

T-323-16

Sentencia T-323/16

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

Procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, se constata que es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o, cuando aunque se verifique que existen mecanismos de defensa judicial ordinarios para reclamar la garantía de este derecho, los mismos no son idóneos para proteger, de manera efectiva, los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. En todo caso, la procedibilidad de la acción de tutela se fortalece, cuando quien reclama el amparo, es un sujeto de especial protección constitucional como es el caso de las personas de la tercera edad o que se encuentran en situación de discapacidad física, mental o psíquica.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

Si bien la acción de tutela puede interponerse en cualquier tiempo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el afectado debe interponer la acción de tutela dentro de un término razonable y cercano a la circunstancia que ha causado la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales respecto de los cuales reclama la protección constitucional. No obstante, en el evento en que se verifique que este presupuesto no se cumple, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias que rodearon la radicación tardía de la acción de tutela y verificar si la amenaza o la vulneración que originaron la acción de amparo ha sido continua y permanece en la actualidad.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION O SUBORDINACION-Jurisprudencia constitucional sobre procedencia excepcional

El examen de procedibilidad de la acción de tutela contra un particular implica la verificación de una situación de desventaja que se presenta entre el accionante y el

particular accionado, ya sea porque existe una relación de subordinación o porque se presenta una situación de hecho que coloca al demandante en estado de indefensión.

CONTRATO REALIDAD-Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal

Se podrá declarar la existencia de un contrato de trabajo bajo las características de un contrato realidad cuando se constate la existencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo tales como: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (iii) un salario como retribución del servicio. En todo caso, se presume que toda actividad que una persona desarrolle en favor de otra, se encuentra regulada por un contrato de trabajo siempre que no exista prueba que demuestre lo contrario.

PENSION SANCION-Alcance de la ley 171 de 1961, art. 8 obligación del empleador de realizar aportes pensionales

En el caso de los trabajadores dependientes que cumplen la edad para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, el cumplimiento por parte del empleador o empleadores con los que haya sostenido una relación laboral de los deberes de afiliar y de efectuar las cotizaciones es determinante para que el trabajador pueda acceder al reconocimiento de esta prestación y garantizar los recursos necesarios para garantizar su subsistencia en la etapa final de su vida. En relación con lo anterior, el legislador ha establecido las consecuencias que debe asumir el empleador en el evento en que omita este deber cuando dicha circunstancia impida al trabajador acceder al reconocimiento de la pensión de vejez. Tal es el caso de la pensión-sanción, prestación que debe reconocer el empleador en los eventos en que la relación laboral haya estado vigente por un periodo superior a 10 años y cuando la terminación del contrato de trabajo se haya producido sin justa causa.

PENSION SANCION-Requisitos

Los requisitos que debe cumplir un trabajador del sector privado, para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción, se pueden resumir de la siguiente forma: (i) la existencia de un contrato de trabajo (ii) la vigencia de la relación laboral, superior a diez años (iii) la ausencia de la afiliación al régimen de seguridad social en pensión y por lo tanto

la omisión del pago de los aportes (iv) la terminación del contrato sin justa causa (v) el cumplimiento de la edad según el tiempo de servicio prestado, de 10 a 15 años, debe acreditar la edad de 60 años si es hombre y 55 años si es mujer y para una vigencia superior a 15 años, la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer. Respecto de este último requisito, es importante advertir que desde el 1 de enero de 2014 estas edades se modificaron de la siguiente manera: “sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios”

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-
Improcedencia por no reunir los requisitos para obtener la pensión sanción

Referencia: expediente T-5427395

Acción de tutela instaurada por Sixto Villamil contra la empresa Rápido el Carmen y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES

Reiteración de jurisprudencia

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de las sentencias de tutela proferidas en el asunto de la referencia, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de noviembre de

2015 y por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 21 de enero de 2016.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. El señor Sixto Villamil tiene 83 años de edad y presenta una patología denominada “demencia tipo Alzheimer”. Convive con su esposa de 79 años de edad quien padece “cáncer de recto”. Ninguno de ellos percibe una pensión de vejez y por causa de su avanzada edad y deteriorado estado de salud, no pueden ejercer alguna actividad laboral que les permita garantizar su sustento.

2. De acuerdo con el relato de la tutela, el señor Villamil estuvo vinculado laboralmente a la empresa Rápido El Carmen S.A., desde “abril de 1969” hasta el 1 de octubre de 1994 en donde desempeñó el cargo de conductor.

3. Señaló, que esta relación laboral estuvo suspendida durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1988 y el 1 de abril de 1989 debido a la vinculación laboral del actor en la empresa Escuela Auxiliar de Enfermería.

4. La empresa Rápido El Carmen S.A. afilió al señor Sixto Villamil al ISS y efectuó aportes al régimen de seguridad social en pensiones en los siguientes periodos: (i) entre el 1 de octubre de 1979 y el 1 de marzo de 1980 y (ii) desde el 18 de enero de 1991 hasta el 1 de octubre de 1994.

5. El 15 de julio de 2003, el señor Sixto Villamil solicitó al ISS el reconocimiento de la indemnización sustitutiva la cual fue reconocida mediante Resolución No 6773 de 2004 en cuantía de \$1.638.927.

6. El 28 de agosto de 2015, el accionante solicitó a la empresa Rápido El Carmen S.A. que certificara el periodo durante el cual estuvo vinculado a esta empresa y el salario devengado. Esto, con el objeto de revisar el cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción. Al respecto, la empresa accionada informó al actor que “una vez revisados los archivos que reposan en la empresa, NO se encontró soporte alguno que indicara relación laboral con los datos suministrados”.

7. A través de apoderado judicial, el señor Sixto Villamil formuló acción de tutela contra la empresa Rápido El Carmen S.A. y Colpensiones con el objeto de que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y que en consecuencia se dispusiera el reconocimiento de la pensión-sanción en favor del accionante a partir del año 1992.

8. La acción de tutela fue repartida al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá. Mediante auto del 4 de noviembre de 2015 ese despacho judicial admitió la acción de amparo promovida por el señor Sixto Villamil.

9. Pruebas que obran en el expediente

9.1. Poder para actuar otorgado al abogado Carlos Felipe Casas Prieta por el señor Sixto Villamil.

9.2. Certificado de existencia y representación legal de la empresa Rápido el Carmen S.A.

9.3. Copia del carné de vinculación al régimen subsidiado de salud correspondiente al accionante.

9.4. Historia clínica del actor expedida por el Hospital El Salvador de Ubaté.

9.5. Copia de las cédulas de ciudadanía del señor Villamil y de su esposa Ana Elvia Cortes de Villamil.

9.6. Copia de una mención de honor otorgada el 12 de octubre de 1983 al señor Sixto Villamil por la empresa Rápido El Carmen “por sus destacados 10 años de conductor”.

9.7. Copia de cuatro fotografías en las que de acuerdo con el relato de la acción de tutela, una de ellas corresponde al registro del momento en que el señor Villamil portando el uniforme de la empresa Rápido El Carmen S.A. recibe una medalla, y las otras se observa el retrato de varios buses.

9.8. Reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones.

9.9. Copia de la resolución No 6773 de 2004 expedida por Colpensiones mediante la cual se reconoce la indemnización sustitutiva al señor Sixto Villamil.

Empresa Rápido El Carmen S.A.

10. El señor Miguel Arturo Jiménez Sánchez actuando como gerente general de la empresa accionada, solicitó al juez de tutela declarar improcedente la acción de tutela por considerar que la vía adecuada para declarar la existencia de un contrato de trabajo es el trámite del proceso ordinario laboral y no este mecanismo de protección constitucional.

Sostuvo, que el señor Sixto Villamil nunca estuvo vinculado a dicha compañía. Afirmó, que si bien en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, figuran algunos aportes efectuados por la empresa accionada, lo mismo no constituye una circunstancia que permita concluir la existencia de una relación laboral, ni tampoco establecer los extremos laborales.

Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

11. El 10 de noviembre de 2015, Haydée Cuervo Torres actuando como gerente nacional de defensa judicial de Colpensiones, informó que mediante resolución No 006773 de 2004 el ISS reconoció indemnización sustitutiva al señor Sixto Villamil. De la misma manera, señaló que el 23 de septiembre de 2015 el actor había formulado una petición para el reconocimiento de la pensión de vejez la cual, para ese momento, no había sido resuelta encontrándose dentro del término legal para resolverla.

De los fallos de tutela.

12. Mediante providencia del trece (13) de noviembre de dos mil quince (2015), el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró improcedente la acción de tutela promovida por el señor Sixto Villamil en consideración a que existen otros mecanismos de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar el reconocimiento de la pensión sanción.

Consideró, que el accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que habilite la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues aunque su condición de salud está deteriorada, todas sus patologías se encuentran cubiertas por el régimen subsidiado de salud.

