9.
- 5. Ante esta respuesta, el actor acudió nuevamente a la alcaldÃa de El Ã□guila (Valle del Cauca), donde mediante una nueva petición radicada el dÃa 05 de abril de 2016, además de informarle la respuesta obtenida por Porvenir S.A., solicitó que se iniciaran "los trámites legales con el fin de que pueda acceder a una pensión de jubilación o en su defecto obtener una indemnización sustitutiva de pensión que me permita llevar una vida dignaâ€□10. Solicitó a su vez información sobre los documentos a allegar y el trámite que debÃa seguir para acceder a la prestación solicitada. Debido a la complejidad del asunto, el dÃa 22 de abril de 2016 la AlcaldÃa peticionada le solicitó al señor RÃos RamÃrez una prórroga de quince (15) dÃas hábiles para dar respuesta a la petición, en los términos del artÃculo 1º de la Ley 1755 de 201511.
- 6. La anterior petición fue respondida el 17 de mayo de 2016, donde el Alcalde Municipal le informó al actor que si considera que "cuenta con los elementos de juicio suficientes para hacerse merecedor al reconocimiento a su favor de la pensión de vejez, el llamado a resolver de fondo la controversia que se pueda suscitar sobre ese particular lo será un juez de la República como consecuencia de la acción judicial que usted deba interponer para tal

finâ€∏12, reiterando la respuesta dada el 30 de enero de la misma anualidad.

7. Por todo esto, el 18 de julio de 2016, el señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez presentó la acción de tutela que en esta oportunidad revisa la Sala.

### A. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

AlcaldÃa del Municipio de El Ã\u00e4guila (Valle del Cauca)

1. La AlcaldÃa del Municipio de El Ã∏guila (Valle del Cauca), después de pronunciarse uno por uno acerca de los hechos narrados en el escrito de tutela, solicitÃ3 no acceder a las pretensiones de la acciÃ<sup>3</sup>n de tutela, por no haber una vulneraciÃ<sup>3</sup>n a los derechos fundamentales indicados en el escrito del amparo, al considerar que el reconocimiento de pensiones de toda Ândole, es un procedimiento completamente reglado, el cual implica que quien eleve una solicitud en este sentido deberÃ; acreditar todos los requisitos que la ley dispone en la materia para poder verse beneficiado con una pensiÃ3n bien sea de vejez, invalidez o sobrevivientes. Puesto esto de presente, explica que en el caso del señor RÃos RamÃrez, a la administración tan solo le consta que el actor trabajó en la AlcaldÃa por un tiempo determinado, pero que le es imposible saber si ha cotizado o no una cantidad de semanas para que el sistema de pensiones le reconozca una pensiÃ<sup>3</sup>n de vejez. Alega, que del escrito del actor no se pude determinar si lo que pide es una pensiÃ3n de vejez o de invalidez, dada su condición de salud, por lo que considera que hay una falta de claridad en los pedimentos. Finalmente, considera que el asunto que motiva la interposiciÃ<sup>3</sup>n de la acciÃ3n de tutela debe ser resuelto por el juez laboral en el marco de un proceso ordinario, por lo que, al ser este un mecanismo explÂcito y concreto para resolver esa clase de diferencias, la acciÃ<sup>3</sup>n que se interpuso es improcedente.

# A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÃ"N

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de El ̸guila

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

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

 $Impugnaci\tilde{A}^{3}n$ 

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

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

1. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Cartago (Valle del Cauca), confirmó en su integridad la decisión adoptada en primera instancia al considerar que no es procedente revocar la sentencia impugnada toda vez que la acción de tutela no es el mecanismo para el reconocimiento de pensión de vejez o pago de indemnizaciones sustitutivas de ésta. AsÃ, expone que la acción interpuesta va en contra del principio de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, al considerar que la discusión, es substancialmente legal y no constitucional, al ser una pretensión de carácter pensional y que no existen elementos que tornen plausible la aplicación de la excepcionalidad de este amparo, precisamente por no estar probada la existencia del riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. Lo anterior, dado que la acción de tutela por su naturaleza residual no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos de los ordinarios existentes para reclamar

idénticas pretensiones, por lo que si el ente territorial omitió su deber de cotizar al fondo de pensiones correspondiente, este asunto de alto grado de complejidad debe ser discutido ante el juez laboral o, de lo contencioso administrativo, y no ante el juez de tutela.

Expediente T â€" 5.926.159

### I. ANTECEDENTES

### A. LA DEMANDA DE TUTELA

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

### A. HECHOS RELEVANTES

- 2. El se $\tilde{A}\pm$ or Tarazona J $\tilde{A}_i$ come falleci $\tilde{A}^3$  el 23 de julio de 2005, por lo que la actora afirma que ha quedado desprotegida y en una situaci $\tilde{A}^3$ n econ $\tilde{A}^3$ mica precaria, al no tener vivienda propia, no estar afiliada a ninguna EPS y no poder conseguir un empleo en raz $\tilde{A}^3$ n de su edad.
- 3. La señora Rosalba Piza Remicio reclamó a Colpensiones una pensión de sobrevivientes el 27 de mayo de 2015, la cual mediante resolución No. GNR 256105 del 24 de agosto de 2015, negó la solicitud al no encontrarse acreditados los requisitos que la ley dispone para

estos efectos. Sin embargo, en su lugar reconoció la indemnización sustitutiva de pensión. Para lo anterior, expuso que el accionante habÃa cotizado un total de 41 semanas13, por lo que no cumplÃa los requisitos que el artÃculo 46 de la ley 100 de 1993 establecÃa para el reconocimiento pensional. Por esta razón, de acuerdo con lo dispuesto en el artÃculo 2º del Decreto 1730 de 2002 se le reconoció y liquidó a la señora Piza Remicio una indemnización sustitutiva en el 100% de su porcentaje, correspondiente a \$ 530,873.00. Sin embargo, frente a los tiempos acreditados mediante certificados de Ecopetrol S.A., se le informó que "debe dirigirse a la caja a la cual se efectuaron los aportes que para el caso en concreto es Ecopetrol y solicitar el pago de la indemnización sustitutivaâ€∏.

- 4. El 27 de abril de 2016, la señora Rosalba Piza Remicio presentó idénticas pretensiones a aquellas recogidas en el escrito de tutela, mediante una petición elevada ante Ecopetrol S.A. donde solicitaba la expedición de un bono pensional al que considera tener derecho, asà como el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión por el tiempo que laboró su esposo en dicha empresa.
- 5. La anterior solicitud fue respondida por la entidad el 17 de mayo de 2016 mediante el oficio OPC-2016-016213, donde se le informÃ<sup>3</sup> a la actora que los trabajadores que se vincularon a la empresa con anterioridad al 29 de enero de 2003, conforme a lo establecido en el artÃculo 279 de la ley 797 de 2003, se pensionaban directamente con Ecopetrol S.A., quien en calidad de empleador realizaba sus propios reconocimientos pensionales, por lo cual no se efectuaban aportes a ninguna entidad de previsiÃ3n social o administradora de pensiones. AsÃ, la empresa nunca le descontó al señor Wilson Tarazona JÃ;come cuota alguna por concepto de aportes para pensión. Sin embargo, le informó que por el tiempo que "laboró para esta sociedad, usted tendrÃa derecho a un bono pensional, siempre y cuando, reúna los requisitos de una pensión de sustitución o indemnización sustitutiva y solicite el consiguiente racionamiento ante la AFP o COLPENSIONES al cual se encontraba afiliado (…)â€∏ el difunto. Razón por la cual "la obligación de Ecopetrol S.A. en relaciÃ<sup>3</sup>n con la temÃ;tica que nos ocupa, únicamente se contrae, en todo caso, a concurrir en el pago que de esta prestaciÃ<sup>3</sup>n pueda llegar a efectuar el ISS, hoy Colpensiones, siempre que el señor Wilson Tarazona JÃ;come haya cotizado a tal entidad, y a prorrata del tiempo laborado (…)â€∏. Por lo que, le solicita dirigirse a Colpensiones para reiterar la solicitud de la prestaciÃ<sup>3</sup>n en menciÃ<sup>3</sup>n, acreditando igualmente el tiempo de servicio prestado a Ecopetrol S.A.14, para que sean ellos quienes verifiquen si hay viabilidad para realizar el

reconocimiento, es decir, si se reúnen los requisitos legales para estos efectos, caso en el cual la empresa girarÃ; la cuota parte correspondiente.

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

## A. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

## Ecopetrol S.A.

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

AsÃ, reiteró que Ecopetrol S.A. se encuentra exceptuado del ámbito de aplicación de la ley 100 de 1993, por lo que las normas que regulan lo relativo a la indemnización sustitutiva no le son aplicables, máxime cuando esta figura jurÃdica es propia del régimen de prima media con prestación definida que administra el ISS, hoy Colpensiones. Por lo que, es esta última entidad quien posee la competencia y el software para efectos del trámite de la liquidación y pago de la indemnización solicitada, y debe entonces solicitar a Ecopetrol S.A. la certificación del tiempo laborado por el accionante para la empresa, a fin de establecer el monto de la cuota parte que posteriormente deberá cancelar la empresa, certificación que además ya fue expedida, y solo resta el reconocimiento que de ella haga Colpensiones, que es quien única y exclusivamente debe efectuar el reconocimiento de la indemnización solicitada.

# Colpensiones

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

# A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÃ"N

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

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

no se evidencia irregularidad procesal alguna.

Argumenta, que tampoco est $\tilde{A}_i$  acreditado el requisito de inmediatez al haber interpuesto la acci $\tilde{A}^3$ n once (11) a $\tilde{A}\pm$ os despu $\tilde{A}$ ©s del fallecimiento de su c $\tilde{A}^3$ nyuge. Tambi $\tilde{A}$ ©n aclara que la accionante no es una persona de la tercera edad, como afirma en su escrito de tutela, ya que para esa  $\tilde{A}$ ©poca ten $\tilde{A}$ a apenas 52 a $\tilde{A}\pm$ os, y que el precedente que cita en su escrito para que le sea aplicado (sentencia T-230 de 2014), no le es a ella acoplable pues en esa oportunidad la Corte Constitucional tutel $\tilde{A}^3$  los derechos de una actora no s $\tilde{A}^3$ lo de 75 a $\tilde{A}\pm$ os, sino con m $\tilde{A}^0$ ltiples y graves afecciones en su salud, constituyendo as $\tilde{A}$  situaciones diferenciadas. Finalmente, reitera que la improcedencia se predica preponderantemente por no demostrarse la existencia de la configuraci $\tilde{A}^3$ n de un perjuicio irremediable, caso en el cual podr $\tilde{A}$ a pensarse en una tutela transitoria de los derechos reclamados.

# Impugnación

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

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

6. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó en su totalidad la decisión de primera instancia. Para ello, tuvo en cuenta que Ecopetrol S.A. no es destinataria de la ley 100 de 1993, lo cual no obsta para que si la accionante considera tener un derecho a la mentada indemnización, pueda reclamarla mediante los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos para ello, que considera además célere por el sistema de

oralidad de los procesos laborales. Frente a la sentencia a la que alude la accionante como sustento de sus pretensiones, considera que debe la Sala apartarse del criterio allà plasmado, no solo porque existe un medio ordinario para el debate planteado, sino también porque la discusión frente a cuál de los entes accionados debe reconocer y pagar la prestación solicitada, asà como la estructuración del derecho es de Ãndole meramente legal y no propia del escenario constitucional, más aún cuando no se ha probado la inminencia de un perjuicio irremediable. Finalmente, argumentando que la tutela no es un medio supletorio ni alternativo a las acciones legalmente previstas en el ordenamiento, manifiesta que al no probarse la ineficacia de la acción judicial en el caso concreto, no habrá lugar a revocar la sentencia impugnada.

### I. CONSIDERACIONES

### A. COMPETENCIA

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

# A. CUESTIONES PREVIAS: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÃ"N DE TUTELA

2. Legitimación por activa: La legitimación por activa en la acción de tutela, se encuentra regulada en el ArtÃculo 10º del Decreto 2591 de 1991, en el que consta expresamente que podrán hacer valer judicialmente un derecho fundamental en todo momento o lugar, mediante la acción referida: "cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sà misma o a través de representante. Los

poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipalâ€□.

