

SEGURIDAD SOCIAL-Concepto

La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley. Ello, a través de la afiliación al sistema general de seguridad social que se refleja necesariamente en el pago de prestaciones sociales estatuidas.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-Reiteración de jurisprudencia

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

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en forjar la obligación del empleador de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, salud y riesgos profesionales y pagar las respectivas cotizaciones a cada uno de dichos regímenes.

A cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores. Esta obligación solo finaliza cuando el trabajador: (i) cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.

OBLIGACION DEL PAGO DE APORTES AL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y AL

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSION

En principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR DERECHOS LABORALES-Reiteración de jurisprudencia

Ha sostenido la Corte que procede la acción de tutela excepcionalmente para reclamar derechos laborales, cuando es interpuesta por un sujeto de especial protección toda vez que en sus pretensiones confinan el acceso al mínimo vital.

TRABAJADOR PORTADOR DE VIH/SIDA-Sujeto de especial protección constitucional

Esta Corporación reconoció que el enfermo de VIH/SIDA goza de iguales derechos que las demás personas y que las autoridades están en la obligación de otorgarles protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y principalmente su dignidad.

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS DE ENFERMO DE SIDA-Procedencia por ser sujetos de especial protección constitucional

Se ha aceptado de manera pacífica y reiterada la procedencia de la tutela cuando el peticionario padece de VIH/SIDA ya que subyace la consideración que los mecanismos ordinarios de defensa no resultan ser eficaces en la protección de los derechos fundamentales por la urgencia que impone la gravedad del diagnóstico.

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

La Corporación ha señalado que los portadores o portadoras del VIH son sujetos de especial protección constitucional por cuanto su padecimiento causa deterioro progresivo del estado de salud de quien lo soporta. En consecuencia, hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentra. Por ende, es deber del Estado adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados. Por lo que la jurisprudencia ha reconocido un tratamiento especial en procura de las personas que padecen esa enfermedad teniendo en cuenta su carácter progresivo, en diversos ámbitos de protección: (i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS QUE PADECEN VIRUS VIH/SIDA

PRESUNCION DE DESPIDO DISCRIMINATORIO Y PROTECCION A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-
Finalidad de la Ley 361/97

PENSION SANCION-Naturaleza/PENSION SANCION-Finalidad

PENSION SANCION-Alcance

PENSION SANCION-Requisitos

Este tipo de pensión nace de la omisión del empleador de afiliación y pago de aportes

respecto de sus empleados, siempre y cuando se verifiquen los siguientes presupuestos: la existencia de un contrato de trabajo; la duración de la relación laboral entre 10 y 15 años; un despido sin justa causa; y, que el trabajador cuente con más de 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre. Respecto del requisito de edad, vale la pena aclarar que por disposición del párrafo 3º del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, desde el 1º 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”.

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución normativa en relación con los requisitos para su obtención

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Fundamentos constitucionales

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Alcance

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-No se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima

En concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida

conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales.

PENSION DE INVALIDEZ EN CASO DE ENFERMEDADES CRONICAS, DEGENERATIVAS O CONGENITAS-Requisitos

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Fecha de estructuración de la invalidez desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral

De los múltiples casos estudiados por la Corporación se ha decantado, de manera pacífica, que cuando se trata de una invalidez causada por un padecimiento paulatino o por una enfermedad degenerativa, el tiempo de estructuración debe ser aquel en la que se concreta materialmente el carácter de permanente y definitivo, por lo que impide a la persona desempeñar cualquier actividad laboral y continuar cotizando. Es decir, no aquella que es señalada retroactivamente en la calificación (que usualmente indica cuándo iniciaron las manifestaciones de la enfermedad), por cuanto sólo indica cuándo se presentaron los primeros síntomas, sin que ello impida que el individuo permanezca activo dentro de sus capacidades.