13. Inconforme con esta decisión, el accionante la impugnó. Consideró que en razón de su

edad -84 años- y la grave afectación de su estado de salud, el señor Sixto Villamil es un sujeto de especial protección constitucional, circunstancia que habilita la acción de tutela para garantizar la protección constitucional de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Afirmó, que se encuentra en situación de vulnerabilidad pues ni él ni su esposa de 76 años perciben una pensión o un ingreso económico que les permita garantizar su subsistencia.

14. Mediante providencia del 21 de enero de 2016, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia bajo los mismos argumentos de la decisión inicial.

Actuaciones en Sede de Revisión

15. Mediante providencia del 21 de abril de 2016, el Magistrado Sustanciador dispuso la práctica de las siguientes pruebas:

15. 1. Oficiar al abogado Carlos Felipe Casas Prieto, apoderado judicial del señor Sixto Villamil, para que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia proporcionara la siguiente información:

(i) Si la enfermedad que presenta el señor Sixto Villamil “demencia tipo alzhéimer” le ha generado alguna alteración a su capacidad mental y si se encuentra en trámite el proceso para declarar su interdicción por demencia.

(ii) Cuáles son las condiciones que regularon los contratos de trabajo que, de acuerdo con el relato efectuado en la tutela, el señor Villamil pactó con la empresa Rápido El Carmen. Para tal efecto, se solicitó expresar los siguientes aspectos: (a) la clase de contrato, (b) la fecha de inicio y de desvinculación, (c) la jornada laboral, el cargo desempeñado y el salario, (d) el nombre del funcionario con el que suscribió el contrató, (e) el nombre del jefe inmediato y (f) las circunstancias que rodearon la terminación del contrato.

(iii) Teniendo en cuenta que el señor Sixto Villamil cumplió la edad para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez -60 años- el 7 de agosto de 1992, se solicitó explicar por qué inició el trámite para el reconocimiento de la pensión-sanción el 29 de septiembre de 2015.

(iv) Las razones que llevaron al señor Sixto Villamil a optar por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva reconocida por el ISS mediante resolución No 6773 del 26 de marzo de 2004. Para tal efecto, debía informar la razón por la cual esperó 11 años para solicitar la modificación de la prestación reconocida y que en su lugar, se otorgara el reconocimiento de la pensión-sanción.

(v)Cuál es la fuente de ingresos económicos que le han permitido al actor desde que se produjo la desvinculación laboral en el año 1994 hasta ahora, garantizar su subsistencia.

(vi) Quiénes integran el núcleo familiar del señor Sixto Villamil, señalando edad, ocupación, ingresos económicos y estado civil.

(vii) Si el accionante promovió demanda en la jurisdicción ordinaria laboral para el reconocimiento de la pensión-sanción. En caso de que la respuesta fuera afirmativa, se pidió señalar el estado actual del respectivo trámite.

15.2. Oficiar al representante legal de la empresa Rápido El Carmen S.A. para que dentro de los tres días siguientes a la notificación de aquella providencia proporcionara la siguiente información:

(i) Teniendo en cuenta que en el escrito de tutela se indicó que la vinculación laboral del señor Sixto Villamil se efectuó a través de los señores (a) José Saboyá (b) Arturo Garzón (c) José Avendaño (d) Alcides Malaver. Se solicitó a la empresa accionada que indicara si estas personas han estado vinculadas con esta compañía, la clase de relación y el tiempo que estuvo vigente.

(ii) Indicar las características de la vinculación del señor Sixto Villamil en esa compañía, que originaron las cotizaciones a pensión efectuadas al ISS, durante los siguientes periodos: (a) desde 1 de octubre de 1979 hasta 1 de marzo de 1980 y (b) entre el 18 de enero de 1991 y el 1 de octubre de 1994. En este punto, se pidió señalar la razón por la cual se suspendió del pago de los aportes.

(iii) Teniendo en cuenta que en el expediente obra la copia de una mención de honor concedida por la empresa Rápido El Carmen Ltda., el 12 de octubre de 1983 al señor Sixto Villamil “por sus destacados 10 años de conductor”, se solicitó que manifestara cuáles

fueron las circunstancias que originaron este reconocimiento.

15.3. Oficiar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia proporcionara la siguiente información:

(i) Las novedades de vinculación y retiro que reportó la empresa Rápido El Carmen al ISS respecto del señor Sixto Villamil identificado con la C.C. No 430.065.

(ii) Si la empresa Rápido El Carmen presenta alguna mora en el pago de los aportes a pensión, respecto del señor Sixto Villamil.

Respuesta del apoderado del señor Sixto Villamil

16. El 28 de abril de 2016, el abogado Carlos Felipe Casas Prieto apoderado judicial del señor Sixto Villamil respondió el cuestionario formulado mediante providencia del 21 de abril de 2016. Advirtió que por causa del deteriorado estado de salud del señor Villamil la información fue suministrada por su esposa en los siguientes términos:

16.1. Informó que la patología que presenta el señor Sixto Villamil ha alterado su capacidad mental, generado una desubicación temporal de su entorno, pérdida de la memoria “a tal punto que no reconoce a sus familiares”. Que no se ha iniciado proceso de interdicción por demencia, por causa de la escasez de recursos económicos y dado que no lo consideran necesario pues no poseen bienes ni recursos económicos que deban ser protegidos a través de la intervención de un tercero.

16.2. En relación con las condiciones de trabajo, señaló los siguientes aspectos:

(i) “Desde el año 1969” el señor Sixto Villamil se vinculó a la empresa accionada, que para entonces era “una cooperativa de transportadores de Ubaté”, a través de un contrato de trabajo pactado en forma verbal con el señor “José Saboyá”. Explicó, que para desarrollar su labor, diariamente “el jefe le indicaba usted va a manejar este bus, indicándole las rutas que debía hacer durante el día”.

(ii) La jornada laboral iniciaba a las 4:00 a.m. y finalizaba a las 10:00 p.m. Sin embargo, no expresó los días en que ejercía dicha labor. Tampoco, cuál era el salario devengado.

(ii) Afirmó, que siempre se desempeñó como conductor y que su vinculación se produjo a través de los gerentes de la empresa que además eran sus jefes inmediatos. Para tal efecto, señaló los nombres de algunos de estos funcionarios que ejercieron ese cargo durante el periodo que estuvo vinculado el señor Villamil: “Ángel Pachón, Jorge Martínez Naranjo, Héctor Horacio Vargas”.

(iii) Expresó, que la relación laboral culminó el día 1 de octubre de 1994 cuando el señor Humberto Martínez, funcionario de la empresa Rápido El Carmen S.A. le informó que “únicamente podría continuar en la empresa como relevador”, lo que implicó una desmejora a sus condiciones laborales que motivaron la decisión del accionante de “finalizar la relación laboral”.

16.3. En relación con el tiempo que tardó el señor Sixto Villamil en iniciar los trámites para reclamar la pensión-sanción, señaló que esta circunstancia obedeció a la ignorancia por parte de aquél y de su esposa respecto de la posibilidad de acceder al reconocimiento de esta prestación. Afirmó, que cuando cumplió la edad para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en la misma empresa accionada le informaron que no cumplía con los requisitos para este derecho y por lo tanto, podía solicitar la indemnización sustitutiva. Expresó, que el señor Villamil no tiene ningún grado de escolaridad.

Narró, que en el año 2015 cuando la esposa del señor Villamil conoció de la enfermedad que padece “cáncer de recto”, se preocupó por lo que sucederá con él cuando ella muera y decidió consultar al abogado Casas Prieto, quien de manera inmediata solicitó el reconocimiento de la pensión-sanción pues considera que el señor Villamil cumple con los requisitos establecidos en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de esta prestación, como consecuencia de la omisión por parte del empleador de efectuar aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

16.4. Señaló, que desde que el señor Villamil se retiró de la empresa accionada él y su esposa han garantizado su subsistencia a través de distintos medios: aquél condujo un taxi durante dos años, ella ha trabajado en la plaza de mercado ayudando en tareas de limpieza a cambio de que le regalen alimentos que están deteriorados para preparar su alimentación. No obstante, afirmó que actualmente estas actividades no pueden ser desarrolladas dadas las condiciones de salud del señor Sixto Villamil y su esposa. Afirmó,

que tienen 10 hijos pero solo cuentan con la ayuda de tres de ellos quienes proporcionan un aporte económico con destino al arriendo de la vivienda correspondiente a la suma de \$210.000.

16.5. Finalmente, afirmó que no ha promovido proceso ordinario laboral teniendo en cuenta las condiciones económicas del accionante y a que por su avanzada edad estos mecanismos de defensa judicial no son idóneos para garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales del señor Sixto Villamil.

Respuesta de la empresa Rápido El Carmen

17. El señor Miguel Arturo Jiménez Sánchez actuando en calidad de gerente de la empresa accionada se pronunció respecto de los interrogantes formulados por el Magistrado Sustanciador, en los siguientes términos:

17.1. Señaló que la búsqueda de las personas indicadas por el accionante se dificultó por causa de que la información que fue proporcionada está incompleta. No obstante, informó los siguientes datos que fueron encontrados en los archivos de esta compañía y que presentan coincidencias con los nombres referidos por el señor Sixto Villamil:

(i) José Agustín Saboyá Alemán identificado con la C.C. No 79.169.068 quien estuvo afiliado a la empresa accionada como propietario del vehículo de placa SUS006 modelo 2006.