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

Asà las cosas, se observa que este requisito se encuentra acreditado tanto en el caso de la seÃ $\pm$ ora Rosalba Piza Remicio (Expediente T â $\in$ " 5.926.159), como el del seÃ $\pm$ or Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez (Expediente T â $\in$ " 5.931.930), toda vez que ambos estÃ;n actuando en nombre propio, buscando el reconocimiento de una pensión o una indemnización de esta última, cuyos titulares y beneficiarios serÃan ellos mismos, ya que las prestaciones que recibirÃan en caso de ser reconocidas, hacen que tengan un interÃ $\oplus$ s no solo directo, sino particular en que se tutelen sus derechos presuntamente vulnerados. Entonces, el hecho de que en cada uno de los casos, acuda al juez constitucional un actor que pretende el amparo de unos derechos fundamentales propios, como personas naturales y titulares de los derechos que alegan estÃ;n siendo presuntamente afectados de manera directa, actual e inmediata hace que se entienda que tienen derecho a acceder libremente a la administración de justicia mediante el ejercicio de la acción de tutela, para que Ã $\oplus$ sta determine si existe tal vulneración o no, por lo que, la legitimación por activa se encuentra satisfactoriamente cumplida.

3. Legitimación por pasiva: La legitimación por pasiva hace referencia a "la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamentalâ€□16. AsÃ, se entiende que la determinación de la persona obligada a satisfacer la protección de un derecho fundamental que es invocada, resulta indispensable para conformar la litis dentro del

tr $\tilde{A}_i$ mite de una acci $\tilde{A}^3$ n de tutela. Es decir, debe establecerse que la entidad p $\tilde{A}^0$ blica o el particular que est $\tilde{A}_i$  siendo accionado, en caso de proceder contra este  $\tilde{A}^0$ ltimo, tiene la capacidad formal y material bien sea para impedir la vulneraci $\tilde{A}^3$ n inminente de un derecho fundamental, o para hacer cesar el da $\tilde{A}^{\pm}$ o que en este  $\tilde{A}^0$ ltimo se est $\tilde{A}_i$  consumando.

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

Puntualmente, en el caso de Colpensiones, entidad accionada por la señora Rosalba Piza Remicio (Expediente Tâ€" 5.926.159), se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, encargada de prestar la función pública de la seguridad social (numeral 8º del artÃculo 42 del Decreto 2591 de 1991), por lo cual, estÃ; legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye el supuesto quebrantamiento de los derechos fundamentales reclamados, y es en últimas, quien  $deber\tilde{A}_{i} \ proceder \ al \ reconocimiento \ y \ pago \ de \ las \ indemnizaciones \ sustitutivas \ de \ pensi\tilde{A}^{3}n$ de sobrevivientes solicitadas mediante acciÃ3n de tutela, si del anÃ; lisis de fondo en el asunto encuentra la Corte que debe concederse el amparo. En el mismo orden de ideas, Porvenir S.A., entidad accionada por el señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez (Expediente T â€" 5.931.930), es una administradora de fondos de pensiones y cesantÃas vigilada por la Superintendencia Financiera, que administra un Fondo de Pensiones Voluntarias, Fondos de Pensiones Obligatorias y Fondos de CesantÃas, asà como Patrimonios AutÃ3nomos, que presta un servicio público que vela entre otros por el derecho a la seguridad social y, como tal es demandable en proceso de tutela17.

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

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

Entonces, resulta claro que además la inmediatez tiene la importantÃsima función de garantizar el cumplimiento del objeto mismo de la acción de tutela, toda vez que sirve para

proteger urgentemente los derechos fundamentales que están amenazados, o en algunos casos efectivamente vulnerados en ese momento. La tutela no fue concebida por la Carta PolÃtica como un mecanismo de ultima ratio para ser utilizado cuando las personas, por el paso de tiempo y su propia negligencia, hayan dejado pasar las oportunidades para la interposición de las acciones ordinarias que la jurisdicción ofrece para proteger los derechos de cada quién. Sin embargo, no existe legal o jurisprudencialmente un término prescriptivo para hacer uso del derecho de acción a través de la tutela, toda vez que, se reitera, la inmediatez debe ser analizada caso por caso, y la conclusión a la que llegue el operador jurÃdico variará dependiendo de qué tan significativas sean las variables entre uno y otro sumario. En este sentido expuso esta Corte en la sentencia T -792 de 2009 que:

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

5. Visto que, el análisis de la oportuna presentación de la acción de tutela no tiene un plazo estandarizado aplicable por igual a todos los casos, sino que por el contario, este debe resultar no solo prudencial sino además sensato a la luz del análisis que el sentenciador haga de la situación fáctica del actor, debe existir realmente un examen riguroso de los hechos que motivan la acción, asà como los derechos que se alegan vulnerados y

amenazados, ya que:  $\hat{a} \in c(\hat{a} \in |\cdot|)$  el examen de inmediatez no se reduce al paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneraci $\tilde{A}^3$ n de un derecho fundamental y la interposici $\tilde{A}^3$ n de la demanda de tutela. Adicionalmente, en algunos casos, cabe constatarse si existe un motivo v $\tilde{A}_i$ lido, entendi $\tilde{A}$ ondolo como una justificaci $\tilde{A}^3$ n para el no ejercicio de la acci $\tilde{A}^3$ n constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada ( $\hat{a} \in |\cdot|$ ) que explique satisfactoriamente su tardanza y ( $\hat{a} \in |\cdot|$ ) que durante ese tiempo el accionante haya iniciado las actuaciones judiciales pertinentes ante la jurisdicci $\tilde{A}^3$ n ordinaria laboral y de seguridad social para ventilar su inconformidad ( $\hat{a} \in |\cdot|$ ) $\hat{a} \in l$ 1. Por consiguiente, pueden existir casos que en principio parezcan indicar un lapso temporal demasiado extenso que implicar $\tilde{A}$ an declarar improcedente la acci $\tilde{A}^3$ n de tutela por este motivo, no obstante, en ellos debe llevarse a cabo un estudio riguroso que descarte en primer lugar una causal justificadora del prolongado paso del tiempo para acudir al juez constitucional, e igualmente, debe quedar claro que el actor ha sido juicioso y diligente utilizando las v $\tilde{A}$ as ordinarias que podr $\tilde{A}$ an amparar sus pretensiones.

A pesar de ello, "la permisión del paso del tiempo hace presumir que el actor de la tutela no se ha sentido abatido en grado tal que haya sido imposible continuar conviviendo con la amenaza de vulneración o la vulneración misma y que, en esa medida, o bien no existe perjuicio, u otros medios existentes en el ordenamiento jurÂdico, los cuales toman un tiempo razonable pero mayor que la tutela, serán los idóneos para conocer del casoâ€∏22. Por ende, el carÃ;cter de sujeto de especial protecciÃ3n constitucional, como serÃan las personas con afectaciones graves de salud o los adultos de la tercera edad, no justifica la procedencia de la acciÃ<sup>3</sup>n de tutela por su simple condiciÃ<sup>3</sup>n, sino que debe probarse que efectivamente  $est\tilde{A}_i$  en una situaci $\tilde{A}^3$ n de debilidad manifiesta. Es por esto que para superar el requisito de subsidiariedad, debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo no puede entenderse como infinito ni excesivo, ya que como se expuso, se sospecha que si ha transcurrido demasiado tiempo desde la vulneraciÃ<sup>3</sup>n o amenaza sin presentar la acciÃ<sup>3</sup>n de tutela, no hay perjuicio o este no resulta tan grave. AsÃ, además de explicar justificativamente su tardanza, debe el actor demostrar la gravedad de la vulneración de sus derechos porque, se reitera, la protecciÃ<sup>3</sup>n especial constitucional por sà sola no abre la puerta a la acciÃ<sup>3</sup>n de tutela para los sujetos cobijados por ese status.

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

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

7. Ya que los sujetos de especial protección constitucional, en caso de encontrarse en una situación de debilidad manifiesta merecen, como ha sido reiteradamente expuesto, una protección y consideración especial por parte del Estado, esta Corte ha precisado que: "en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y cuando (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minorÃa de edad, incapacidad fÃsica, entre otrosâ€□24. Por lo que nuevamente, el examen que se haga sobre su situación particular se flexibiliza en aras de garantizar plenamente el derecho fundamental a la igualdad y en tales casos la inmediatez no será valorada de manera tan estricta, por lo que

se insiste que"(‡) para declarar la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de inmediatez, no es suficiente comprobar que ha transcurrido un periodo considerable desde la ocurrencia de los hechos que motivaron su presentación, sino que, además, es importante valorar si la demora en el ejercicio de la acción tuvo su origen en una justa causa que explique la inactividad del accionante de tal manera que, de existir, el amparo constitucional es procedenteâ€□25. En definitiva, se tiene que la valoración del término para interponer la acción de tutela debe ser ponderado de manera particular en cada uno de los casos, con todas las consideraciones que hasta aquà se han dejado plasmadas.

- 8. En este sentido, cuando se pretenda el reconocimiento de pensiones o de indemnizaciones sustitutivas de la pensión, cuyos beneficiarios sean sujetos de especial protección constitucional, debe siempre observarse la justa causa que motive el paso del tiempo en que los actores han dejado de interponer este mecanismo de amparo de derechos fundamentales. Será entonces necesario ponderar la validez del motivo del tiempo transcurrido que justifique la tardanza en la interposición de la tutela, frente a la gravedad de la vulneración de los derechos, puesto que no obstante que el requisito de inmediatez no tiene una exigibilidad muy estricta, por la especial condición de las personas enfermas o de la tercera edad, esto solo dependerá de la intensidad del quebrantamiento que hayan sufrido en sus derechos.
- 9. En fin, cuando las personas de especial protección constitucional reclamen derechos prestacionales mediante la acción de tutela, no puede establecerse un plazo estándar y riguroso que se aplique por igual en todos los casos que se presenten, ya que, una conclusión de ese talante desconocerÃa el derecho a la igualdad, que se protege especialmente destinándole medidas especiales a estos grupos poblacionales. Ahora bien, esta Sala enfatiza que lo hasta aquà expuesto nunca legitima a estas personas para revivir términos o acciones que han prescrito para ser interpuestas ante la jurisdicción ordinaria, y si bien el extenso paso del tiempo implica presumir que la intensidad del perjuicio no ha sido lo suficientemente grave para justificar tutelar las pretensiones prestacionales por la vÃa

extraordinaria de la tutela, debe al igual que en la subsidiariedad, hacerse una valoraci $\tilde{A}^3$ n caso por caso, ateniendo a los criterios que seg $\tilde{A}^0$ n se rese $\tilde{A}\pm\tilde{A}^3$  ha dictado este tribunal para, en  $\tilde{A}^0$ ltimas, establecer si quienes reclaman por esta v $\tilde{A}$ a sus diferentes pretensiones pensionales o sustitutivas de estas, han dejado pasar demasiado tiempo, motivo por el cual el an $\tilde{A}_i$ lisis particular del cumplimiento de requisito de inmediatez debe hacerse a la par del examen que se lleve a cabo en lo relativo a la subsidiariedad, puesto que comparten un estudio minucioso de la afectaci $\tilde{A}^3$ n de los derechos al que se ha hecho referencia.

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

Expediente T â€" 5.931.930

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

Sin embargo, la anterior consideraci $\tilde{A}^3$ n se basa exclusivamente en un an $\tilde{A}_i$ lisis de inmediatez contabilizado desde la expedici $\tilde{A}^3$ n de un acto administrativo que considera el

actor como causante de la afectaci $\tilde{A}^3$ n es sus derechos fundamentales. No puede pasarse por alto que el se $\tilde{A}\pm$ or R $\tilde{A}$ os Ram $\tilde{A}$ rez fue desvinculado de su puesto de trabajo en el a $\tilde{A}\pm$ o 2001, y fue s $\tilde{A}^3$ lo en el a $\tilde{A}\pm$ o 2016, casi 3 lustros despu $\tilde{A}$ ©s, que acudi $\tilde{A}^3$  a hacer las respectivas reclamaciones a las entidades accionadas. Por lo que debe la Sala imperativamente analizar si la acci $\tilde{A}^3$ n de tutela realmente resultaba necesaria en esta oportunidad. En otras palabras, resulta necesario determinar por qu $\tilde{A}$ © el actor dej $\tilde{A}^3$  pasar tanto tiempo entre el momento que dej $\tilde{A}^3$  de laborar para la respectiva Alcald $\tilde{A}$ a hasta la oportunidad que acudi $\tilde{A}^3$  ante esta autoridad para reclamar las pretensiones que han sido suficientemente descritas. Lo anterior ser $\tilde{A}$ a en principio un indicio que permitir $\tilde{A}$ a suponer que no existe una vulneraci $\tilde{A}^3$ n tan flagrante en los derechos fundamentales del actor, y justamente por ello presuntamente dej $\tilde{A}^3$  pasar tanto tiempo para llevar a cabo su solicitud en sede administrativa, y por ende podr $\tilde{A}$ a dirimir su disputa actual ante la jurisdicci $\tilde{A}^3$ n laboral ordinaria.