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Requisitos

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE FORMALIDADES EN RELACIONES LABORALES-Alcance

CONTRATO REALIDAD-Definición

CONTRATO REALIDAD-Elementos esenciales que deben demostrarse

DERECHO AL TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a accionante iniciar proceso ante jurisdicción ordinaria tendiente a definir existencia de contrato realidad, pago de salarios dejados de percibir, de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto

DERECHO AL TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a EPS reconocer y pagar a accionante pensión de invalidez en caso de cumplir requisitos legales para ello

DERECHO AL TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden de cancelar suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente al accionante hasta cuando exista pronunciamiento de justicia ordinaria

DERECHO AL TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a EPS calificar pérdida de capacidad laboral de accionante

Referencia: Expediente. T-5.889.357

“Juan” contra “Alberto” y “Lina”.1

Magistrado Ponente (e.):

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e.), Alberto Rojas Ríos e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.), quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá el 19 de julio de 2016 y por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de la misma ciudad el 26 de agosto del mismo año, de conformidad con los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Teniendo en cuenta la enfermedad que padece el accionante (VIH/SIDA), la Sala encuentra pertinente suprimir su identidad en esta providencia y de todas las actuaciones subsiguientes como una medida de protección a sus derechos a la intimidad y a la confidencialidad². En consecuencia, para todos los efectos de la presente sentencia, el nombre del actor será reemplazado por el de “Juan”.

El señor “Juan” promovió acción de tutela contra “Alberto” y “Lina” por considerar vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al trabajo, en aplicación del principio del contrato realidad.

1. Hechos

1.1. Sostiene que entre el 15 de enero de 1993 y el 13 de noviembre de 1998 laboró para el establecimiento de comercio “Comidas Rápidas A”, siendo sus jefes directos los señores “Alberto” y “Vicente”.

1.2. En 1998 se retiró de su trabajo a fin estudiar en el SENA. Posteriormente, desempeñó el cargo de mesero en el Hotel La Sabana -entre el 2 de octubre de 2002 y el 31 de diciembre de 2003- luego, en el Hotel las Américas -entre el 5 de mayo de 2003 y 1º de septiembre del mismo año.

1.3. Aproximadamente desde julio de 2004³ se vinculó laboralmente al establecimiento de comercio denominado “Comidas Rápidas”, bajo la subordinación del señor “Alberto” para hacer las labores de mesero, esto es, atender a los clientes así como tomar los pedidos de quienes se acercaban en vehículos afuera del local comercial.

1.4. El 17 de noviembre de 2013, estando vinculado a “Comidas Rápidas”, fue diagnosticado con la enfermedad del virus de inmunodeficiencia humana -VIH- seropositivo⁴.

1.5. En la misma fecha le comunicó al señor “Alberto” sobre su enfermedad para que lo afiliara al sistema de seguridad social, obteniendo una respuesta negativa⁵.

1.6. Relata que durante en el año 2015 su estado de salud se deterioró gravemente, desmejorando su capacidad laboral, a tal punto que fue internado en el Hospital Universitario de la Fundación Santa Fe durante 29 días en el mes de julio de esa anualidad.

1.7. Afirma que trabajó hasta el 15 de diciembre de 2015⁶, fecha en la cual el señor “Alberto” le comunicó su desvinculación, sin mediar autorización por parte del Ministerio de Trabajo y sin cumplir con el pago de las prestaciones sociales correspondientes.

1.8. Asevera que “Comidas Rápidas”, que ha sido de propiedad de los demandados, nunca lo afilió al sistema de seguridad social.

1.9. El demandante actualmente se encuentra afiliado en el régimen subsidiado de salud, a cargo de Capital Salud desde el 2 de octubre de 2014⁷.

2. Solicitud de tutela

El demandante presentó acción de tutela el 7 de julio de 2016 con el fin de obtener el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al trabajo. Como consecuencia solicitó ordenar a los demandados reconocerle y pagarle la pensión sanción junto con las prestaciones sociales dejadas de percibir.

De manera subsidiaria exigió el reconocimiento del contrato laboral y el consecuente pago de la indemnización por despido a causa del padecimiento de VIH, previsto en el artículo 268 de la Ley 361 de 1997, así como el reintegro a un cargo de igual o mejor condición y la cancelación de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta cuando ocurra el reintegro.