(ii) Luis Arturo Garzón Pachón identificado con la C.C. No 134.023 quien estuvo afiliado a la empresa accionada como propietario de los vehículos de placas SND 116 modelo 1995, SND 745 modelo 2006, SML946 modelo 2008, SML818 modelo 2007.

17.2. En relación con los aportes que esta empresa efectuó al ISS respecto del señor Sixto Villamil, indicó que “no es posible explicar porque razón se realizó cotizaciones a pensión al ISS del señor Sixto Villamil, en los periodos que aparecen reportadas por la mencionada entidad, se ha buscado en los archivos que reposan en la empresa, pero no se ha encontrado ningún soporte que indique alguna relación laboral de la empresa con el señor Villamil”.

17.3. Respecto de la mención de honor aportada por el accionante, adujo que no es posible indicar cuál es su origen dado que el mismo no contiene ninguna firma.

17.4. A través del vicepresidente jurídico, Carlos Alberto Parra Satizabal manifestó que el cuestionamiento efectuado por el Magistrado Sustanciador deberá resolverse a través del oficio del 4 de mayo de 2016 expedido por esta entidad para resolver una petición formulada por el señor Sixto Villamil respecto de su historia laboral.

En efecto, aportó copia de este documento en el que se observa la misma información contenida en el reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones el 18 de agosto de 2015. Esto es, que la empresa accionada efectuó aportes durante los siguientes periodos: (i) entre el 1 de octubre de 1979 y el 1 de marzo de 1980 y (ii) desde el 18 de enero de 1991 hasta el 1 de octubre de 1994.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento al auto del treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016), expedido por la Sala de Selección número tres de esta Corporación, que escogió el expediente para revisión.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer, si en el presente asunto procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión-sanción teniendo en cuenta que: (i) el accionante es una persona de 84 años de edad y presenta una enfermedad denominada “demencia tipo Alzheimer” (ii) se dirige la acción de tutela contra un particular, (iii) se debate la existencia de un contrato de trabajo y el cumplimiento de la afiliación al sistema general de seguridad social.

En este marco, la Corte deberá determinar si la empresa Rápido El Carmen Ltda. vulneró el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante, al omitir la afiliación al sistema general de seguridad social en pensión durante el tiempo en que, de acuerdo con el

relato del actor, se desempeñó como conductor de esta compañía.

Con este fin, la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales relativas a: (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional; (ii) la inmediatez como presupuesto fundamental de la procedencia de la acción de tutela (ii) la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares; (iii) el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades; (iv) el desarrollo jurisprudencial de la obligación del empleador de realizar aportes pensionales, o en su defecto, de reconocer la pensión-sanción.

3. La procedibilidad de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional

3.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional[1], la protección del derecho a la seguridad social no es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, pues el legislador dispuso de herramientas de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral y en la administrativa, para solicitar la protección de este derecho que se hace efectivo a través del reconocimiento de la pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.

3.2. Sin embargo, de manera excepcional, se habilita la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio, para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando de acuerdo con las particularidades de cada caso, se verifiquen los siguientes aspectos: “(i) no existe otro medio judicial de protección; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) el caso supone un problema jurídico de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido[2]”.

3.3. En relación con el primer presupuesto, el numeral 1, del artículo 6, del Decreto 2591 de 1991, establece que, en principio, la acción de amparo se torna improcedente cuando existan “otros recursos o medios de defensa judiciales”. No obstante, esta norma establece que excepcionalmente procede cuando dichas herramientas resultan ineficaces para enfrentar la amenaza o la vulneración a los derechos fundamentales.

3.4. De acuerdo con lo anterior, durante el examen del requisito de subsidiaridad, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias del caso concreto a fin de verificar la existencia

de otros mecanismos de defensa judicial ordinarios y la idoneidad de los mismos para garantizar efectivamente la protección del derecho a la seguridad social. Al respecto, la Corte Constitucional[3] ha establecido que se deben verificar los siguientes requisitos:

“a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional. b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada. d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”.

3.5. Cuando quien reclama la garantía del derecho a la seguridad social, es un sujeto de especial protección constitucional, la Corte ha flexibilizado la verificación de los presupuestos que habilitan la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio[4]. Es por ello, que respecto de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, en razón de su edad, estado de salud, condición de madre cabeza de familia, entre otras circunstancias, es posible “presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos[5]” para reclamar el reconocimiento de una prestación pensional.

3.6. De otra parte, en torno a la procedibilidad de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esta Corporación ha señalado que dicho perjuicio debe reunir los siguientes elementos: “ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, lo que significa que implique la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, es decir, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales[6]”

3.7. En síntesis, procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, se constata que es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o, cuando aunque se verifique que existen mecanismos de defensa judicial

ordinarios para reclamar la garantía de este derecho, los mismos no son idóneos para proteger, de manera efectiva, los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. En todo caso, la procedibilidad de la acción de tutela se fortalece, cuando quien reclama el amparo, es un sujeto de especial protección constitucional como es el caso de las personas de la tercera edad o que se encuentran en situación de discapacidad física, mental o psíquica.

4. La inmediatez como presupuesto fundamental de la procedencia de la acción de tutela

4.1. Conforme con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la actuación o la omisión de una autoridad pública o de un particular. Por ello, aunque el ordenamiento jurídico no prevé un término de caducidad para presentar la acción de tutela, resulta importante que el afectado promueva este mecanismo de protección constitucional en un término razonable cercano al momento en que se produjeron las circunstancias y que constituyen la causa de la vulneración o amenaza de los derechos respecto de los cuales reclama su amparo.

4.2. La presentación oportuna de la tutela fortalece la necesidad impostergable de la intervención del juez constitucional, que supone la inminente violación de un derecho fundamental y la producción de un daño evidente y actual. De esta manera, el juez de tutela puede brindar una efectiva protección de los derechos constitucionales y adoptar medidas necesarias para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

4.3. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que la importancia de que la acción de tutela se promueva dentro del marco temporal de la circunstancia que constituye la causa de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, radica en la garantía del principio de seguridad jurídica, que “reclama la pronta resolución definitiva de las situaciones litigiosas, y el interés de terceros cuya situación podría verse injustamente afectada por el otorgamiento tardío de la protección constitucional al peticionario, cuando éste no la reclamó dentro de un término razonable[7]”.

4.4. En todo caso, puede ocurrir que este presupuesto no se cumpla, lo cual no inhabilita per se la acción de tutela para reclamar el amparo de los derechos fundamentales

vulnerados o amenazados. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación[8] ha desarrollado los siguientes criterios que orientan el análisis, por parte del juez de tutela, del cumplimiento de este requisito. El operador judicial deberá constatar los siguientes aspectos: (i) un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iii) un fundamento de la acción de tutela que haya surgido después de que se originó la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma, en un plazo no muy alejado de la fecha en que se interpuso.

4.5. De la misma manera, se han establecido al menos dos casos en los que no es exigible el principio de inmediatez de modo estricto, cuando la vulneración permanezca en el tiempo, es decir que aunque el hecho que la originó sea lejano al momento en que se radicó la tutela, se acredite que dicha circunstancia es continua y actual.

4.6. En suma, si bien la acción de tutela puede interponerse en cualquier tiempo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el afectado debe interponer la acción de tutela dentro de un término razonable y cercano a la circunstancia que ha causado la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales respecto de los cuales reclama la protección constitucional. No obstante, en el evento en que se verifique que este presupuesto no se cumple, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias que rodearon la radicación tardía de la acción de tutela y verificar si la amenaza o la vulneración que originaron la acción de amparo ha sido continua y permanece en la actualidad.

5. La procedibilidad de la acción de tutela contra particulares

5.1. De acuerdo con el artículo 86 Superior, toda persona tiene derecho a formular una acción de tutela para reclamar la garantía de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados por una autoridad pública. Asimismo, podrá adelantar esta acción en contra de un particular cuando aquel presta un servicio público, su conducta afecta el interés colectivo o el afectado se encuentra en un estado de indefensión o de subordinación.

5.2. En relación con lo anterior, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece los eventos en los que procede la acción de tutela cuando se dirige contra un particular. Específicamente, respecto de los casos en los que el actor se encuentra en estado de indefensión o de subordinación, señala lo siguiente:

“Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

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

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

5.3. De acuerdo con la materia del caso que se examina, la Sala se referirá únicamente al estado de subordinación. Al respecto, esta Corporación[9] lo ha desarrollado como una alteración al principio de igualdad que se encuentra autorizada en la Ley, como es el caso de los estudiantes respecto de sus maestros, los hijos respecto de sus padres y los trabajadores de sus empleadores.