Es por esta última consideración que como fue expuesto el requisito de inmediatez no puede ser analizado de manera independiente y aislada, sino que requiere de un estudio conjunto con la subsidiariedad de la acción de tutela presentada, que no está sujeto a criterios de procedibilidad taxativos o estrictos, sino que le implica al juez constitucional examinar la situación particular del accionante para determinar si este paso tan extenso de tiempo debe entenderse como razonable y de esta manera estimar procedente la tutela presentada, o si de lo contario, la situación fáctica que lo caracteriza no justifica el paso tan prolongado de tiempo, y debe pues llevar sus pretensiones al juez ordinario laboral. AsÃ, tal y como fue expuesto deberá llevarse a cabo un análisis sistemático de la inmediatez y la subsidiariedad atendiendo las condiciones particulares del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez, estudio que se hará con posterioridad en el presente examen de procedencia de la acción.

# Expediente T â€" 5.926.159

12. La señora Rosalba Piza Remicio presentó la acción de tutela que conoce la Sala el dÃa 10 de agosto de 2016, debido a que Ecopetrol S.A. le negó mediante oficio OPC-2016-016213, expedido el 17 de mayo de 2016, su pretensión de obtener una indemnización sustitutiva a la pensión de sobrevivientes que no logró causar su esposo, quien laboró para dicha empresa pero falleció en el año 2005. Asà las cosas, en principio la acción interpuesta serÃa procedente de acuerdo con los criterios anteriormente

planteados al haber acudido al juez de tutela en menos de tres (3) meses desde la decisión que la actora considera vulneratoria de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social, entre otros. A pesar de ello, debe hacerse idéntica consideración a la propuesta para el análisis del Expediente T – 5.931.930, toda vez que trascurrió casi una década desde el fallecimiento de su cónyuge, hasta el momento en que la señora Piza Remicio reclamó en sede administrativa la indemnización a la que se ha venido haciendo referencia, por lo que en principio, nuevamente se podrÃa suponer que nada impide a la actora acudir a la vÃa laboral ordinaria, para que sea dicho juez el que determine si tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la prestación que solicitó administrativamente, y en la oportunidad que ocupa a la Sala en sede de tutela.

Asà las cosas, tal y como se dijo para el caso del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez, deberÃ; analizarse en el caso concreto de la señora Rosalba Piza Remicio, si la década que trascurrió entre el momento de reclamar la prestación y la muerte de su cónyuge, causante de esta última, fue excesiva, o si por el contrario dadas las condiciones particulares actuales de la actora, la acción interpuesta deberÃ; considerarse procedente, al menos de manera transitoria, para la protección de los derechos que estima vulnerados. Por ende, el requisito de inmediatez para el caso que se analiza deberÃ; analizarse al unÃsono con el requisito de subsidiaredad de la acción, donde se considerarÃ; la situación particular de la actora.

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

No obstante lo anterior, esta condición de procedibilidad, presenta matices y excepciones que se justifican por circunstancias muy particulares que pueden abarcar desde los hechos

que llevan a interponer la acción, como un criterio objetivo de ponderación, hasta las condiciones personales de los accionantes, que constituirán una valoración subjetiva que respalda una excepción a la precitada regla general. En este orden de ideas, dentro de estos últimos se encuentran los sujetos de especial protección constitucional, que según lo ha definido este tribunal son "aquellas personas que debido a su condición fÃsica, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. AsÃ, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos fÃsicos, sÃquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobrezaâ€□26.

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

"La cláusula general de igualdad contenida en el artÃculo 13 de la Constitución PolÃtica impone una obligación en cabeza del Estado colombiano de proteger de manera privilegiada a aquellas personas que por su condición económica, fÃsica o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (…) la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. A juicio de la Corte, dada su situación de

debilidad manifiesta e indefensión, en el marco del estado social de derecho surge la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan corregir los efectos nocivos de la desigualdad, avanzar de forma consistente hacia su erradicación total y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. En este orden, en reiterada jurisprudencia27, la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de los derechos a quienes son sujetos de la protección especialâ€□28.

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

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

Este tribunal ha delimitado una serie de situaciones donde no obstante existir un medio ordinario de defensa judicial procederá la acción de tutela, especÃficamente cuando "(i) (‹) no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirÃa un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas (‹), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutelaâ€□30. Asà las cosas, la regla de subsidiariedad de la acción de tutela no es tan estricta ni tan rÃgida para los sujetos de especial protección constitucional por la situación tan especial que ostentan. Esto lo ha manifestado esta Corte al afirmar que:

"En relación con estas personas no es posible hacer el examen de subsidiariedad con la misma rigurosidad que para los demás. Por ello, el requisito de subsidiariedad no puede dejar sin contenido al trato preferencial que reciben los sujetos de especial protecciÃ<sup>3</sup>n constitucional. Un análisis riguroso de este principio de cara a dicho grupo acentuarÃa su condiciÃ<sup>3</sup>n de debilidad, toda vez que el juez de tutela aplicarÃa los mismos criterios que al común de la sociedad. Es por eso que su valoración no debe ser exclusivamente normativa. La evaluaciÃ<sup>3</sup>n debe prever los aspectos subjetivos del caso. Por tanto, cuando de los elementos del caso se concluya que la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protecciÃ<sup>3</sup>n, el análisis se hace más flexible para el sujeto pero más riguroso para el juez, ya que debe considerar circunstancias adicionales a las que normalmente valora (…) En conclusión, los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial protecciÃ<sup>3</sup>n constitucional se presumen inidÃ<sup>3</sup>neos. Sin embargo, en cada caso, la condiciÃ<sup>3</sup>n de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situaciÃ<sup>3</sup>n de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus caracterAsticas, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condicionesâ€□31.

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

Por ende, la acciÃ<sup>3</sup>n de tutela puede llegar a ser procedente para reclamar pensiones o las indemnizaciones sustitutivas de estas cuando los requisitos para obtener las primeras no se encuentren acreditados, en aquellos eventos en que el accionante sea un sujeto en condiciÃ<sup>3</sup>n de vulnerabilidad, conclusiÃ<sup>3</sup>n que solo podrÃ; determinarse estudiando sus circunstancias subjetivas e Ântimas, para lo cual, en lo que respecta especÂficamente al reconocimiento de derechos prestacionales, deben constatarse una serie de condiciones y requerimientos recogidos en la sentencia T-100 de 2015, donde se expone que "(…) se debe corroborar y ponderar la existencia de los requisitos que jurisprudencialmente se han dispuesto por esta Corte, los cuales permitirÃ;n concluir si resulta o no necesario amparar y reconocer, de manera transitoria o definitiva, un derecho de Andole prestacional a quien por este mecanismo lo requiere. Tales exigencias, que se deben constatar por el juez constitucional, son descritas en abundante jurisprudencia y compiladas particularmente, entre otras, en la Sentencia T-115 de 2011, asÃ: (i) Que se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protecciÃ3n; (ii) El estado de salud del solicitante y su familia; (iii) Las condiciones económicas del peticionario; (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mÃnimo vital; (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protecciÃ3n de sus derechos, y (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protecciÃ<sup>3</sup>n inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectadosâ€[].

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

"(…) esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones, cuando el titular del derecho en discusiÃ3n es un sujeto de especial protecciÃ<sup>3</sup>n constitucional o que por su condiciÃ<sup>3</sup>n econÃ<sup>3</sup>mica, fÃsica o mental se encuentra en situaciÃ<sup>3</sup>n de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente respecto de los dem¡s miembros de la sociedad, dado que someterlo a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantÃas fundamentales. No obstante, es menester aclarar en este punto que la condición de sujeto de especial protecciÃ<sup>3</sup>n constitucional no constituye per se razÃ<sup>3</sup>n suficiente para admitir la procedencia de la acción de tutela (…) para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, segÃon se trate, es también necesario acreditar, por una parte, la ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la amenaza, vulneraciÃ3n o afectaciÃ3n de derechos fundamentales como la vida digna, el mÃnimo vital y la salud; y, por otra, que acudir a otra vÃa judicial puede comprometer aún más sus derechos fundamentales (…) será procedente para estos efectos, siempre y cuando este acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, derivado de la amenaza, vulneraciÃ3n o grave afectaciÃ3n de derechos de raigambre fundamental, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos, de manera tal que se entienda que estos han perdido toda su eficacia material y jurÃdicaâ€∏.

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

Finalmente, debe adicionarse que lo hasta aquà señalado debe complementarse con lo dispuesto en la reciente sentencia T-065 de 2016, donde se dejó constancia que "en determinados casos, la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protecciÃ<sup>3</sup>n resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumaciÃ<sup>3</sup>n de un perjuicio irremediable. Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protecciÃ<sup>3</sup>n constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por vÃa ordinaria, o si, por su situaciÃ3n particular, no puede acudir a dicha instancia. En caso de encontrar que la tutela es procedente, la medida de amparo serÃ; definitiva cuando el mecanismo judicial no resulte eficaz e idóneo para la protecciÃ<sup>3</sup>n de los derechos que se pretenden garantizar. Por ejemplo, cuando la persona que intenta la acciÃ3n de tutela se enfrenta a un estado de indefensiÃ3n o a circunstancias de debilidad manifiesta33. O la medida serÃ; transitoria34 cuando, a pesar de la idoneidad de los medios de defensa judicial, la amenaza o violaciÃ<sup>3</sup>n de los derechos requiere una decisión urgente, mientras la justicia laboral decide el conflictoâ€∏35.

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

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

Expediente T â€" 5.931.930

15. De acuerdo a las reglas establecidas, en el caso del accionante Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez, se trata inequÃvocamente de una persona de especial protección constitucional no sólo en razón de su avanzada edad (actualmente tiene 77 años)36, sino también por su delicado estado de salud afectado debido a un lesión en su columna vertebral, que le ha ocasionado una pérdida paulatina de movilidad, asà como por haber sido diagnosticado con un lumbago crónico y presentar diferentes problemas gastrointestinales, y según afirma agravadas ostensiblemente por anomalÃas cardiacas37. Como quedó suficientemente explicado, esta condición de ser un sujeto de especial protección

constitucional no resulta por sà sola suficiente para tramitar la acción de tutela con miras a reconocer la pensión solicitada, puesto que estas pretensiones deben ser, por regla general, dirimidas ante la jurisdicción ordinaria laboral, razón por la cual debe estudiarse en detalle la situación que lo rodea.

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

- i) Se trata de un sujeto de la tercera edad, que ya cumpli $\tilde{A}^3$  77 a $\tilde{A}\pm$ os (naci $\tilde{A}^3$  el 25-01-1940)38.
- ii) Su estado de salud es agobiante ya que producto de una caÃda el 31 de mayo de 1994 desde un segundo piso, empezó a tener diferentes dolores y molestias en la zona lumbar39, que con el tiempo derivaron en una artrosis en la columna y asà en una limitación funcional40, igualmente padece una esclerosis dorsal de convexidad izquierda41 y un lumbago crónico42. Ha sufrido ulceras pépticas43 y gastritis crónica en reiteradas oportunidades44, siendo además diagnosticado con osteoporosis45 y con una pérdida de la lordosis lumbar46. Además, afirma tener anomalÃas cardiacas que le producen intensos dolores, los cuales le ha manifestado a los médicos tratantes de sus distintas enfermedades, sin embargo esta afirmación no está respaldada en la historia clÃnica, como si lo están todos los demás flagelos arriba enumerados. Por ende, concluye la Sala que este requisito relativo a las dificultades de salud se encuentra plenamente acreditado, ya que es inequÃvoco que el señor RÃos RamÃrez tiene un estado de salud preocupante además de frágil, y que desafortunadamente no presenta un panorama que permita suponer que puede llegar a mejorar.
- iii) Las condiciones económicas del accionante son muy limitadas toda vez que los pocos ingresos que recibe son producto de labores "que no demandan una actividad fÃsica extenuante, la que desarrolla en periodos muy cortos de tiempoâ€□, según consta en el escrito de tutela, y cuenta con respaldo clÃnico ya que en más de una oportunidad diferentes médicos le han recomendado "evitar trabajo excesivoâ€□47, asà como guardar quietud por las condiciones médicas descritas en el numeral anterior, por lo que según informa se ha visto afectado en sus ingresos económicos al no contar con otro medio de subsistencia o de ingresos que le permita ganarse el sustento diario48. Lo anterior,

permite concluir que sus condiciones económicas son bastante difÃciles, ya que si por incapacidad medica le resulta imposible laborar por espacios de tiempo que sean medianamente prolongados, no resulta factible que el señor RÃos RamÃrez labore en una jornada de 40 horas semanales que le permita percibir aunque sea el salario mÃnimo, por lo que los pocos ingresos que percibe por jornales, hacen que no pueda ver efectivamente garantizado su derecho fundamental al mÃnimo vital en sus actuales condiciones laborales, de carácter informal.