3. Trámite procesal.

Mediante Auto del 8 de julio de 2016 el Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá admitió la tutela y corrió traslado a las personas demandadas para que ejercieran su derecho de defensa.

4. Respuesta de la parte demandada: “Lina”⁹ y “Alberto”.

En escrito conjunto solicitaron que se declare la improcedencia de la acción por falta de inmediatez. Sin perjuicio de lo anterior, sostienen que el demandante no estuvo vinculado laboralmente de manera continua, sino que en algunos fines de semana colaboraba como mesero ayudante en el local comercial – “Comidas Rápidas”- de propiedad de la sociedad “AA” Ltda. En sus palabras: “el accionante, ocasionalmente, algunos fines de semana (viernes y sábados, una o dos veces al mes y muchos meses no se presentó) colaboraba como mesero ayudante, cuando él, voluntariamente se presentaba a ofrecer sus servicios y cuando en algunas horas de la noche había trabajo extra, se le permitía, para tratar de ayudarlo, pero no era ningún trabajo continuo ni de cumplimiento de horario o exigencias”¹⁰.

Afirman que el accionante realizaba a título personal las compras de licor en las cigarrerías cercanas para venderlo a sus clientes y de vez en cuando colaboraba con pedidos. Sobre esto puntualizan: “conforme se prueba con las declaraciones que estamos anexando, las labores que desempeñaba a título personal el accionante eran las de comprar licor en las cigarrerías cercanas a nuestro negocio para venderlo a sus clientes que llegaban en la zona y así aprovechaba y de vez en cuando colaboraba con algún pedido”¹¹. Con base en lo anterior, sostienen que no estaban en la obligación de afiliarlo como empleado a salud, riesgos laborales y pensiones.

En lo atinente al padecimiento del actor informa que nunca fue de su conocimiento, sino

hasta la notificación de la acción de tutela, esto es, el 13 de julio de 2016.

Por otro lado, aseveran que las afirmaciones contenidas en la declaración extrajudicial del señor “Noraldó”, la cual fue aportada como prueba por el demandante sobre la existencia de un vínculo laboral entre los demandados y el actor son falsas, por ello presentaron una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

En relación con la constancia laboral expedida por “Alberto” (gerente de “Comidas Rápidas”) en la que certifica que el actor laboró los días 20 y 21 de enero de 2006, aducen que fue entregada como un favor de carácter personal.¹²

5. Pruebas.

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

* Constancia laboral expedida por “Comidas Rápidas” fechada del 26 de enero de 2006, firmada por el señor “Alberto” que certifica que “el señor “Juan” con cédula de ciudadanía 79.86090 de Bogotá ese encontraba laborando en mi empresa ubicada en la calle 116 # 26-57, tel: 6210409/5231296, los días viernes 20 de enero y sábado 21 de enero del presente año. Su horario de trabajo es de 7:00 p.m. a 5:00 a.m. A solicitud del interesado se firma en la ciudad de Bogotá el día 24 de enero de 2006”.

* Constancia de laboratorio del Hospital Simón Bolívar calendada del 17 de noviembre de 2013 en la que se diagnosticó el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) al demandante.

* Epicrisis del Hospital Universitario de la Fundación Santa Fe de Bogotá expedidas el 11 de marzo de 2016 donde se anotó que “a comparación de 2010, ha presentado un descenso abrupto del conteo de linfocitos T CD4 y un aumento muy significativo de la viremia, lo que lo posiciona en muy alto riesgo de presentar síndrome de inmunodeficiencia adquirida a muy corto plazo, por lo que cualquier demora en el tratamiento antirretroviral pone en riesgo

inminente la vida del paciente”¹³. Así mismo, se registró que ha utilizado esta terapia previamente con efectos adversos. También, se observa que estuvo hospitalizado del 5 de junio de 2015 al 2 de julio de la misma anualidad.