5.4. De acuerdo con lo anterior, el examen de procedibilidad de la acción de tutela contra un particular implica la verificación de una situación de desventaja que se presenta entre el accionante y el particular accionado, ya sea porque existe una relación de subordinación o porque se presenta una situación de hecho que coloca al demandante en estado de indefensión.

6. El principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades

6.1. A partir del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, esta Corporación[11] ha desarrollado el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades para declarar la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren los elementos establecidos en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990 de la siguiente manera:

“a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al

modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio”.

6.2. Adicional a lo anterior, el inciso primero del artículo 2 de la Ley 50 de 1990 establece una presunción legal en el sentido “que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Ello, implica para el trabajador la necesidad de probar la actividad personal y para el empleador, la de demostrar que dicha relación no tenía la naturaleza de un contrato de trabajo.

6.3. Bajo lo expuesto, se podrá declarar la existencia de un contrato de trabajo bajo las características de un contrato realidad cuando se constate la existencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo tales como: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (iii) un salario como retribución del servicio. En todo caso, se presume que toda actividad que una persona desarrolle en favor de otra, se encuentra regulada por un contrato de trabajo siempre que no exista prueba que demuestre lo contrario.

7. Desarrollo normativo y jurisprudencial de la obligación del empleador de realizar aportes al régimen de seguridad social en pensiones, o en su defecto, reconocer la pensión-sanción.

7.1. Anteriormente, en vigencia de la Ley 6 de 1945[12] la pensión de vejez respecto de trabajadores del sector privado estaba a cargo del empleador[13], hasta que se creara el Instituto de Seguro Social que lo sustituiría en la asunción de esta prestación.

7.2. Luego, se expidió la Ley 90 de 1946 a través de la cual se instituyó el seguro social obligatorio que ampararía los riesgos de vejez, invalidez y muerte; la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales de todos los trabajadores, nacionales y extranjeros, que desarrollaran una actividad laboral en el sector privado, en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o de aprendizaje. De la misma manera, creó para su administración el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

7.3. Conforme con lo establecido en el artículo 72 de esta disposición, la afiliación al Instituto Colombiano de Seguros Sociales sería gradual y progresiva mientras que el ISS efectuaba el llamamiento a los empleadores para efectuar la respectiva afiliación de sus trabajadores. Entre tanto, aquellos tenían el deber de realizar el aprovisionamiento del capital necesario para trasladarlo cuando llegara el momento.

7.4. Posteriormente, el Código Sustantivo del trabajo[14] introdujo una disposición similar a la contenida en el mencionado artículo 72 de la Ley 90 de 1946, en relación con el pago de las prestaciones sociales que tenía a su cargo el empleador. Al respecto, el artículo 259 estableció lo siguiente:

“(…)2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”

7.5. En este mismo sentido, el Decreto 1650 de 1977[15] estableció el deber de afiliar al régimen de seguro social “a los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje”.

7.6. Igualmente, el Decreto 3063 de 1989[16] determinó la afiliación forzosa de “los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje”.

7.7. Luego, se expidió la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Este sistema integral se encuentra conformado por los subsistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios complementarios. El subsistema de pensiones tiene por objeto amparar a los trabajadores y a su núcleo familiar de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

7.8. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación de afiliarse al sistema general de seguridad social en pensiones para “todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra

modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales[17]”.

7.9. Para tal efecto, en el artículo 17 de esta misma disposición se expresa que durante la vigencia de una relación laboral o de un contrato de prestación de servicios, los empleadores y los contratistas deberán efectuar las cotizaciones a cualquiera de los regímenes de seguridad social en pensión existentes, ya sea el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el salario o ingresos percibidos.

7.10. En esta misma línea, el artículo 22 de esta ley regula el pago de los aportes a pensión respecto de trabajadores dependientes, imponiendo al empleador la obligación de descontar del salario de cada trabajador los respectivos aportes y trasladarlos al respectivo fondo. El texto de esta norma es el siguiente:

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

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

7.11. De esta manera, el legislador asegura a los trabajadores dependientes, que las cotizaciones al sistema pensional sean reales y efectivas, de tal forma que garanticen que ante la ocurrencia de una de las contingencias aseguradas a través de los regímenes de pensiones (invalidez, vejez y muerte) los afiliados y sus familias puedan percibir los recursos necesarios para su subsistencia como si aún continuaran vinculados laboralmente.

7.12. De acuerdo con lo anterior, en el caso de los trabajadores dependientes que cumplen

la edad para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, el cumplimiento por parte del empleador o empleadores con los que haya sostenido una relación laboral de los deberes de afiliar y de efectuar las cotizaciones es determinante para que el trabajador pueda acceder al reconocimiento de esta prestación y garantizar los recursos necesarios para garantizar su subsistencia en la etapa final de su vida.

7.13. En relación con lo anterior, el legislador ha establecido las consecuencias que debe asumir el empleador en el evento en que omita este deber cuando dicha circunstancia impida al trabajador acceder al reconocimiento de la pensión de vejez. Tal es el caso de la pensión-sanción, prestación que debe reconocer el empleador en los eventos en que la relación laboral haya estado vigente por un periodo superior a 10 años y cuando la terminación del contrato de trabajo se haya producido sin justa causa.

7.14. Esta prestación se encuentra regulada en el artículo 267 del código sustantivo del trabajo modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente: "El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con presentación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

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

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

PARAGRAFO 3o. A partir del 1. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios”.

7.15. De esta manera, en términos de la sentencia T-814 de 2011[18] “la legislación colombiana en materia laboral se ha caracterizado por imponer al empleador la obligación de asegurar a los trabajadores contra el riesgo de vejez. En la actualidad, la obligación referida se traduce en el deber del empleador de afiliar al trabajador al Sistema General de Pensiones”.

En términos de la sentencia T-371 de 2003[21]: “Así, pues, es claro que la denominada pensión sanción representa una carga económica para el empleador que, sin importar las circunstancias en que se hace exigible, tiene como fin primordial cubrir el riesgo de vejez y, en consecuencia, la mora en su cancelación puede comprometer los derechos fundamentales del acreedor. De manera que es preciso recordar que el término “sanción” con el que se la ha denominado no indica que se trata de una indemnización pagadera por instalamentos, pues como ya se ha advertido por esta Corte la indemnización por despido sin justa causa y la pensión son beneficios distintos que no son excluyentes, como sí lo son la pensión de vejez y la pensión por despido injusto o sanción”.

7.17. De otra parte, es importante señalar que la Corte Constitucional ha establecido varias alternativas para que los empleadores garanticen esta prestación, las cuales fueron resumidas en la sentencia T-580 de 2009 de la siguiente manera: “i) continuar pagando las cotizaciones que falten para que el trabajador acceda a la pensión de vejez, ii) no pagar todas las cotizaciones y responder por el pago de la pensión sanción durante la vida del

trabajador y, iii) conmutar la pensión con el seguro social”.

7.18. En síntesis, siguiendo lo expuesto en la sentencia T-935 de 2012[22] los requisitos que debe cumplir un trabajador del sector privado, para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción, se pueden resumir de la siguiente forma: (i) la existencia de un contrato de trabajo (ii) la vigencia de la relación laboral, superior a diez años (iii) la ausencia de la afiliación al régimen de seguridad social en pensión y por lo tanto la omisión del pago de los aportes (iv) la terminación del contrato sin justa causa (v) el cumplimiento de la edad según el tiempo de servicio prestado, de 10 a 15 años, debe acreditar la edad de 60 años si es hombre y 55 años si es mujer y para una vigencia superior a 15 años, la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer.

Respecto de este último requisito, es importante advertir que desde el 1 de enero de 2014 estas edades se modificaron de la siguiente manera: “sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios”.

7.19. La acreditación de estos presupuestos por parte del juez de tutela, implica asumir la competencia de declarar a través del trámite de la acción de amparo: (i) la existencia de un contrato de trabajo (ii) que permaneció vigente por más de diez años y (iii) la omisión por parte del empleador de efectuar los aportes al sistema pensional. Para tal efecto, la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutelas ha acudido a distintos medios probatorios para verificar el cumplimiento de tales requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción.

7.20. En relación con la acreditación de estos presupuestos, la Sala considera importante referirse a algunos pronunciamientos en los que esta Corporación ha resuelto solicitudes de reconocimiento de la pensión-sanción. Esto, con el propósito de señalar la manera como la Corte Constitucional ha abordado el análisis de estos requisitos a partir de distintos medios probatorios.

7.20.1. En la sentencia T-327 de 1998[23] esta Corporación ordenó al plantel educativo Liceo Femenino de Cundinamarca “Mercedes Nariño” reconocer a una ex trabajadora la

pensión-sanción equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. En esta oportunidad, la Corte declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, a partir de distintas resoluciones expedidas por el rector del colegio con el objeto de nombrar a la accionante en el cargo de aseo. Así, logro determinar que esta relación laboral permaneció vigente 25 años.