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

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

vuelto cada vez  $m\tilde{A}_i$ s ardua, por lo que se ha visto obligado a finalmente reclamar un derecho que considera merece.

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

16. Siguiendo este análisis se observa que, de acuerdo con lo requerido en la sentencia T -596 de 2016, se encuentra suficientemente acreditado que el señor RÃos RamÃrez, puede llegar a sufrir un perjuicio irremediable derivado de la afectación de sus derechos fundamentales al mÃnimo vital y la salud que si bien se encuentran actualmente afectados, no cabe duda que la intensidad del perjuicio puede ir aumentando de manera acelerada y grave a medida que trascurra el tiempo, debido a que su diagnóstico lumbar no tiene actualmente cura o remedio, mientras que los ataques de gastritis que sufre van a seguir presentándose periódicamente, aunque su tratamiento sea más sencillo, y si a esto se le suma un eventual problema cardiaco, considerando que ya ha acudido a los expertos quejándose de dolores en este órgano, terminará derivando en una mayor disminución de capacidad laboral, que por demás ya es sumamente reducida, asà sea para continuar trabajando informalmente y por cortos periodos de tiempo como lo ha venido haciendo, repercutiendo en menores ingresos que afectarán con mayor envergadura su mÃnimo vital.

Igualmente, pretender que dirima estas pretensiones ante la v $\tilde{A}$ a judicial ordinaria puede efectivamente comprometer a $\tilde{A}^{0}$ n m $\tilde{A}_{i}$ s sus derechos fundamentales puesto que como se ha enfatizado, el mayor paso del tiempo implicar $\tilde{A}_{i}$  un mayor grado de vulneraci $\tilde{A}^{3}$ n a los derechos fundamentales del actor, que a juicio de la Sala, constituir $\tilde{A}$ an un perjuicio irremediable. Entonces se concluye que sus derechos, no pueden ser protegidos oportunamente a trav $\tilde{A}$ ©s de dichos mecanismos ordinarios, por lo que determinar la procedencia de la tutela para evitar la vulneraci $\tilde{A}^{3}$ n definitiva o total de estos derechos resulta lo id $\tilde{A}^{3}$ neo.

17. Por estas razones, la Sala encuentra acreditado el requisito de la subsidiariedad de la acción de tutela presentada por el señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez, no sólo por cumplir con los requisitos que para ello ha establecido esta Corte, sino porque se encuentra que pronunciarse de fondo en el asunto bajo estudio tiene como propósito adicional resolver importantes problemas jurÃdicos relativos a derechos como la salud, la seguridad social y el mÃnimo vital, ya que pretender que el actor acuda a la vÃa ordinaria conllevarÃa a una inminente consumación de un perjuicio irremediable en una persona de especial protección constitucional en razón de su edad y condición de salud, porque como se demostró, el mayor paso del tiempo implica un mayor desarrollo de su enfermedad, es decir, un mayor impacto negativo en su derecho fundamental a la salud, que además, se traducirá en una menor capacidad laboral que disminuirá sus ingresos, afectando aún más su mÃnimo vital. Lo anterior, implica que la acción de tutela se considerará procedente al acreditar suficientemente los requisitos que deben ser considerados en asuntos de esta Ãndole.

# Expediente T 5.296.159

18. Debe hacerse un análisis similar en el caso de la accionante Rosalba Piza Remicio, reiterando que se trata de una persona de 52 años de edad, a quien no se le ha diagnosticado enfermedad alguna que eventualmente pudiera llegar a afectar su capacidad para desarrollar una actividad que le permita percibir un salario e ingresos corrientes, por lo que, tan solo afirma que por su edad le es muy difÃcil conseguir un empleo, que no tiene vivienda propia y no se encuentra afiliada a ninguna EPS. De igual forma, está claro que la controversia que pretende dirimir mediante el ejercicio de la acción de tutela, debe en

principio ser resulta mediante un trámite meramente administrativo que no ha cumplido, y eventualmente en la Jurisdicción Ordinaria Laboral. No obstante, debe analizarse si por su situación fáctica puede, de manera excepcional, acudir a la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes que solicita, no obstante su carácter subsidiario.

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

Ahora bien, entrando a verificar si se acreditan todos los requisitos establecidos en la sentencia T-100 de 2015 para que su condici $\tilde{A}^3$ n particular permitiera la procedencia de su amparo, se tiene que:

- i) No se trata de una persona de la tercera edad, ni siquiera se trata de un adulto mayor, toda vez que la actora apenas tiene  $52~\text{a}\tilde{\text{A}}\pm\text{os}$ .
- iii) En cuanto a la condición económica de la accionante, a pesar de afirmar que se encuentra actualmente desempleada, no se acredita una pérdida de capacidad laboral alguna, ni tampoco motiva suficientemente que su situación económica actual sea tan apremiante o perjudicial como para que se haga necesario el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, a través de la vÃa expedita y subsidiaria de la acción de tutela. Esto, ya que si bien afirma que no tiene una casa propia, vive en un barrio de invasión y en razón de su edad le es muy difÃcil conseguir un empleo, considera la Sala que no existe una situación suficientemente grave como para justificar no dirimir estas controversias por la vÃa de la reclamación administrativa que es la idónea para el reconocimiento y pago de su prestación, y solo de manera subsidiaria ante la jurisdicción ordinaria en caso de existir alguna disputa litigiosa, toda vez que, actualmente, aunque no se pone en duda que por sus afirmaciones sà se encuentra en una situación económica precaria y difÃcil, que según afirma ha venido empeorando desde el fallecimiento de su cónyuge hace casi 12 años (23-07-2005), ésta no parece estar a punto de padecer un

perjuicio irremediable como más adelante pasará a exponerse.

- iv) Sin embargo, encuentra la Sala que la falta de reconocimiento y consecuente pago de la prestación que solicita la accionante, eventualmente sà podrÃa generar un alto grado de afectación de los derechos fundamentales de la actora, en particular, del derecho al mÃnimo vital. Lo anterior, porque el hecho de recibir la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes que solicita si bien no va a solventar todos sus problemas económicos; indudablemente será un ingreso que podrá por lo menos en un corto y mediano plazo aliviar sus condiciones de vida en el sentido de por ejemplo mejorar su vivienda, que según expone, está en condiciones muy precarias.
- v) Puesto lo anterior de presente, debe resaltarse que la actividad administrativa que la accionante ha desplegado, tendiente a obtener la protecciÃ3n de sus derechos ha sido medianamente diligente, ya que estÃ; suficientemente demostrado que Ecopetrol S.A. y Colpensiones han dado respuesta oportuna y clara a cada una de las peticiones presentadas por la señora Piza Remicio en donde se le ha indicado el proceso administrativo que tiene que seguir en procura de obtener la indemnizaciÃ<sup>3</sup>n que reclama. Por lo anterior, en este punto debe la Sala analizar concretamente por qué motivo la pretensiÃ3n de la actora no debe ser dirimida por el momento por la jurisdicciÃ3n ordinaria, y menos aÃon por el juez constitucional, al resumirse meramente en un trÃ; mite administrativo en el cual la accionante debe dirigirse a la administradora del régimen de prima media con prestación definida es decir, Colpensiones, para reiterar la solicitud de la indemnizaciÂ<sup>3</sup>n sustitutiva que pretende le sea reconocida, para que sea esa entidad quien verifique y se pronuncie sobre la viabilidad de realizar el reconocimiento de la indemnización solicitada y, determinar la cuantÃa de la misma, toda vez que debe ser esta entidad quien estudie de fondo si la señora Piza Remicio reunÃa todos los requisitos exigidos por la ley para el pago de este dinero. AsÃ, una vez Colpensiones, reconozca el derecho y determine su valor, Ecopetrol S.A. girarÃ; la cuota parte que corresponda al tiempo laborado en la empresa a dicha administradora. En este orden de ideas, para que Colpensiones, pueda realizar el estudio de fondo al que se ha hecho referencia deberÃ; la actora aportar el certificado de información laboral de quien fuere su cónyuge, el señor Wilson Tarazona Jácome, en donde constan todos sus periodos de vinculaciÃ<sup>3</sup>n laboral con la Empresa Industrial y Comercial del Estado a la que se ha venido haciendo referencia, asà como el cargo que ocupÃ3 en ese periodo, donde además se deje constancia de que en ese tiempo no se le descontó para seguridad

social ningún monto al ex trabajador. En este orden de ideas, se tiene probado que estos certificados ya fueron expedidos y entregados a la interesada por Ecopetrol S.A., con fecha 11 de mayo de 201550, por lo que debe proceder a solicitarle a Colpensiones efectuar el estudio descrito con base en la información con la que ella ya cuenta.

Debe aclararse que lo anterior, no es una decisiÃ<sup>3</sup>n caprichosa por parte de las entidades accionadas, sino que estÃ; basada en toda la normatividad vigente en el asunto. En virtud de los artÃculos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y del artÃculo 279 de la Ley 797 de 2003, los trabajadores de Ecopetrol vinculados antes del 29 de enero de 2003, como es el caso del señor Tarazona JÃ;come51, se pensionaban directamente con la empresa, que realizaba sus propios reconocimientos pensionales, razÃ<sup>3</sup>n por la cual, no efectuaba aportes a ninguna entidad de previsión social o administradora de pensiones, debido a la exclusión que expresamente estableció el artÃculo 279 de la ley 100 de 1993 frente a la aplicación de dicha normatividad a todos los servidores públicos de Ecopetrol S.A.52. AsÃ, en la respuesta de la entidad con fecha 17 de mayo de 2016 dirigida a la actora, le informÃ<sup>3</sup> expresamente que "nunca de descontó al señor WILSON TARAZONA JACOME, cuota alguna mensual por concepto de aportes para pensiÃ3n, por lo tanto esta sociedad no puede realizar el pago de aportes para pensión requeridos por usted en su peticiónâ€∏53. Debe entonces la accionante solicitarle a Colpensiones que dé aplicaciÃ3n a lo dispuesto en el artÃculo 2º del Decreto 1748 de 1995, inciso segundo, según el cual: "Corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redenciÃ3n. Las administradoras estarÃ;n obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras o cajas, de tal manera que cuando sean recibidas por el emisor, sÃ3lo sea necesario proceder a la liquidaciÃ<sup>3</sup>n provisional del bono y a la solicitud de reconocimiento de las cuotas partes, de acuerdo con lo previsto en el artÃculoâ€□; tal y como le fue informado por la empresa accionada.

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

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

Sin embargo, no habr $\tilde{A}_i$  lugar a la expedici $\tilde{A}^3$ n de bonos tipo B para quienes hubieran sido servidores p $\tilde{A}^{\varrho}$ blicos de Ecopetrol y al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales-ISS o estaban laboralmente inactivos. A estas personas el ISS les reconocer $\tilde{A}_i$  una pensi $\tilde{A}^3$ n o una indemnizaci $\tilde{A}^3$ n sustitutiva teniendo en cuenta todo su tiempo de servicios, y cobrar $\tilde{A}_i$  a Ecopetrol la cuota parte respectiva, la cual podr $\tilde{A}_i$  cancelarse en un pago  $\tilde{A}^{\varrho}$ nico cuando as $\tilde{A}$  lo acuerden ambas entidades. $\hat{a} \in \Pi$ 

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

vi) No puede decirse lo mismo frente al  $\tilde{A}^{\Omega}$ ltimo de los requisitos establecidos en el fallo referido, debido a que la accionante no solamente no desarrolla, ni explica as $\tilde{A}$  sea sumariamente porqu $\tilde{A}^{\odot}$  motivo resulta suficientemente inid $\tilde{A}^3$ nea la Jurisdicci $\tilde{A}^3$ n Ordinaria para pronunciarse acerca de sus pretensiones relativas a la indemnizaci $\tilde{A}^3$ n sustitutiva de pensi $\tilde{A}^3$ n de sobrevivientes, es decir, para lograr la protecci $\tilde{A}^3$ n inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, toda vez que como fue expuesto en el an $\tilde{A}_i$ lisis del

requisito inmediatamente anterior, tal explicación era imposible de ser llevada a cabo, ya que el asunto que en esta oportunidad revisa la Sala, no amerita en este momento un pronunciamiento en la jurisdicción ordinaria, y mucho menos en la constitucional.