* Declaración juramentada del señor “Noraldó”, el día 15 de marzo de 2016, ante la Notaría 59 de Bogotá, en la cual da fe de la relación laboral que existía entre el demandante y la sociedad “Comidas Rápidas”. Manifestó que:

“el señor “Juan” (...) trabajó conmigo durante 12 años continuos en el establecimiento de comidas rápidas “Comidas Rápidas” ubicado en la calle 116# 25-58 barrio Santa Barbará, Bogotá, establecimiento matriculado a la sociedad comercial “AA” Ltda. (...)

Tuvo un contrato laboral de tipo verbal durante 12 años. En este tipo de contrato la sociedad “AA” le quedó debiendo las acreencias laborales de todos esos años de trabajo, representadas en ARL, EPS, subsidio de transporte, pensiones y cesantías, caja de compensación familiar, primas, vacaciones, dotación, horas extras, recargos nocturnos, festivos, dominicales, etc.

Su horario de trabajo fue de 7 de la noche a 5 de la mañana entre semana los días lunes, miércoles, jueves y viernes, y de 7 de la noche a 9 de la mañana entre semana, los viernes, sábados y domingo. Su cargo fue mesero dentro del local y mesero a los carros y entre carros, este último cargo lo desempeñaba sobre la calle exponiendo su propia vida quedando vulnerable ya que la sociedad comercial “AA” LTDA no le tuvo seguro de riesgos laborales.

Su salario fue de \$25.000 pesos. Sus funciones en la empresa fueron la atención al cliente, a la mesa y a los vehículos, aseo general, contestar al teléfono, descargar la producción de alimentos y bebidas. Sus jefes fueron el señor “Alberto”, gerente y socio de la Sociedad comercial “AA”, - “Comidas Rápidas” establecimiento matriculado (...) En el tiempo que laboré con mi compañero de trabajo (...) no percibí inasistencias continuas durante su tiempo de labores en la empresa a excepción de algunas inasistencias de carácter familiar y médico ya que lo notaba muy débil y tomando muchas pastillas y tosiendo demasiado y manifestando que el señor “Alberto” (...) no hacía nada por su salud”¹⁴.

* Denuncia presentada por “Alberto” ante la Fiscalía General de la Nación para poner en conocimiento de las autoridades que el señor “Noraldó” incurrió en el delito de falso testimonio al rendir una declaración extra judicial ante la Notaría 59 de Bogotá, el 15 de marzo de 2016, sobre la existencia de una relación laboral.

* Certificación médica emitida por Asistencia Científica de Alta Complejidad S.A.S. del 2 de abril de 2016, en que se certifica que el demandante “presenta cuadro de infección por VIH, enfermedad crónica de carácter letal e irreversible y pronóstico reservado. Requiere para su tratamiento el suministro ininterrumpido de los medicamentos ARV, seguimiento de labor, de forma mensual”¹⁵.

* Declaración juramentada del señor “Libardo”, del 14 de julio de 2016, ante la Notaría 60 de Bogotá, en la que afirma que “como taxista que soy de la zona y cliente frecuente de “Comidas Rápidas”, conozco de vista, trato y comunicación hace 5 años con el señor “Juan” (...) porque lo veía esporádicamente los fines de semanas, sacando comida de “Comidas Rápidas” y vendiendo de otras cigarrerías trago a clientes del sector, dichas cigarrerías están al lado de “Comidas Rápidas”” .

* Declaración juramentada del señor “Daniel”, el día 14 de julio de 2016, ante la Notaría 70 de Bogotá en la que afirmó que conoce al demandante desde hace 17 años, ya que este hacía compras en su cigarrería que está ubicada cerca de su lugar de trabajo.

En sus propias palabras, “del conocimiento que tengo de él manifiesto que dicho señor me compraba trago, jugos y gaseosas, en una cigarrería que yo tenía hasta agosto de 2015(...), lo veía esporádicamente los fines de semana en el sector”¹⁶.