7.20.2. En la sentencia T-1008 de 1999[24] esta Corporación ordenó a los señores Maximiliano Llorente y Yolanda Gómez de Llorente pagar a la accionante, una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente por concepto de la pensión-sanción que le fue reconocida, luego de que la Corte Constitucional acreditara la existencia de un contrato de trabajo que estuvo vigente 32 años, comprendidos entre el 1 de abril de 1966 y el 10 de febrero de 1998. Esta circunstancia se acreditó a través de un acta de conciliación suscrita entre las partes el 28 de abril de 1998 en el que acordaron terminar dicha relación laboral.

7.20.3. Bajo esta misma línea, a través de la sentencia T-495 de 1999[25] la Corte dispuso el reconocimiento de la pensión-sanción a una empleada doméstica tras declarar la existencia de un contrato de trabajo pactado en forma verbal y que estuvo vigente durante 17 años. Este hecho se verificó a partir de una constancia expedida por la empleadora el día 8 de mayo de 1990 en la que señaló que la accionante era su empleada desde el año 1973 y que a la fecha devengaba un salario, de quince mil (\$15 000.00) pesos mensuales.

7.20.4. Mediante sentencia T-935 de 2012[26] la Corte Constitucional dispuso el reconocimiento de la pensión-sanción en favor del señor Ernesto Potes Bolívar en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente que debería pagar el señor Camilo Sarrio por haber omitido su deber de afiliación al régimen de seguridad social en pensiones durante el tiempo que el actor prestó sus servicios como administrador de la finca la Heredad ubicada en el corregimiento de Tunía, municipio de Piendamó, Cauca.

Para tal efecto, esta Corporación declaró (i) la existencia de un contrato de trabajo pactado en forma verbal entre el señor Ernesto Potes Bolívar y Camilo Sarria, (ii) que dicha relación laboral estuvo vigente por 27 años, aproximadamente y (iii) que el empleador omitió el deber de afiliación al régimen pensional.

Estas circunstancias, fueron acreditadas por la Sala Tercera de Revisión a partir de los

hechos narrados por el accionante y el accionado en el sentido de que ambas partes reconocieron la existencia del contrato de trabajo y el salario devengado. No obstante, en relación con los extremos laborales y la forma de terminación del contrato de trabajo los relatos las partes se contradecían, razón por la cual, mediante indicios[27], estableció las fechas en las que el señor Ernesto Potes Bolívar trabajó para el señor Camilo Antonio Sarria y la forma de terminación de la relación laboral.

En efecto, en esta oportunidad la Corte Constitucional analizó las declaraciones rendidas por los testigos aportados por el actor y el accionado, advirtiendo contradicciones y coincidencias entre los mismos. Así, concluyó que el contrato de trabajo inició “desde el año de 1975 hasta el año 2004”. También, sostuvo que el accionante fue despedido “a causa de su avanzada edad y deteriorado estado de salud” pues de acuerdo con los soportes médicos en la época de la desvinculación -año 2004- el actor comenzó a acudir al médico en forma frecuente.

7.20.5. A través de la sentencia T-814 de 2011 la Sala Novena de Revisión ordenó a la Embajada del Reino de los Países Bajos pagar al señor Efraín Caicedo Jurado la pensión-sanción. En esta oportunidad, el amparo se concedió de manera transitoria mientras la jurisdicción ordinaria laboral resolvía en forma definitiva sobre el reconocimiento de esta prestación, pues consideró que “el juez ordinario es quien define en su totalidad los elementos de la pensión sanción, sobre los que es necesario contar con un mayor conocimiento del que carece la Sala en este momento. Por lo tanto, derivado de las evidentes características de las pensiones restringidas al decretarlas y al calcularlas, se excede a la competencia de la Corte determinar la mencionada prestación”.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional constató el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción, esto es: (i) la existencia de la relación laboral desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990, circunstancia que se acreditó a partir de los hechos narrados por el actor, que no fueron desvirtuados por la Embajada accionada y que fueron constatados a partir de la declaración de testigos. (ii) El despido sin justa causa, pues así lo reconoció la Embajada accionada al reconocer el pago de la indemnización por el despido sin justa causa. (iii) La omisión en la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta que la Embajada accionada manifestó que esta obligación no regía para la

relación laboral con el accionante porque el ISS no tenía cobertura en la zona donde se desarrolló el objeto del contrato.

7.21.1. En ese sentido, la sentencia T-675 de 2015 resolvió el caso de un hombre de 78 años de edad quien reclamaba el reconocimiento y pago de la pensión-sanción al departamento de Sucre en consideración a que desempeñó el cargo de “subrecaudador de rentas del Departamento de Tesorería Departamental de Sucre” desde el 10 de mayo de 1971 hasta el 30 de enero de 1998, cuando fue despedido sin justa causa. Adujo, que durante la vinculación laboral, la entidad accionada omitió la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones. En este caso, la entidad accionada negó que el actor hubiera estado vinculado a la misma y sostuvo que el cargo referido por el actor no existe.

La Sala Séptima de Revisión consideró que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela en consideración a que este mecanismo de protección constitucional se habilita de manera excepcional para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional solo cuando se demuestre el cumplimiento de los requisitos de la prestación reclamada. No obstante, respecto al caso bajo análisis sostuvo que “no existe certeza respecto de la forma de vinculación del señor Angilberto Mercado Porras, pues dentro del material obrante dentro del expediente no se encontró el nombramiento del accionante y el único documento a analizar es la copia del acta de posesión que allegó el actor junto con el escrito de tutela, que tal como se indicó en el aparte de hechos probados presenta varias inconsistencias”.

7.22. En resumen, la Corte Constitucional ha dispuesto el reconocimiento de la pensión sanción en los eventos en que se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos, según el caso, en el artículo 8º de la ley 171 de 1961, modificado por las leyes 50 de 1990 y 100 de 1993. Esto es: (i) la existencia de un contrato trabajo (ii) que estuvo vigente por diez años o más (iii) que la relación laboral finalizó por el despido sin justa causa y (iv) que durante la vigencia de la relación laboral el empleador omitió el deber de afiliación al régimen de seguridad social en pensiones.

III. Análisis del caso concreto.

1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se discute si la empresa Rápido El Carmen vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Sixto Villamil

con la omisión de la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones durante todo el tiempo en que estuvo vinculado laboralmente a esta compañía, que según su relato corresponde al periodo comprendido entre “abril de 1969” y el 1 de octubre de 1994. Para tal efecto, la Sala estudiará previamente la procedibilidad de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de una prestación pensional y de encontrar superado este presupuesto, analizará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión sanción.

Procedibilidad de la acción de tutela en contra de un particular

2. Teniendo en cuenta que en la acción de tutela el actor manifestó que estuvo vinculado laboralmente en la empresa Rápido El Carmen S.A. lo que supone la existencia de una relación subordinada entre empleador y trabajador, la Corte considera que en este caso la acción de tutela procede contra un particular de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en esta providencia (supra fundamento jurídico 5).

Examen del requisito de subsidiaridad

3. Los jueces de instancia no encontraron satisfecho el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción, en consideración a que existen otros mecanismos de defensa judicial para acceder a esta prestación. A su juicio, este caso debe ser resuelto en el trámite del proceso ordinario laboral pues este es el mecanismo idóneo para determinar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para tal efecto, lo que implica declarar, entre otros aspectos, la existencia de un contrato realidad.

Asimismo, estimaron que el actor no acreditó que se encuentre en una situación de vulnerabilidad que habilite la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Ello, teniendo en cuenta que el actor se encuentra vinculado al régimen subsidiado de salud y de esta manera accede a la atención médica que requiere para el manejo de la patología que presenta “demencia tipo alzhéimer”.

4. En efecto, la Sala admite que existen otros mecanismos de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción. Sin embargo, esta circunstancia no inhabilita la acción de tutela en el presente caso, pues

conforme con la jurisprudencia reseñada en esta providencia (supra fundamento jurídico 3) la acción de tutela procede como mecanismo principal cuando estas herramientas de defensa judicial resultan ineficaces para garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales o, transitorio cuando se utiliza para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5. En el caso bajo análisis, la Sala considera que se cumplen los presupuestos para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción por las siguientes razones:

5.1. El señor Sixto Villamil tiene 83 años por lo tanto es un sujeto de especial protección constitucional.

5.2. El actor se encuentra en situación de vulnerabilidad, toda vez que debido a su deteriorado estado de salud por causa de la enfermedad que presenta “demencia tipo alzhéimer”, el accionante no tiene la capacidad para ejercer una actividad que le permita la consecución de los recursos económicos que garanticen su subsistencia. Tampoco, puede obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, porque no cumple los requisitos para acceder a este derecho.

5.3. El núcleo familiar del señor Sixto Villamil se encuentra conformado por él y su esposa quien tiene 78 años de edad[28] y presenta una enfermedad denominada “cáncer de recto”[29] y por lo tanto, ella tampoco puede continuar ejerciendo las actividades que normalmente desempeñaba en las plazas de mercado para conseguir el sustento económico del hogar.