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

Lo anterior, debido a que tampoco encuentra la Sala que con la improcedencia de la presente acciÃ<sup>3</sup>n de tutela se vaya a configurar un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de la actora, en especial, a su mÃnimo vital, toda vez que, como quedÃ<sup>3</sup> suficientemente expuesto, aunque no se pone en duda que la situaciÃ3n econÃ3mica de la actora puede ser apremiante, este derecho no estÃ; siendo actualmente vulnerado. En el mismo sentido, de lo hasta aquà expuesto se entiende que no hay una inminencia de que una situación como esta se vaya a configurar, toda vez que a pesar de afirmar que desde que enviudÃ<sup>3</sup> su condiciÃ<sup>3</sup>n econÃ<sup>3</sup>mica se ha visto agravada más y más con el paso del tiempo, se reitera que su cónyuge falleció hace casi 12 años54, por lo que considerar que este factor es el que actualmente afecta su m\( \tilde{A}\) nimo vital resulta dif\( \tilde{A}\) cil de admitir, toda vez que el paso del tiempo ha sido mÃ;s que prolongado como para considerar esta la fuente directa de la supuesta vulneración. Esto, debido a que la potencialidad perjuicio irremediable debe ser siempre cierta e inminente, y nunca producto de una suposiciÃ<sup>3</sup>n ligera o de inferencias que pueda hacer el operador jurÃdico. Además, permanece intacto su derecho de acudir a la justicia para que se pronuncie sobre su indemnización sustitutiva en caso tal que del estudio administrativo llegase a presentarse alguna situaciÃ3n susceptible de ser resuelta jurisdiccionalmente, puesto que mediante los mecanismos ordinarios que existen, que además no están sometidos a un término prescriptivo para su interposición según la jurisprudencia de esta corporación, se concluye que están intactos y se encuentran completamente a su disposición. AsÃ, se entiende que sus intereses y sus derechos en el caso de negativa administrativa pueden ser protegidos oportunamente a través de un eventual proceso laboral ordinario, debido a que conservarÃa toda su eficacia material y jurÃdica en caso de llegar a ser necesario. Por ende, tampoco se cumplen los requisitos plasmados en la sentencia T -596 de 2016, para la procedencia excepcional de una acción de tutela con pretensiones como las que en esta oportunidad revisa la Sala.

20. Debe la Sala aclarar que a pesar de no existir duda alguna frente al carÃ;cter excepcional y subsidiario de la acciÃ<sup>3</sup>n de tutela cuando para resolver las pretensiones de los distintos actores existan otros medios de defensa judicial, e igualmente que este amparo constitucional no es subsidiario de procedimientos administrativos idóneos para solucionar las intenciones de los administrados; sà recae en cabeza de los distintos jueces de tutela la tarea de llevar a cabo un examen en el cual se procure establecer si la no realizaciÂ<sup>3</sup>n completa de dichos trÃ; mites administrativos por parte de los interesados, puede llegar a implicar que no existe a $\tilde{A}^{\underline{o}}$ n un hecho vulnerador del derecho fundamental quebrantado que se alega en las respectivas acciones de tutela, caso en el cual el operador judicial se verÃ; en la obligaciÃ<sup>3</sup>n de negar el amparo. Ahora bien, segÃ<sup>o</sup>n las circunstancias de cada caso, deberÃ; examinarse si la espera de la decisión administrativa en firme constituye una carga excesiva teniendo en cuenta la situaciÃ3n fÃ;ctica de los accionantes caso por caso, que implicarÃa poner en riesgo la efectividad de sus derechos fundamentales; también deberÃ; verificarse si obra prueba de amenaza en dichos derechos tan especiales que eventualmente podrÃa materializarse con la espera del desarrollo del procedimiento administrativo pendiente.

21. Asà las cosas, en el caso de la señora Rosalba Piza Remicio se evidencia con toda claridad que no existe una vulneración actual en los derechos fundamentales que ella considera están siendo afectados, ya que en su situación particular el hecho de no haber realizado de manera completa el trámite administrativo que con suficiencia fue descrito consistente en allegar a Colpensiones los certificados que ella ya tiene en su poder para que esta entidad determine si tiene derecho a una pensión de sobrevivientes o a una indemnización sustitutiva de esta, implica concluir que actualmente no hay un hecho vulnerador, por lo que, sumado a no evidenciarse que la espera de la decisión

administrativa en firme pueda tenerse como una carga excesiva para la actora que pudiere llegar a afectar en sus derechos fundamentales, ni a limitar la eficacia de estos  $\tilde{A}^{o}$ ltimos, deber $\tilde{A}_{i}$  negarse el amparo interpuesto por improcedente.

A. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÃ DICOS, MÃ TODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÃ "N

- 22. En atención a los fundamentos fácticos expuestos, corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si la AlcaldÃa Municipal de El Ã□guila (Valle del Cauca) vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mÃnimo vital del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez, al negar el reconocimiento de su pensión de vejez y subsidiariamente la indemnización sustitutiva de ésta, comoquiera que no fue afiliado por su entonces empleador al fondo de pensiones accionado, no obstante haber diligenciado el formulario con ese propósito. Para ello la Sala deberá responder a dos (2) interrogantes: (i) en primer lugar, ¿Resulta imputable a un trabajador la mora del empleador derivada bien sea en el pago de aportes al sistema de seguridad social, o en la falta absoluta de afiliación al sistema?; (ii) y en segundo lugar deberá determinarse si: ¿Es válido negar el reconocimiento de una pensión de vejez, o en su defecto de una indemnización sustitutiva de ésta, por haber existido mora por parte del empleador en el pago de las cotizaciones o no haber afiliado a uno de sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones?
- 23. Con el fin de resolver los problemas jurÃdicos planteados por la Sala, en primer lugar, esta procederÃ; a: (i) reiterar las reglas jurisprudenciales sobre la mora del empleador en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social o por la no afiliación de sus trabajadores a este último, y asà proceder a exponer cómo las consecuencias negativas de una u otra situación no deben ser asumidas por el empleado, (ii) explicar la imposibilidad de negar el reconocimiento de una pensión de vejez, por haber existido mora del empleador del solicitante en el pago de las cotizaciones o en la falta absoluta de afiliación, o en su defecto, del pago de una indemnización sustitutiva de dicha prestación por no cumplirse los requisitos establecidos para ello; (iii) reiterar la jurisprudencia acerca del reconocimiento

excepcional de pensiÃ<sup>3</sup>n de vejez por vÃa de tutela. Finalmente, (iv) se analizarÃ; y resolverÃ; el caso concreto del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez.

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

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

AsÃ, su diseño estÃ; llamado a ser desarrollado por el legislador con sujeción a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad, en virtud de los cuales desarrolló una serie de regÃmenes del sistema de seguridad social en salud, riesgos laborales y pensiones para cubrir las necesidades mÃ;s apremiantes de las personas, que en el caso de estas últimas protege a los individuos que están en imposibilidad fÃsica o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, y sobre todo por la vejez, frente a esta última contingencia, se ha señalado que: "la pensión de vejez se constituye como una prestaciÃ<sup>3</sup>n econÃ<sup>3</sup>mica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminuciÃ<sup>3</sup>n de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mÃnimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protecciÃ3n que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso "remuneradoâ€∏ y "dignoâ€☐, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. Asimismo, el artÃculo 48 de la Carta PolÃtica establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez. Resulta claro, entonces que cuando se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad socialâ€☐56. Puesto lo anterior de presente, respecto al diseño normativo al cual se hizo referencia, ha señalado esta corporación que:

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

25. De esta manera, se atribuyeron una serie de obligaciones en cabeza de los empleadores y los trabajadores, que son de obligatorio cumplimiento, as $\tilde{A}$  mismo, reconocieron una serie de derechos radicados en ambas partes, que son en  $\tilde{A}^{\circ}$ ltimas el n $\tilde{A}^{\circ}$ cleo esencial de la referida normatividad. Dentro de las obligaciones de los empleadores, cobra vital importancia el pago de los aportes de sus respectivos trabajadores al Sistema, consagrado expresamente en el art $\tilde{A}$ culo 22 de la Ley 100 de 1993 as $\tilde{A}$ :

"ARTÃ□CULO 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 responderÃ; por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere

efectuado el descuento al trabajador.â€□

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

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

ARTICULO. 24.-ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regÃmenes 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, prestarÃ; mérito ejecutivo.â€∏

En este orden de ideas, por tratarse de obligaciones que la ley le ha asignado expresamente a los empleadores no podr $\tilde{A}_i$ n ampararse en su propia culpa para exonerarse de su cumplimiento, y mucho menos para evadir las consecuencias de dicha omisi $\tilde{A}^3$ n. Por esta raz $\tilde{A}^3$ n, si los empleadores no realizan los aportes a pensi $\tilde{A}^3$ n respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pag $\tilde{A}^3$  los aportes no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional. La responsabilidad ser $\tilde{A}_i$  diferente en ambas situaciones: (i) si el empleador nunca afili $\tilde{A}^3$  a su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, ser $\tilde{A}_i$   $\tilde{A}$ este quien deba asumir el pago de la pensi $\tilde{A}^3$ n en el momento en que el trabajador re $\tilde{A}^0$ na los requisitos para que le sea reconocida, y ser $\tilde{A}_i$  responsabilidad  $\tilde{A}^0$ nica y exclusiva de este sujeto, como una pensi $\tilde{A}^3$ n patronal. (ii) Por el contrario, si este  $\tilde{A}^0$ ltimo 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 omitiÃ<sup>3</sup> efectuar los aportes respectivos al sistema durante todo o parte del tiempo que un empleado laboró para éI, la responsabilidad por esos dineros dependerÃ; 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 aportÃ<sup>3</sup> los dineros, responderÃ; este último nuevamente. Por otra parte, si el empleador no pagó los aportes y el fondo de pensiones no hizo la gestiÃ3n de cobro respectiva, esta negligencia le serÃ; imputable en su totalidad al fondo o administradora de pensiones. De esta manera, ha considerado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral que "(…) no serÃa sensato equiparar la responsabilidad jurÃdica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre éI, situaciÃ3n que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opciÃ<sup>3</sup>n de pagar, ponerse al dÃa y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad socialâ€∏58. En el mismo orden de ideas, la misma corporaciÃ<sup>3</sup>n mediante sentencia del 22 de julio de 2008, indicÃ<sup>3</sup> al respecto que:

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artÃculo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artÃculo 24 de la Ley 100 de 1993. Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a

cabo las acciones de cobro (…)â€∏59.

26. De esta manera se concluye, que independientemente de quién tenga la responsabilidad por la no afiliación de un trabajador al Sistema General de Pensiones, los efectos tanto de la no afiliaciÃ3n, como la falta del pago de los respectivos aportes, jamás serán una situación negativa que sea posible trasladar al trabajador, sino que como se expuso dependiendo de cada situaciÃ3n particular uno u otro sujeto deberÃ; asumir tal responsabilidad. En el caso de la falta de afiliaciÃ<sup>3</sup>n serÃ; pues el empleador descuidado, y en el de la afiliación pero con mora en el pago de los aportes, el mismo sujeto si a pesar del llamado a desembolsarlos continúa con su conducta apática, o el fondo o las administradoras de pensiones si nunca hizo el reclamo, ya que en últimas no es el afiliado quien tiene por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, en todos los casos. Igualmente, como se colige de los pronunciamientos trascritos de la Corte Suprema de Justicia, no resulta homologable la responsabilidad de quien no afilia a sus empleados al sistema, a la de aquel que si lo hace pero entra en mora de desembolsar los aportes, siendo sin lugar a dudas un evento mucho mÃ;s reprochable el primero de los señalados, donde toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recaerÃ; sobre éI.

Asà las cosas, si un empleador omite afiliar a un empleado al sistema general de seguridad social en pensiones, y dicha omisi $\tilde{A}^3$ n se extiende por un periodo igual o superior al que la administradora general de pensiones en el r $\tilde{A}$ © gimen de prima media con prestaci $\tilde{A}^3$ n definida, es decir Colpensiones, requiere para el reconocimiento efectivo de una pensi $\tilde{A}^3$ n de vejez en caso de haber sido afiliado a dicha entidad, le corresponder $\tilde{A}_i$  al empleador negligente asumir el valor de dicha prestaci $\tilde{A}^3$ n peri $\tilde{A}^3$ dica. Lo anterior ocurre por un fen $\tilde{A}^3$ meno que se conoce como la subrogaci $\tilde{A}^3$ n del riesgo de vejez, en virtud del cual si bien la obligaci $\tilde{A}^3$ n legal de reconocer las pensiones de vejez fue radicada en cabeza de los empleadores, fue dispuesto por la misma Ley 100 de 1993 que esa obligaci $\tilde{A}^3$ n deb $\tilde{A}$ a trasladarse cuando el Sistema General de Pensiones asumiera el riesgo de vejez, siempre y cuando el empleador afiliara al trabajador al r $\tilde{A}$ © gimen de pensiones, evento en el cual dicha obligaci $\tilde{A}^3$ n pasar $\tilde{A}$ a estar radicada en cabeza de los respectivos fondos o administradores de pensiones. Por este motivo, se enfatiza que si el empleador no afilia al respectivo trabajador al sistema no podr $\tilde{A}_i$  desplazar ese riesgo, y ser $\tilde{A}_i$  responsable de manera

exclusiva en el asunto.

Sin embargo, a pesar de que en esta ocurrencia el Sistema ser $\tilde{A}$ a un tercero totalmente ajeno a la situaci $\tilde{A}^3$ n sin deber alguno de tener que responder por una omisi $\tilde{A}^3$ n no imputable a este, resulta posible que mediante lo que se denomina un c $\tilde{A}_i$ lculo actuarial (capital necesario para financiar una pensi $\tilde{A}^3$ n), el Sistema asuma el pago peri $\tilde{A}^3$ dico de la respectiva prestaci $\tilde{A}^3$ n siempre y cuando quien fuere su empleador le transfiera a Colpensiones la referida suma de dinero. La anterior suma surge en virtud de lo se $\tilde{A}\pm$ alado en el literal d) del par $\tilde{A}_i$ grafo primero del art $\tilde{A}$ culo 9 $\hat{A}^0$  de la citada Ley 797 de 2003, por la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 100, donde se deja constancia que se tendr $\tilde{A}_i$  en cuenta, para efectos del c $\tilde{A}^3$ mputo de las semanas necesarias para acceder a la pensi $\tilde{A}^3$ n de vejez, el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que por omisi $\tilde{A}^3$ n, no hubieren afiliado al trabajador, siempre y cuando el empleador traslade, con base en un c $\tilde{A}_i$ lculo actuarial, la suma correspondiente al lapso en el cual no estuvo cotizando, a satisfacci $\tilde{A}^3$ n de la entidad administradora.

En  $\tilde{A}^0$ ltimas, el procedimiento para que la entidad administradora pueda conmutar el tiempo en el cual un empleador no efectu $\tilde{A}^3$  las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se reduce a una solicitud que el patrono negligente deber $\tilde{A}_i$  elevar a la Administradora de Pensiones que haya elegido el trabajador, Colpensiones o alguno de los fondos privados legalmente facultados para desarrollar este tipo de actividades, consistente en la elaboraci $\tilde{A}^3$ n del respectivo c $\tilde{A}_i$ lculo actuarial (por las semanas en que el particular trabaj $\tilde{A}^3$  y no fueron cotizadas por la falta de afiliaci $\tilde{A}^3$ n). De esta manera, una vez efectuada la liquidaci $\tilde{A}^3$ n, deber $\tilde{A}_i$  el empleador proceder a cancelar el valor respectivo, toda vez que de lo contrario la entidad administradora no conmutar $\tilde{A}_i$  el tiempo no cotizado, para el reconocimiento de la pensi $\tilde{A}^3$ n de vejez, pues como se expuso, por la falta de afiliaci $\tilde{A}^3$ n ser $\tilde{A}^3$ a un tercero completamente ajeno al asunto.

27. Sin embargo, puede ocurrir que la persona que solicita el reconocimiento pensional no haya laborado el tiempo suficiente para poder llevar a cabo el anterior procedimiento. En este caso deberÃ; entonces realizarse una nueva distinción: si el motivo de su desvinculación laboral con el empleador que omitió afiliarlo al sistema ocurrió por una renuncia voluntaria, este último podrÃ; trasladar a Colpensiones el valor de las sumas correspondientes a los meses, e incluso años, en que dejó de cumplir con su obligación y

consecuentemente la persona laboró en dichas condiciones de no cotización. Por otra parte, si el vÃnculo laboral fue terminado unilateralmente además careciendo de una justa causa para tomar dicha decisión, en caso de demostrarse que el trabajador prestó sus servicios por más de diez (10) años se configurará la denominada pensión sanción a cargo del empleador, que en todo caso podrá transferirla a Colpensiones con el pago de la reserva actuarial, este evento está consagrado en el artÃculo 133 de la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

"ARTICULO 133. PensiÃ3n-sanciÃ3n. El artÃculo 267 del CÃ3digo Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artÃculo 37 de la Ley 50 de 1990, quedarÃ; asÃ: El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrÃ; derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o 55 a±os de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión se pagarÃ; cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o 50 años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. La cuantÃa de la pensiÃ<sup>3</sup>n serÃ; directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habrÃa correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensiÃ3n de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidarÃ; con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variaciÃ<sup>3</sup>n del Ãndice de precios al consumidor certificada por el DANE.

PARAGRAFO 1. Lo dispuesto en el presente art $\tilde{A}$ culo se aplicar $\tilde{A}_i$  exclusivamente a los servidores p $\tilde{A}^o$ blicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARAGRAFO 2. Las pensiones de que trata el presente artÃculo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Socialesâ€□.

Entonces, el trabajador tiene derecho a que el mencionado empleador lo pensione desde la

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

- 28. En conclusión, existen una serie de normas que regulan la afiliación de los trabajadores dependientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que son de obligatorio cumplimiento no solo para los empleadores sino también para las Administradora de Pensiones, independientemente del régimen en que se esté cotizando. Por ende, independientemente de a quien sea imputable la falta de cotizaciÃ<sup>3</sup>n de unas semanas laboradas por un trabajador al Sistema, nunca le serán trasladables a este los efectos nocivos de esta situaciÃ<sup>3</sup>n. En otras palabras, la falta de afiliaciÃ<sup>3</sup>n al sistema, u omisiÃ<sup>3</sup>n total, y la mora en el pago de los aportes de un trabajador afiliado, independientemente de si la Administradora ha efectuado la reclamaciÃ3n al empleador, jamÃ;s constituirÃ;n una situaciÃ<sup>3</sup>n dañosa para los trabajadores, puesto que como fue expuesto, en cada de uno de dichos contextos la responsabilidad por esas sumas de dinero deberÃ; ser asumida por aquel sujeto que omitiÃ<sup>3</sup> sus deberes legales, pero nunca por el trabajador individual. En sÃntesis, "en el evento en que el empleador incurre en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes†[60, y lo propio debe decirse de la falta de afiliaciÃ3n.
- 29. En virtud de lo expuesto anteriormente, resulta evidente que el efecto  $m\tilde{A}_i$ s negativo de todos los que eventualmente podr $\tilde{A}$ an trasladarse al trabajador ser $\tilde{A}$ a la negativa del reconocimiento pensional por la mora en el pago de unos aportes que faltan para acreditar cumplido el requisito de tiempo laborado, o  $m\tilde{A}_i$ s a $\tilde{A}^o$ n por la falta de afiliaci $\tilde{A}^a$ n al sistema.

Entonces, resulta lógico afirmar que ningún fondo o entidad administradora de pensiones puede negar el reconocimiento de una pensión de vejez con el argumento de la mora del empleador en el pago de los respectivos aportes de seguridad social, y en principio, tampoco por la falta de afiliación, solo que como se observó requerirá para ello el cálculo actuarial al que se hizo referencia, puesto que la mora no es justificación legal para negar el beneficio pensional.

30. Esta corporación en la sentencia T-398 de 2008, al analizar un caso en que un accionante de 71 años, a quien el Instituto de los Seguros Sociales (ISS), Seccional Valle, le negó el reconocimiento del derecho de pensión de vejez por encontrar mora del empleador en el pago de los aportes a seguridad social en el perÃodo 1980 a 199461, consideró que, al omitir todas las semanas laboradas y pagadas en las cuales no cotizó quien fuere su patrono (Rest Toy San Ltda.), desconoció su atribución y obligación legal de exigirle al patrono el pago de los aportes pensionales, por lo que no le resultarÃa posible atribuirle ni al empleador, ni mucho menos al accionante el ejercicio de competencias que legalmente tiene el deber de ejercer. AsÃ, según lo dispuesto en el artÃculo 24 de la ley 100 de 1993, consideró la Corte que las Administradoras se encuentran obligadas a ejercer el respectivo cobro jurÃdico cuando se presente una mora por parte del empleador en el traslado de estos dineros recaudados, por lo que en ultimas, son estas empresas quienes tienen el deber de velar por que los empleadores estén al dÃa en sus aportes, y no los trabajadores beneficiarios. Del fallo mencionado vale la pena destacar:

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

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

31. Ahora bien, cuando hay incumplimiento en el deber de afiliaciÃ<sup>3</sup>n por parte del empleador conlleva, como fue expuesto, la obligaciÃ3n de responder directamente por las prestaciones a sus trabajadores, pero sin embargo el Sistema General de Pensiones establece la posibilidad de conmutar los perÃodos no cotizados cuando por omisiÃ3n el empleador no afiliÃ3 al trabajador, siempre y cuando se traslade a la entidad administradora el monto que resulte del cálculo actuarial correspondiente, habilitándose las semanas cotizadas para la pensiÃ<sup>3</sup>n de vejez. Por ende, si se encuentran acreditados todos los requisitos para el reconocimiento pensional no podrÃ; negarse esta situación so pretexto de una omisión en la afiliaciÃ<sup>3</sup>n, toda vez que la negativa o la negligencia del empleador en vincular al Sistema a un trabajador, no puede conllevar que este último vea truncada su posibilidad de acceder a las prestaciones económicas que ofrece el Sistema de Seguridad Social, como serÃa una pensiÃ<sup>3</sup>n o una indemnizaciÃ<sup>3</sup>n sustitutiva de ésta, ya que no es posible dejar de contar como requisito para acceder a una pensiÃ3n de vejez las cotizaciones que el empleador no efectuÃ<sup>3</sup> por incumplir su obligaciÃ<sup>3</sup>n de afiliaciÃ<sup>3</sup>n, razÃ<sup>3</sup>n por la cual no podrÃ; oponer a quienes pretenden un reconocimiento pensional, la mora cuya configuraciÃ3 permitiÃ3 al empleador asumir una actitud pasiva ante su propio incumplimiento.

En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha determinado que el empleador que omita afiliar a sus trabajadores al sistema pensional tiene la obligación de reconocer la prestación a la que hubiere lugar, en las mismas condiciones en que los hubiera hecho la administradora de pensiones, toda vez que el

trabajador no tiene por qué asumir los perjuicios por la afiliación tardÃa o la omisión total. AsÃ, analizando concretamente un caso en que el Banco de Bogotá no afilió a uno de sus trabajadores al ISS durante tres periodos diferentes62, concluyó que la negligencia del empleador constituye un grave perjuicio para el trabajador, toda vez que, impedirÃa que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mÃnimas que exigen los reglamentos para ello. Entre sus motivaciones expuso que:

"el criterio de esta Sala es que dependiendo de la época en que se dejó de afiliar o no se satisficieron las cotizaciones que por ley debÃan realizarse, es decir, que si ello ocurriÃ<sup>3</sup> antes o después de la vigencia del Decreto 2665 mencionado, la solución no podrÃa, en principio, ser otra que la de asignar al empleador omisivo, la obligaciÃ<sup>3</sup>n de reconocer la prestaciÃ<sup>3</sup>n en las mismas condiciones a como lo hubiera hecho el ISS, pues lo contrario reñirÃa con los postulados generales del derecho del trabajo, aplicables a la seguridad social por asà estar previsto en el artÃculo 272 de la Ley 100 de 1993, en tanto no puede el trabajador asumir los perjuicios que se derivan por la mora de su empleador en el pago de las cotizaciones, o por la no afiliación o por hacerse tardÃamente (…) En el presente caso, el Banco demandado omitiÃ<sup>3</sup> la afiliaciÃ<sup>3</sup>n en tres perÃodos distintos mientras estuvo vigente la relaciÃ<sup>3</sup>n laboral, que sumaron 155 semanas segÃ<sup>o</sup>n lo tuvo por demostrado el juez de segundo grado, y ello, sin lugar a dudas, frente al sistema de seguridad social constituye un grave perjuicio para el trabajador, en tanto la negligencia del empleador de no afiliarlo en tales perÃodos, en principio, impedirÃa que sea dicho sistema el que asuma el riesgo de la vejez, por no acreditarse el número de semanas mÃnimas que exigen los reglamentos del Seguro Social†63.