5.4. De acuerdo con lo narrado por el apoderado judicial del actor[30], en la respuesta al cuestionario efectuado por el Magistrado Sustanciador mediante auto del 21 de abril de 2016, de los 10 hijos que tiene el señor Villamil solamente tres le brindan un apoyo económico que corresponde a la suma de \$220.000 destinados para el canon de arrendamiento de la vivienda donde reside.

Examen del requisito de inmediatez

6. En este punto, es indispensable analizar que la acción de tutela haya sido promovida

dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de los derechos fundamentales del accionante con el fin de verificar si el transcurso del tiempo desvirtúa o no la transgresión o amenaza de tales derechos.

8. Estas circunstancias debilitan el cumplimiento del requisito de inmediatez, en el sentido que permiten concluir que el señor Sixto Villamil inició el trámite de reclamación del reconocimiento de la pensión-sanción (i) 21 años después de que finalizó la relación laboral con la empresa accionada, (ii) 23 años después de que cumplió la edad para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez y (iii) 12 años después del reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

9. Sin embargo, mediante auto del 21 de abril de 2016 el Magistrado Sustanciador dispuso que el actor explicara la razón por la cual permitió que transcurriera este tiempo para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción por parte de la empresa accionada.

Frente a ello, el apoderado judicial del señor Sixto Villamil informó que esta situación obedeció a las siguientes circunstancias: (i) la escasez de recursos económicos para consultar un abogado, (ii) el desconocimiento de sus derechos dada la baja escolaridad que tiene el actor, pues solo cursó algunos meses del primer grado de básica primaria, (iii) la decisión de reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción se originó por la preocupación de la esposa del señor Villamil, frente a la forma como aquél garantizará su sustento cuando ella fallezca.

10. De acuerdo con las consideraciones desarrolladas en esta providencia, la Sala considera que la posibilidad de reclamar la garantía del derecho a la seguridad social, que en este caso se hace efectivo a través del reconocimiento de la pensión-sanción, es imprescriptible y por lo tanto, el señor Sixto Villamil puede reclamarlo aun cuando haya transcurrido tanto tiempo. Además, es importante señalar que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el señor Sixto Villamil flexibiliza el análisis de este presupuesto.

11. Entonces, de acuerdo con lo expuesto la Sala encuentra que la acción de tutela formulada por el señor Sixto Villamil satisface los requisitos de subsidiaridad e inmediatez y por lo tanto, analizará de fondo el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción, conforme a lo

dispuesto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y a las consideraciones desarrolladas en esta (supra fundamento jurídico 7).

Para tal efecto, verificará (i) si existió un contrato de trabajo pactado entre el señor Sixto Villamil y la empresa Rápido El Carmen. (ii) Si aquella relación laboral estuvo vigente por un periodo superior a 10 años. (iii) Si la empresa accionada omitió la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones y por lo tanto el pago de los aportes respectivos. (iv) Si la desvinculación laboral se produjo por el despido sin justa causa.

La existencia de un contrato de trabajo.

12. Sobre este aspecto existe discrepancia entre el señor Sixto Villamil y el representante legal de la empresa de transportes Rápido El Carmen S.A. en la medida que la empresa accionada niega que el actor haya estado vinculado laboralmente en esta compañía[31]. Por lo tanto, la Sala deberá analizar si el presente asunto, cumple los presupuestos que permiten declarar la existencia de un contrato realidad: (i) actividad personal, (ii) subordinación y (iii) remuneración. (supra fundamento jurídico numero 6).

13. En el escrito de tutela[32], el apoderado del actor narró que el señor Sixto Villamil ingresó a trabajar como conductor de la empresa Rápido El Carmen “desde abril de 1969 por un periodo de cuatro años para el señor José Saboya”. Refirió, “que en esta época, fue conductor para los socios Arturo Garzón y José Avendaño”. Sin embargo, más adelante expresó que aquél “permaneció en la empresa Rápido El Carmen prestando este servicio de manera individual e ininterrumpida hasta el 1 de octubre de 1994, con excepción del periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1988 hasta el 1 de abril de 1989 tiempo en el cual laboró en la empresa denominada Escuela Auxiliar de Enfermería”. Según su relato, esta última vinculación se efectuó a través del señor “Alcides Malaver” quien “volvió a recontratarlo en el año 1989” y hasta el 1 de octubre de 1994 “cuando el señor Humberto Martínez le indicó que únicamente podía continuar en la empresa como relevador” y el actor decidió renunciar.

14. Para acreditar la existencia del contrato de trabajo entre el señor Sixto Villamil y la empresa Rápido El Carmen, el actor aportó copia de cuatro fotografías[33] con el propósito de demostrar que el señor Villamil usó el uniforme de la compañía accionada en calidad de trabajador. En las mismas, se observa (i) a varios buses pertenecientes a la empresa Rápido

El Carmen y (ii) un hombre recibiendo una medalla de una mujer.

No obstante, en estos registros fotográficos no es posible identificar que las prendas que visten las personas retratadas correspondan a un uniforme de la empresa Rápido el Carmen. Por lo tanto, resultan insuficientes para constatar que el señor Sixto Villamil fue trabajador de la compañía accionada en virtud de la existencia de un contrato de trabajo.

15. De la misma manera, el actor aportó con la tutela copia de un documento expedido el 12 de octubre de 1983, cuyo texto indica que la empresa Rápido El Carmen otorga al señor Sixto Villamil “mención de honor por sus destacados 10 años de conductor”.

Frente a este documento, advirtió la Sala que el mismo no estaba firmado y no contenía algún sello que identificara al otorgante. En razón a ello, mediante providencia del 21 de abril de 2016 el Magistrado Sustanciador dispuso que se remitiera copia del mismo a la empresa accionada a fin de que manifestara las circunstancias que originaron este reconocimiento.

Sin embargo, la empresa accionada afirmó lo siguiente: “evidenciamos que no contiene ninguna firma y no podemos indicar cuál es el origen de este ni cuáles serían las circunstancias que lo originaron”.

Para la Sala resulta insuficiente la información proporcionada en este documento con el que se pretendía acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Ello, porque no existe certeza de que el otorgante de la referida “mención de honor” haya sido la empresa Rápido El Carmen.

16. En el expediente obra un reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones en el que se observa que la empresa Rápido El Carmen efectuó cotizaciones al ISS, durante los siguientes periodos: (a) desde 1 de octubre de 1979 hasta 1 de marzo de 1980 y (b) entre el 18 de enero de 1991 y el 1 de octubre de 1994.

16.1. En relación con esta información, en la mencionada providencia del 21 de marzo de 2016, el Magistrado Sustanciador dispuso que la empresa Rápido El Carmen manifestara: “la clase de vinculación del señor Sixto Villamil en esa compañía, que originó las cotizaciones a pensión efectuadas al ISS, durante los siguientes periodos: (a) desde 1 de

octubre de 1979 hasta 1 de marzo de 1980 y (b) entre el 18 de enero de 1991 y el 1 de octubre de 1994". En este punto, se solicitó que señalara la razón por la cual se suspendió del pago de los aportes.

16.3. De la misma manera, la Corte preguntó a Colpensiones sobre las cotizaciones reportadas en la historia laboral del señor Sixto Villamil en el sentido de que informara las novedades de vinculación y retiro reportadas por la empresa Rápido El Carmen S.A. respecto del señor Sixto Villamil, y si dicha compañía presenta alguna mora en el pago de los aportes a pensión respecto del accionante.

16.4. El vicepresidente jurídico y secretario general de Colpensiones informó que las novedades reportadas por la empresa Rápido El Carmen son las que se encuentran en la historia laboral. Es decir, que según esta información durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1979 hasta 1 de marzo de 1980 y el 18 de enero de 1991 hasta el 1 de octubre de 1994 la empresa accionada efectuó las novedades de ingreso y de retiro del trabajador correspondientes y en razón a ello, no presenta mora en el pago de los aportes.

16.5. En efecto, a partir de la información contenida en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la Sala constata la existencia de una relación laboral entre la empresa Rápido El Carmen S.A. y el señor Sixto Villamil, en la medida que la Corte no encuentra otra causa, distinta a una vinculación laboral, que haya originado la afiliación del señor Villamil al régimen de seguridad social en pensiones como trabajador dependiente de la empresa Rápido El Carmen.

Es importante señalar que aunque la compañía accionada, sostuvo que desconocía las circunstancias que originaron tales aportes, pues en sus archivos no encontraron algún registro que le permitieran constatar este hecho, para la Sala esta afirmación no debilita el significado que tiene en este caso la afiliación al sistema pensional del señor Sixto Villamil, pues es posible encontrar una explicación que justifique por qué el actual representante legal de la empresa accionada desconoce una actividad realizada hace tanto tiempo. Sin embargo, no es factible concluir que el ISS efectuó la afiliación del señor Sixto Villamil como trabajador de la empresa Rápido El Carmen y registró los respectivos aportes, sin que hubiese intervenido la voluntad de dicha empresa.