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

32. Por ende, toda vez que la seguridad social es un derecho fundamental en el

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

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

# F. EL RECONOCIMIENTO EXCEPCIONAL DE LA PENSIÓN DE VEJEZ POR VÃ∏A DE TUTELA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

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

esta manera conceder el amparo de manera transitoria.

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

 $\hat{a}$ ۾(...) someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a un adulto mayor con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder a un trabajo, resulta muy gravoso para éI, con serios perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar, menguando su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mÃnimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadasâ€ $\Box$ 66.

En este orden de ideas, ser $\tilde{A}_i$  procedente como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte id $\tilde{A}^3$ neo y eficaz en el caso concreto, y se presumir $\tilde{A}_i$  inid $\tilde{A}^3$ neo justamente cuando el accionante sea un adulto de la tercera edad, particularmente cuando supere el promedio de vida nacional (71 a $\tilde{A}^\pm$ os), puesto que desafortunadamente es muy probable que la persona no siga con vida al momento de quedar en firme una decisi $\tilde{A}^3$ n con pretensiones de esta clase debatidas en el marco de un proceso laboral ordinario, que en promedio est $\tilde{A}_i$  tardando m $\tilde{A}_i$ s de seis (6) meses en proferir una decisi $\tilde{A}^3$ n tan solo en primera instancia, dado que la congesti $\tilde{A}^3$ n judicial impide la toma de decisiones en t $\tilde{A}$ 0 rminos m $\tilde{A}_i$ s cortos a pesar de la

implementación del sistema oral, lo cual sin duda alguna constituirÃa un perjuicio irremediable. Al respecto, recientemente la sentencia de tutela 045 de 2016, reiteró que:

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

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

"La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acci $\tilde{A}$ ³n de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la pensi $\tilde{A}$ ³n, en la medida en que ese derecho no es fundamental, al no tener aplicaci $\tilde{A}$ ³n inmediata, puesto que necesita el lleno de unos requisitos definidos previamente en la ley. Sin embargo, este tribunal Constitucional ha contemplado de manera excepcional la procedencia de la acci $\tilde{A}$ ³n de tutela para obtener el reconocimiento del derecho de pensi $\tilde{A}$ ³n siempre y cuando el desconocimiento de aquel comprometa el n $\tilde{A}$ °cleo esencial de un derecho fundamental ( $\hat{a}$ €¦) Conforme a las consideraciones expuestas, la acci $\tilde{A}$ ³n de tutela proceder $\tilde{A}$ ¡ para solicitar el

reconocimiento de una pensión de vejez siempre que la negativa implique conexidad con un derecho de naturaleza fundamental y esté de por medio la protección efectiva de los sujetos de especial protección. Los efectos de la protección podrán ser transitorios o definitivos, subordinados a las reglas que rigen el perjuicio irremediable o si se acredita que la procedimiento jurÃdico correspondiente resulta ineficaz por las condiciones especÃficas de cada casoâ€□.68

36. Asà las cosas, además del análisis de la aptitud que los instrumentos judiciales ordinarios tengan para el efecto en cada caso concreto, deberÃ; el juez de tutela valorar las circunstancias particulares que enfrentÃ3 el accionante en aras del reconocimiento de su derecho, lo que implica analizar el panorama fÃ;ctico y jurÃdico que sustenta la solicitud de amparo relativa al reconocimiento pensional. De esta manera, deberán ser tenidos en cuenta una serie de elementos no taxativos que ha enunciado esta Corte, tales como "el tiempo transcurrido desde que formulÃ3 la primera solicitud de reconocimiento pensional, su edad, la composición de su núcleo familiar, sus circunstancias económicas, su estado de salud, su grado de formaciÃ3n escolar y su potencial conocimiento sobre sus derechos y sobre los medios para hacerlos valer son algunos de los aspectos que deben valorarse a la hora de dilucidar si la pretensión de amparo puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, la complejidad intrÂnseca al trÂ; mite de esos procesos judiciales amerita abordarla por esta vÃa excepcional, para evitar que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificadaâ€∏69, igualmente no debe olvidarse que el carácter de sujetos de especial protecciÃ3n constitucional de quien reclame el derecho pensional harÃ; mÃ;s flexible el  $an\tilde{A}_i$ lisis de procedibilidad formal de los amparos constitucionales, pero que la mera condiciÃ<sup>3</sup>n de estas personas no los exime de su deber de haber intentado obtener, por lo menos con un grado mÂnimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca a trav©s de la vÃa administrativa, es decir, que hayan hecho reclamaciones previas a las entidades encargadas de reconocer este tipo de prestaciones, y que estas hayan negado el derecho, lo que constituirÃa un importante motivo adicional para acudir a la tutela.

37. Finalmente vale la pena señalar que "(…) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la

acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sà menos estricta, para asà materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidadâ€☐70. En este orden de ideas, el juez de tutela deberá siempre analizar las condiciones particulares y familiares de quién reclame un derecho pensional mediante este tipo de acciones, no pudiendo limitarse a rechazar la solicitud de plano por la mera existencia de mecanismos ordinarios para este tipo de reclamaciones, sino que deberá de acuerdo a un análisis fáctico minucioso determinar si resulten idóneas y efectivas para proteger al accionante, y solo de esta forma podrá determinar la improcedencia, o la procedencia definitiva o transitoria del amparo en cada uno de los casos, pues como se evidenció no existe en el asunto un criterio o requisito estricto de análisis para estos asuntos que parecieran vulnerar derechos fundamentales.

### G. SOLUCIÃ"N DEL CASO CONCRETO

Expediente T â€" 5.931.930

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

- 39. En este orden de ideas, se tiene probado lo siguiente:
- i) Que el actor nació el 25 de enero de 1940, por lo que en la actualidad tiene 77 años. En consecuencia es un sujeto de especial protección por pertenecer a la tercera edad, ya que según lo afirma la jurisprudencia de esta Corte: "Si una persona sobrepasa el Ãndice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existirÃa para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho. Por supuesto que el Juez de Tutela debe hacer un equilibrado análisis en cada caso concreto, no olvidando que en el momento de transición institucional que vive el paÃs, es posible una demora en las decisiones judiciales. O sea, no se puede adoptar una solución mecánica para todos los casos sino que debe analizarse individualmente a cada uno de ellosâ€∏71.
- (ii) Que el accionante, además de tener una edad considerable, sufre de graves dificultades lumbares, que no solo le afectan su movilidad e impiden desarrollar actividades fÃsicas por extensos periodos de tiempo, sino que además le producen intensos dolores que empeoran con el paso del tiempo, situación además agravada con su cuadro gastroenterológico que demuestra que no solo sufre de ulcera sino ataques constantes de gastritis crónica, situación que podrÃa empeorar si se llega a determinar que efectivamente presenta anomalÃas cardiacas como lo afirma en su escrito de tutela .
- (iii) Que manifest $\tilde{A}^3$  ser una persona de escasos recursos para satisfacer sus necesidades  $b\tilde{A}_i$ sicas, que le resulta imposible conseguir un empleo no solo por su avanzada edad, sino porque por expresa incapacidad  $m\tilde{A}$ ©dica est $\tilde{A}_i$  obligado a guardar reposo y se encuentra imposibilitado para desarrollar actividades f $\tilde{A}$ sicas por largos periodos de tiempo, por lo que entiende la Sala que no le es f $\tilde{A}$ sicamente factible encontrar un trabajo aunque sea de medio tiempo que pueda generarle por lo menos alg $\tilde{A}$ ºn ingreso  $m\tilde{A}$ nimo para sufragar sus

necesidades más básicas.

40. Asà las cosas, teniendo en cuenta las condiciones de salud, edad y económicas del accionante, es evidente la situación de riesgo o peligro de sufrir un perjuicio irremediable. En efecto, si se analizan en conjunto las circunstancias del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃ-rez, como ya fue oportunamente advertido resultarÃa ineficaz someter el caso al proceso ordinario, en la medida que aquel serÃa inoportuno para garantizar los derechos fundamentales invocados, puesto que se probó en debida forma la ausencia de medios económicos, estar en delicadas condiciones de salud, que no parecen tener un diagnóstico de mejora, asà como tener una edad avanzada, indicios que le permiten deducir a la Sala que no podrÃa subsistir de manera digna el tiempo que tarde un litigio ordinario como lo propone la AlcaldÃa accionada. Más aún cuando en este caso concreto el demandante tendrÃa que soportar la duración del proceso ordinario sin contar con un medio de subsistencia, pues lo que serÃa objeto de demanda es, precisamente, su pensión o en su defecto la indemnización sustitutiva de ésta.

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

41. La Corte Constitucional ha señalado que cuando un trabajador labora de manera continua o discontinua para un mismo empleador, por determinado tiempo y nunca fue afiliado al régimen pensional, podrÃa el empleador ser condenado a pagar directamente y de manera vitalicia una pensión al trabajador, en los mismos términos en que lo hubiese

pagado el Fondo de Pensiones o la Administradora de Pensiones dependiendo del régimen, lo que se denomina pensión sanción, castigo que es aplicable tanto para empleadores públicos o estatales, como particulares, ya que la Ley 100 de 1993 en su artÃculo 15, dispuso expresamente que "todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicosâ€□ deberán ser afiliados de manera obligatoria al Sistema General de Pensiones.

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

42. Analizando la acreditaciÃ<sup>3</sup>n de los anteriores requisitos en el caso del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez se tiene que: (i) evidentemente existiÃ3 un contrato de trabajo entre la AlcaldÃa del municipio El Ã∏guila (Valle del Cauca) y el actor, vinculación laboral que consta en las actas de posesiÃ<sup>3</sup>n: NÂ<sup>o</sup> 20 del 19 de febrero de 1989, NÂ<sup>o</sup> 008 del 15 de mayo de 1991, y Nº 001 del 07 de enero de 1993 donde se nombró a este sujeto en diferentes cargos entre ellos los de caminero y guardián de la cárcel local. (ii) la relación laboral efectivamente durÃ<sup>3</sup> más de 10 años, iniciando el dÃa 19 de febrero de 198973 y terminando el 01 de agosto de 2001, se encuentra superado este presupuesto al tenerse una vigencia superior a doce (12) años. (iii) En el mismo orden de ideas, se tiene suficientemente probado no solo por las afirmaciones del accionante en su escrito de tutela y la respuesta emitida a este por parte de Porvenir S.A., sino también por expresa constancia de la entidad territorial accionada que el señor RÃos RamÃrez nunca fue afiliado al Sistema General de Seguridad en Pensiones a pesar de la obligaciÃ<sup>3</sup>n que tenÃa la AlcaldÃa municipal de llevar a cabo este procedimiento, y a pesar de encontrar en sus propios archivos que existÃa una solicitud de afiliaciÃ3n al fondo Porvenir S.A. en donde el accionante instaba a su entonces empleador para que lo afiliara a dicha sociedad74. (iv) Además, está demostrado que a la fecha de su despido el accionante tenÃa 61 años de edad, y al haber laborado para

dicha entidad por un periodo comprendido entre 10 y 15 años acredita el requisito de edad necesario para poder ordenar el reconocimiento de la pensiÃ<sup>3</sup>n sanciÃ<sup>3</sup>n desde la fecha de su recisiÃ<sup>3</sup>n a cargo de la AlcaldÃa75. (v) Finalmente, frente a la justa causa para la terminación del contrato y consecuente retiro del señor RÃos RamÃrez, se tiene que la entidad territorial motivó dicha decisión en "la difÃcil situación que atraviesa el PaÃsâ€∏76, en virtud de la cual "han descendido los ingresos tributarios y no tributarios, afectando con esto el Municipio, razÃ<sup>3</sup>n por la cual se deben suprimir cargos y por ende prescindir de las personas que los ocupanâ€∏77. Considera la Sala que en el caso analizado no existiÃ<sup>3</sup> un motivo válido para desvincular al accionante de su cargo, ya que si bien la entidad territorial podÃa adoptar una decisión de esa Ãndole requerÃa para esos efectos una argumentación más generosa y completa que explicara con razones más especÃficas por qué motivo adoptó la decisión de prescindir de los servicios de un sujeto que no solo tenÃa una edad avanzada en ese entonces, sino que ademÃ;s tenÃa importantes afectaciones de salud conocidas por la entidad empleadora al punto de haberle cambiado las funciones para que pudiera cumplirlas con sus nuevas limitaciones patológicas, e igualmente esto ya que debe reiterarse que se trata de un caso en que existe una manifiesta omisiÃ<sup>3</sup>n por parte de la AlcaldÃa en afiliar al accionante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; situaciones que en ultimas impiden tomar una decisiÃ<sup>3</sup>n adecuada a los parÃ; metros constitucionales basÃ; ndose solamente en una supuesta dificultad fiscal que atravesaba Colombia en ese entonces, sin aclarar tampoco si el cargo fue efectivamente suprimido o no o si sencillamente se adujo un motivo genérico para retirar al señor RÃos RamÃrez del cargo que ocupó por tantos años. Por lo anterior, se tiene cumplido el último de los requisitos al no existir una justa causa para el retiro del accionante de su cargo, y con esto se encuentran satisfechos todos los presupuestos necesarios para que pueda configurarse una pensión sanción a cargo del Municipio de El Ã∏guila (Valle del Cauca).