17. En síntesis, de acuerdo con la información suministrada por Colpensiones respecto de las cotizaciones efectuadas por la empresa accionada al ISS respecto del señor Sixto Villamil, la Corte Constitucional evidencia los elementos que permiten declarar la existencia de un contrato realidad:

(i) Actividad personal: teniendo en cuenta que según el relato del actor, la ocupación del señor Sixto Villamil siempre ha sido la de conductor y que el objeto principal de la empresa accionada es el transporte público de pasajeros intermunicipales, para la Corte resulta claro que la actividad que desempeñó aquél fue la de conductor.

(ii) Subordinación: de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en esta providencia (supra fundamento jurídico 6), la subordinación constituye una condición que permite que una persona resulte dependiente de otra, lo que ocurre principalmente en situaciones derivadas de una relación jurídica emanada de la ley o de una relación contractual como es el caso de un trabajador y su empleador en virtud de un contrato de trabajo.

De acuerdo con ello, a partir de la afiliación del señor Sixto Villamil, como trabajador dependiente, al régimen de seguridad social en pensiones efectuada por la empresa accionada, la Sala evidencia que este elemento de subordinación estuvo presente en la relación laboral que existió entre el actor y la empresa accionada.

(iii) Remuneración: sobre este punto el actor guardó silencio, sin embargo, se observa que el ingreso base de las cotizaciones efectuadas por la empresa Rápido El Carmen respecto del señor Sixto Villamil corresponden al salario mínimo legal mensual vigente para la época en que se efectuaron los respectivos aportes.

La vigencia de la relación laboral superior a diez años

18. El segundo presupuesto que se debe acreditar para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 es que la relación laboral hubiese estado vigente “(10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido” o

“si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido”.

19. Para abordar este aspecto, la Sala se referirá a lo manifestado por el actor y a los elementos probatorios que obran en el expediente, teniendo en cuenta que la accionada niega la existencia de una relación laboral respecto del señor Sixto Villamil y por ende no se ha referido a la vigencia de la relación laboral.

20. La constatación de este presupuesto conlleva a determinar los extremos laborales. Al respecto, la Sala encuentra que conforme a lo narrado en la tutela y a la información contenida en la historia laboral expedida por Colpensiones solamente existen coincidencias en torno a la fecha de desvinculación laboral, esto es 1 de octubre de 1994.

No obstante, en relación con la fecha de vinculación laboral existen discrepancias. Por lo tanto, la Sala determinará este aspecto con el objeto de constatar el cumplimiento de este requisito necesario para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción.

21. El apoderado del actor indicó en el escrito de tutela[34], que el señor Sixto Villamil “empezó a laborar en la empresa de transporte del municipio de Ubaté denominada Rápido El Carmen desde abril de 1969 para el señor José Saboyá, un socio de la empresa, por un periodo de cuatro años en los cuales vistió el uniforme de la empresa”. Refirió, que en esta época, “fue conductor para los socios Arturo Garzón y José Avendaño”.

Sin embargo, en el mismo escrito expresó que el señor Villamil “permaneció en la empresa Rápido El Carmen prestando este servicio de manera individual e ininterrumpida hasta el 1 de octubre de 1994, con excepción del periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1988 hasta el 1 de abril de 1989 tiempo en el cual laboró en la empresa denominada Escuela Auxiliar de Enfermería”. Según su relato, esta última vinculación se efectuó a través del señor “Alcides Malaver” quien “volvió a recontratarlo en el año 1989” y hasta el 1 de octubre de 1994 “cuando el señor Humberto Martínez le indicó que únicamente podía continuar en la empresa como relevador” y decidió renunciar.

22. La Sala encontró insuficiente la información proporcionada por el accionante para

determinar la fecha de vinculación laboral y por ende la vigencia del contrato. En consecuencia, el Magistrado Sustanciador, mediante providencia del 21 de abril de 2016 dispuso que se requiriera al actor para que informara "(a) la clase de contrato, (b) la fecha de inicio y de desvinculación, (c) la jornada laboral, el cargo desempeñado y el salario, (d) el nombre del funcionario con el que suscribió el contrato, (e) el nombre del jefe inmediato y (f) las circunstancias que rodearon la terminación del contrato".

Frente a ello, el apoderado del actor señaló que el señor Sixto Villamil, "después de trabajar en Flota Boyacá, ingresó a la empresa Rápido El Carmen, como conductor de flotas de transporte público de pasajeros intermunicipales, desde Ubaté (...) desde el primer momento utilizó el uniforme (como se puede verificar en el registro fotográfico anexo en el expediente) que en ese momento era una cooperativa de transportadores de Ubaté en el año 1969, para el señor José Saboyá (...). Entre las flotas que manejó de manera individual mi poderdante para la empresa Rápido El Carmen Limitada fueron los siguientes automotores con números internos 33, 69, 72 y 382".

La información proporcionada en esta oportunidad es aún más imprecisa que la presentada en el escrito de tutela, en la medida que refiere que el señor Sixto Villamil ingresó "en el año 1969" y refiere que para ese momento la empresa Rápido El Carmen tenía la naturaleza de cooperativa, lo cual no es cierto pues de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal[35] que obra en el expediente, se observa esta compañía tenía la naturaleza de sociedad limitada.

23. Teniendo en cuenta que en el escrito de tutela el actor adujo que la vinculación laboral a la empresa Rápido El Carmen se efectuó a través de los señores "José Saboyá", "Arturo Garzón", "José Avendaño" y "Alcides Malaver", se requirió a la empresa accionada para que informara si estas personas estuvieron vinculadas a dicha compañía.

Frente a ello, el representante legal de la empresa Rápido El Carmen S.A. informó a la Corte que es muy difícil encontrar información respecto de los señores "José Saboyá", "Arturo Garzón", "José Avendaño" y "Alcides Malaver", debido a que sus nombres no están completos y no se expresó la identificación. Sin embargo, reportó algunas coincidencias encontradas entre dichos nombres y los siguientes propietarios de vehículos vinculados a la flota de esta empresa:

(i) José Agustín Saboyá Alemán, identificado con la C.C. No 79.169.068 quien fue propietario del vehículo SUS modelo 2006.

(ii) Luis Arturo Garzón Pachón, identificado con la C.C. No 134.023 afiliado a la empresa como propietario de los vehículos SND 116 modelo 1995, SND 745 modelo 2006, SML 946 modelo 2008 y SML 818 modelo 2007.

Al respecto, evidencia la Corte que los nombres de los propietarios de los vehículos que presentan coincidencia con los referidos por el actor como las personas que efectuaron su vinculación a la empresa Rápido El Carmen, no guardan alguna relación, pues ambos estuvieron afiliados a la empresa cuando el señor Villamil ya no laboraba allí -1 de octubre de 1994-.

Entonces, la Corte no puede inferir que los señores “José Saboyá” y “Luis Garzón”, quienes según el actor son los funcionarios de la empresa accionada que lo vincularon en “abril de 1969” han tenido alguna relación con la empresa Rápido El Carmen que les hubiese permitió pactar con el actor un contrato de trabajo de manera verbal en la fecha referida. Esto, porque aun cuando existen coincidencias entre estos nombres, para la época en que, según la empresa estuvieron vinculados como propietarios de vehículos que hacen parte de su flota -entre 1995 y 2008-, ya se había producido la desvinculación laboral del actor -1 de octubre de 1994-.

24. De acuerdo con lo anterior, para la Sala esta información no proporciona certeza respecto de la fecha en la que inició la relación laboral y por lo tanto no permite acreditar que la misma estuvo vigente por más de diez años.

25. De otra parte, el actor consideró que la vigencia de la relación laboral superior a 10 años se podría establecer a partir de la “mención de honor” otorgada por la empresa Rápido El Carmen el 12 de octubre de 1983 al señor Sixto Villamil “por sus destacados 10 años de conductor”. Sin embargo, la empresa negó la expedición de este documento y manifestó que desconocía su origen.

Como se expuso anteriormente, en efecto la Sala observa que este documento no tiene firma ni sellos de la empresa Rápido El Carmen que permitan acreditar que este documento fue expedido por dicha compañía. Por lo tanto, este documento no presta merito probatorio

para determinar los extremos de la relación laboral y tampoco que el señor Sixto Villamil hubiese estado vinculado a la empresa por un periodo superior a diez años.

26. De acuerdo con lo anterior, la Sala acudirá a otros medios probatorios que obran en el expediente para evaluar el cumplimiento de este requisito. Específicamente, el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones en el que se encuentran los aportes que efectuó la empresa Rápido El Carmen S.A. respecto del señor Sixto Villamil como trabajador de esta compañía.

26.1. A partir de ese documento, es posible constatar las novedades de vinculación y de retiro reportadas por la empresa accionada respecto del señor Sixto Villamil, pues de acuerdo con lo informado por Colpensiones no existe mora en el pago de los aportes, lo que significa que la empresa reportó oportunamente la fecha en que se produjo el ingreso y el retiro del trabajador.

26.2. Entonces, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el 18 de agosto de 2015 se encuentra acreditado que el señor Sixto Villamil estuvo vinculado en la empresa durante los siguientes periodos: (i) entre el 1 de octubre de 1979 y el 1 de marzo de 1980 y (ii) desde el 18 de enero de 1991 y el 1 de octubre de 1994. Esto significa, que la relación laboral estuvo vigente de manera interrumpida 4 años, 2 meses y 17 días.

27. A partir de lo anterior, se concluye que el presupuesto establecido en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción, según el cual, la vigencia de la relación laboral debe ser superior a diez años, no se encuentra acreditado en el presente caso.

La omisión de la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones

28. La Sala advierte que aun cuando ya se verificó que el señor Sixto Villamil no acreditó uno de los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción, como se expuso en el numeral anterior, considera necesario continuar con el análisis de los demás requisitos hasta ahora no analizados: (i) omisión del empleador de afiliar al trabajador al régimen de seguridad social en pensiones y (ii) que la desvinculación laboral se haya producido por el despido sin justa causa.

La desvinculación laboral por decisión del empleador sin que medie una justa causa

30. Al respecto el apoderado del actor expresó[36] que el señor Sixto Villamil “trabajó única y exclusivamente para la empresa Rápido El Carmen hasta el año 1994 cuando el señor Humberto Martínez funcionario de la empresa le indicó que únicamente podría continuar en la empresa como relevador, situación que desmejora totalmente su status de conductor y que lo [ponía] en desgracia pública frente a sus compañeros de trabajo por lo cual decidió finalizar su relación laboral con Rápido El Carmen S.A.”.

31. El accionante admite que la desvinculación laboral se produjo porque el señor Sixto Villamil renunció a la empresa Rápido El Carmen. Esta afirmación permite a la Sala constatar que este presupuesto no se cumple.

En todo caso, es importante advertir que el accionante refiere que esta decisión se produjo por repentino cambio en las condiciones esenciales del contrato de trabajo. No obstante, la Corte no puede inferir de dicha afirmación que haya mediado una justa causa por parte del trabajador para finalizar la relación laboral pues no se encuentra acreditado que el empleador hubiese provocado la renuncia del señor Sixto Villamil a través de la alteración de las condiciones esenciales que regulaban la relación laboral.

32. En suma, el señor Sixto Villamil no cumple con todos los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción. Esto, por cuanto aunque se logró acreditar la existencia de una relación laboral entre el actor y la empresa Rápido El Carmen S.A. no se demostró (i) la vigencia del contrato de trabajo superior a 10 años, (ii) que la relación laboral hubiese finalizado por la decisión del empleador sin que hubiese mediado una justa causa y (iii) la omisión del empleador respecto de la afiliación de trabajador al régimen de seguridad social en pensiones.

Conclusiones

33. En el presente caso la acción de tutela se cumplen con los presupuestos formales de procedibilidad para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción teniendo en cuenta que cumple con los presupuestos de procedibilidad formal de la acción de tutela: subsidiariedad e inmediatez, los cuales fueron analizados en consideración a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el señor Sixto Villamil por causa de su edad -84 años-,

su deteriorado estado de salud en razón a la enfermedad que presenta “demencia tipo Alzheimer” y por su precaria condición económica que le impide acceder a los recursos necesarios para garantizar su subsistencia y la de su esposa.

34. No obstante, desde el punto de vista sustantivo el señor Sixto Villamil no acreditó el cumplimiento de todos los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión-sanción y por lo tanto, la Corte Constitucional no puede acceder al reconocimiento de esta prestación.

En este punto es importante advertir, que en todos los casos en que la Corte ha dispuesto el reconocimiento de la pensión-sanción se ha acreditado a través de distintos medios probatorios, todos los requisitos establecidos para tal efecto, tal como se muestra en los casos referidos en esta providencia (supra numerales 7.19 a 7.25 del acápite considerativo) en los cuales no existía discrepancia entre las partes respecto del periodo en que se desarrolló la actividad laboral.

35. De acuerdo con lo expuesto, esta Sala revocará las sentencias proferidas por el Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de noviembre de 2015 y por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 21 de enero de 2015 que declararon improcedente la acción de tutela, al encontrar que el presente caso no cumple con el requisito de subsidiaridad, y en su lugar, negará el amparo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, solicitado por el señor Sixto Villamil dado que no se acreditaron todos los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de esta prestación.

36. Con todo, la Sala advierte la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el señor Sixto Villamil y hace un llamado a sus diez hijos para que, en virtud del principio de solidaridad, brinden la especial protección que aquellos deben proporcionar a sus padres cuando se hallan en tales circunstancias.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de noviembre de 2015 y por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 21 de enero de 2015 que declararon improcedente la acción de tutela al encontrar que el presente caso no cumple con el requisito de subsidiaridad, para en su lugar, NEGAR el amparo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital que se hacen efectivos a través del reconocimiento de la pensión-sanción, solicitado por el señor Sixto Villamil, dado que no se acreditaron todos los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de esta prestación.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1]Al respecto ver sentencias T-903 de 2012, T- 378 de 2012 MP. (E) Adriana María Guillen, T-809 de 2011 MP Mauricio González Cuervo, T-897 de 2010 MP Nilson Pinilla Pinilla, T-474 de 2010 MP Juan Carlos Henao Pérez, T-235 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva. Entre muchas otras.

- [2] Sentencia T-814 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.
- [3] Al respecto se pueden consultar las sentencias T-140 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero, T-249 de 2006 MP Alfredo Beltrán Sierra, T-511 de 2003 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-600 de 2007 MP Jaime Córdoba Triviño, T-600 de 2007 MP Jaime Córdoba Triviño, T-235 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-678 de 2010 MP Nilson Pinilla Pinilla, T-021 de 2013 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-343 de 2014 MP Luis Ernesto Vargas Silva.
- [4] Sentencia T-414 de 2009 MP Luis Ernesto Vargas Silva.
- [5] T-651 de 2009 MP Luis Ernesto Vargas Silva.
- [6] Sentencia T-018 de 2014 MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- [7] Sentencia T-183 de 2013 MP Nilson Pinilla Pinilla.
- [8] T-001 de 1992 MP José Gregorio Hernández Galindo, SU-961 de 1999 MP Vladimiro Naranjo Mesa, T-105 2002 MP Jaime Araujo Rentería, T-173 de 2002 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-728 de 2003 MP Alfredo Beltrán Sierra, T-764 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil, T-802 de 2004 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.
- [9] Sentencia T-582 de 2013 MP Nilson Pinilla Pinilla.
- [10] Sentencia T-276 de 2014 MP María Victoria Calle Correa.
- [11] Sentencia T-903 de 2010 MP Juan Carlos Henao Pérez.
- [12] Por medio de la cual se instituyó en Colombia el primer Estatuto Orgánico del Trabajo.
- [13] Artículo 14“La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$ 1.000.000) estará también obligada: (...) c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le

hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

[14] Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961.

[15] “Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones”. El artículo 6 de esta disposición establece “DE LOS AFILIADOS FORZOSOS. Deberán afiliarse forzosamente al régimen que se establece en el presente Decreto, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, los funcionarios de seguridad social a que se refiere el Decreto 1651 de 1977, y los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios”.

[16] “Por el cual se aprueba el acuerdo 044 de 1989 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios”.

[17] Artículo 15 modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

[18] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[19] “El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00) después de haber laborado para la misma, o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrán derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si, después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos

necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

[20] Sentencia T-580 de 2009.

[21] MP Álvaro Tafur Galvis.

[22] MP Luis Guillermo Guerrero.

[23] MP Fabio Morón Díaz.

[24] MP José Gregorio Hernández Galindo.

[25] MP Carlos Gaviria Díaz.

[26] MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[27] “El indicio, es un hecho conocido del cual se infiere otro desconocido. El indicio debe partir de la existencia de un hecho conocido, denominado también hecho indicador, el que en los términos del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, “deberá estar debidamente probado en el proceso”.

[28] Folio 18 cuaderno de primera instancia.

[29] Folio 29 cuaderno de sede de revisión.

[30] Folio 25 cuaderno de sede de revisión.

[31] En este sentido se expresó la empresa accionada en la contestación de la tutela y en la respuesta del 7 de septiembre de 2015 a la solicitud de reconocimiento de la pensión-sanción elevada por el señor Sixto Villamil. Folio 36 del cuaderno de primera instancia.

[32] Folios 55 a 70 del cuaderno de primera instancia.

[33] Folio 24 del cuaderno de primera instancia.

[34] Folio 55 cuaderno de primera instancia.

[35] Folio 5 del cuaderno de primera instancia.

[36] Folio 24 del cuaderno de Sede de Revisión.