43. Ahora bien, en lo que respecta a la cuantÃa de la pensión que se reconocerá mediante esta sentencia al señor RÃos RamÃrez, conforme a la norma que consagra este tipo de prestaciones sancionatorias, ésta será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habrÃa correspondido al accionante en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida. Por lo que se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios prestados a la entidad territorial, después de la debida actualización con base en la variación del Ãndice de precios al consumidor

certificada por el DANE, teniendo en cuenta que fue retirado de su cargo hace  $m\tilde{A}_i$ s de quince (15)  $a\tilde{A}\pm os$ .

44. Sin embargo, a pesar de que la norma expone que el beneficiario de esta medida tendrÃ; derecho a que dicho empleador lo pensione a partir del momento en que el actor acreditÃ3 el cumplimiento de todos los requisitos legales dispuestos para ello, que puede o no coincidir con la fecha de terminaciÃ<sup>3</sup>n de su relaciÃ<sup>3</sup>n laboral (momento del despido), y no se pone en duda el alto de grado de negligencia con que actuó de manera continua la AlcaldÃa condenada al reconocimiento y pago de la pensión sanción, no puede la Sala ordenar el pago retroactivo de todas las mesadas pensionadas dejadas de percibir desde agosto de 2001, toda vez que si bien la pretensión reclamada no estÃ; sujeta a prescripción, sà lo están las mesadas que se causen y que no se reclamaron oportunamente, no pudiéndose por tanto restringir la declaratoria en comento, al término trienal, pero sà las mesadas a las que se hace referencia. En otras palabras, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de CasaciÃ<sup>3</sup>n Laboral, en concordancia con lo dispuesto en el artÃculo 151 del Código Procesal del Trabajo78: "(…) en tratándose de la pensión sanción, lo susceptible de extinguirse por el fenómeno de la prescripción, son los derechos que se derivan de la finalizaciÃ<sup>3</sup>n del contrato de trabajo y no la acciÃ<sup>3</sup>n para obtener una determinada declaración judicialâ€∏79. En este sentido la prescripción extintiva sólo tiene efectos respecto de los derechos que puedan derivarse del retiro injustificado, a saber, la indemnizaciÃ<sup>3</sup>n de perjuicios, el reintegro del trabajador y las mesadas de la pensiÃ<sup>3</sup>n proporcional de jubilaciÃ3n que no fueron cobradas oportunamente, pero nunca la posibilidad de reclamar la pensiÃ<sup>3</sup>n sanciÃ<sup>3</sup>n. Por ende, solamente se ordenarÃ; el pago retroactivo de las mesadas pensionales a partir de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha en que el señor RÃos RamÃrez presentÃ3 su reclamaciÃ3n ante la entidad territorial accionada, esto es el 19 de enero de 2016, ya que para todas las mesadas causadas con anterioridad a dicho momento operarÃ; la regla general de la prescripciÃ3n trianual en esta materia, considerando el tiempo transcurrido entre el retiro, la acreditaciÃ3n de los requisitos y la reclamaciÃ3n en sede administrativa y, posteriormente judicial que en esta oportunidad revisÃ<sup>3</sup> la Sala.

45. Finalmente, debe hacerse la aclaración frente a la situación de Porvenir S.A. como entidad accionada en el caso en concreto, en el sentido de entender que al nunca haber sido vinculado al fondo el señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez, le quedaba a dicha entidad

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

#### 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

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

SEGUNDO.- RECONOCER a favor del señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez de manera definitiva una pensión de vejez como sanción a la entidad territorial accionada por su omisión en afiliar al accionante al sistema general de pensiones, y consecuentemente ORDENAR a la AlcaldÃa Municipal de El Ã∏guila (Valle del Cauca) que dentro de las cuarenta

y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, comience a pagar al señor Juan ClÃmaco RÃos RamÃrez una pensión la cual deberÃ; ser liquidada de forma proporcional al tiempo laborado, y teniendo en cuenta lo devengado en los últimos diez (10) años de servicios. Dicha prestación deberÃ; pagarse durante los cinco primeros dÃas de cada mes, en la forma que indique el accionante. En el mismo sentido, ORDENAR a la misma entidad territorial pagar de manera retroactiva las mesadas pensionales dejadas de entregar desde los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha en que el señor RÃos RamÃrez solicitó administrativamente el reconocimiento pensional, esto es, el 19 de enero de 2016, por lo que todas las mesadas causadas con anterioridad se considerarán prescritas, y hasta el momento del comienzo del pago efectivo de la pensión reconocida en la presente sentencia.

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

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

NotifÃquese, comunÃquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

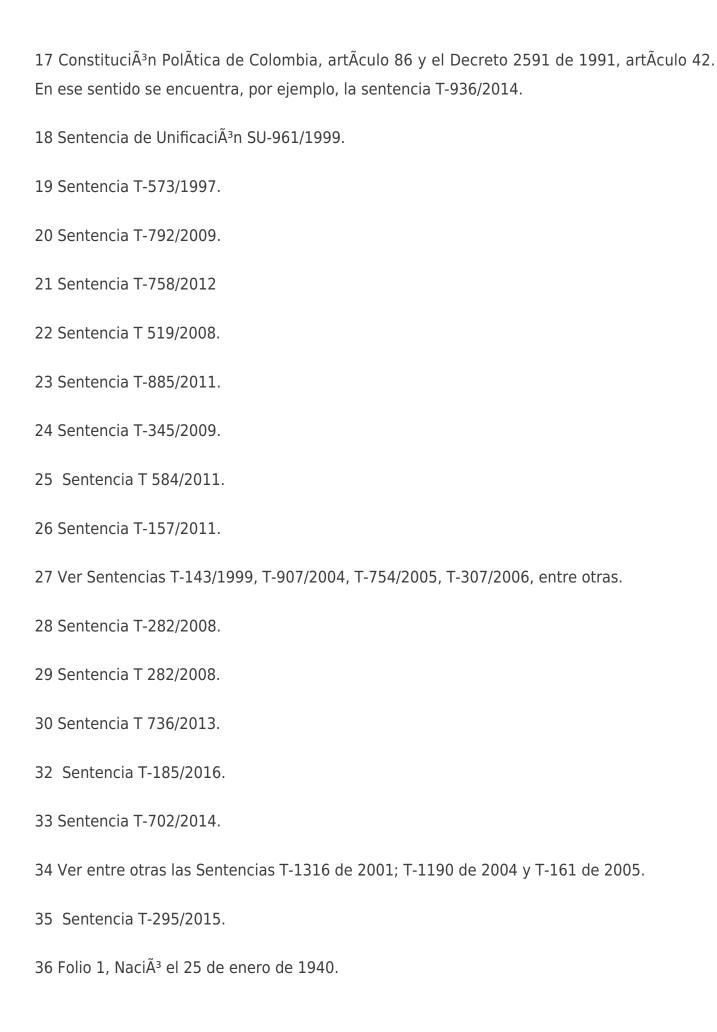
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

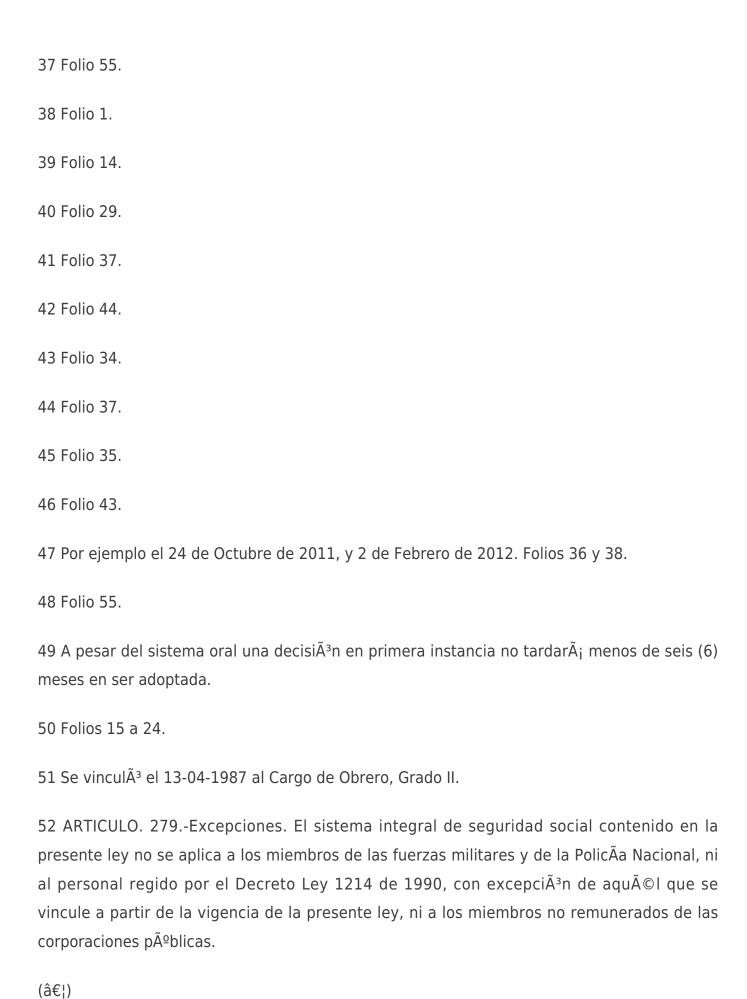
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

# Magistrada ROC̸O LOAIZA MILIÃ∏N 1 Folio 57. 2 IbÃdem. 3 Folio 86. 4 Folio 100. 5 Folio 5. 6 Folio 6. 7 IbÃdem. 8 Folio 12. 9 Folio 13. 10 Folio 8. 11 Folio 10. 12 Folio 11. 13 En los periodos comprendidos entre el 05 de enero de 1978 al 30 de agosto de 1979, y del 20 de noviembre de 1978 al 19 de enero de 1979. 14 Aportando la informaciÃ3n laboral que le habÃa sido entregada por Ecopetrol S.A. el dÃa 11 de mayo de 2014 (Folios 15-24). 15 Sentencia T-176/2011.

16 Sentencia T-1015/2006.





Igualmente, el presente  $r\tilde{A} \otimes gimen$  de seguridad social, no se aplica a los servidores  $p\tilde{A}^{o}blicos$  de la Empresa Colombiana de Petr $\tilde{A}^{3}leos$ , ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petr $\tilde{A}^{3}leos$ , Ecopetrol, por vencimiento del t $\tilde{A} \otimes rmino$  de contratos de concesi $\tilde{A}^{3}n$  o de asociaci $\tilde{A}^{3}n$ , podr $\tilde{A}_{1}n$  beneficiarse del r $\tilde{A} \otimes gimen$  de seguridad social de la misma, mediante la celebraci $\tilde{A}^{3}n$  de un acuerdo individual o colectivo, en t $\tilde{A} \otimes rmino$  de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol (Subrayado y negrilla fuera del texto).

53 Folio 11.

54 Folio 33.

55 Sentencia T-045/2016.

56 Sentencia T-398/2013.

57 Sentencia C-258/2013.

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

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

60 Sentencia T-855/2011.

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

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

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

64 PARÃ☐GRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artÃculo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regÃmenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regÃmenes exceptuados; c) El

tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenÃan a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 19931. d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o tÃtulo pensional. (â€{})

65 Sentencia T-456/2004.

66Sentencia T-001/2009.

67 Sentencia T-045/2016.

68 Sentencia T-239/2008.

69 Sentencia T-079/ 2016.

70 Sentencia T- 668/ 2007.

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

72 Sentencia T-014/2015.

73 Acta de posesiÃ3n No. 20 de idéntica fecha.

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

75 Fue retirado del cargo el 01 de agosto de 2001 mediante la Resoluci $\tilde{A}^3$ n N $\hat{A}^{\underline{o}}$  073 de esa

misma fecha, y naci $\tilde{A}^3$  el 25 de enero de 1940.

76 Folio 100.

77 IbÃdem.

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

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

{p}