* Certificado de matrícula del establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”, matrícula comercial Núm. 00855465 del 11 de marzo de 1998, expedido el 31 de mayo de 2016.

6.1. Sentencia de primera instancia.

En fallo del 19 de julio de 2016, el Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá negó el amparo de los derechos fundamentales invocados bajo el argumento de que las pruebas que allegó el actor al expediente no demostraron la situación de indefensión o discapacidad en que afirmó encontrarse, necesaria para que la acción de tutela se torne procedente según la sentencia T-768 de 2005, y proceda el estudio del reintegro laboral. Además, sostuvo que el recurso de amparo es improcedente para obtener el reconocimiento pensional.

6.2. Impugnación.

El demandante impugnó la decisión argumentando que el a-quo aplicó de manera sesgada la sentencia T-768 de 2005, consistente en que existen otros medios de defensa ordinarios para reclamar acreencias laborales, sin traer a colación la procedencia excepcional de la tutela cuando están de por medio derechos del empleado que fueron desconocidos.

Explicó que instauró la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, dado que su estado de salud se está deteriorando hasta el punto que se ha visto forzado a internarse en una clínica durante varios días por su padecimiento.

6.3. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 26 de agosto de 2016, confirmó el fallo de primera instancia advirtiendo la existencia de un medio de defensa judicial que no puede ser desplazado por la acción de tutela, siendo dicho escenario el idóneo para ventilar sus pretensiones de reconocimiento de la pensión sanción y en forma subsidiaria la estabilidad laboral reforzada.

De otra parte, anotó que el recurso de amparo no procede como mecanismo transitorio en el caso porque no se acreditó la existencia de un daño que por la magnitud, inminencia y

gravedad requiriera la adopción de medidas impostergables por parte del juez constitucional.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Auto del 13 de febrero de 2017. Vinculación y decreto de pruebas.

1.1. Mediante proveído del 13 de febrero de 2017, el Magistrado sustanciador vinculó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A, donde se encuentra inscrito el demandante, y a “Comidas Rápidas” para que ejerciera su derecho a la defensa, porque según los hechos referidos en la acción de tutela fue el empleador del demandante.

Adicionalmente, se decretaron pruebas para adelantar algunas averiguaciones con el fin de contar con información actualizada, pertinente y suficiente sobre: (i) el estado actual de la investigación penal por falso testimonio formulada en contra del señor “Noraldó”; (ii) las condiciones de tiempo, modo y lugar de la relación laboral que reclama el demandante con la sociedad “Comidas Rápidas”; (iii) las cotizaciones y afiliaciones al sistema de seguridad social del demandante; y (iv) la situación actual del demandante. Para tal efecto se solicitó allegar la documentación y, adicionalmente, se dispuso la práctica de la declaración de “Juan”.

1.2. En respuesta a las pruebas decretadas, se allegaron las siguientes respuestas:

1.2.1. “Juan”¹⁷.

El demandante informó que no ha cancelado aportes de seguridad social como trabajador independiente y que se encuentra afiliado al régimen subsidiado Capital Salud EPS, detallando los hechos planteados en la demanda. En aras de dilucidar los aspectos de la vinculación laboral allegó 28 fotografías en las que se encuentra en el establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”, en horas de la noche, portando el uniforme del negocio (chaqueta, cachucha y peto), junto con personas que identifica como compañeros de trabajo, entre los años 2004 y 2015, pudiéndose observar que atiende carros y realiza tareas de aseo dentro del local comercial¹⁸.

También remitió las declaraciones extra judiciales rendidas los días 15 y 16 de marzo de 2016 por “Sandro”, “Noraldó” y “Guillermo” ante la Notaría 59 del Círculo de Bogotá, en las

que señalan la existencia de una relación laboral entre las partes del proceso de la referencia. Estos afirmaron conocer a “Juan” y coinciden en que: (i) este último era su compañero de trabajo en “Comidas Rápidas”, que laboró allí aproximadamente 12 años continuos, (ii) sus empleadores - “Alberto”, “Comidas Rápidas”- no le pagaron las prestaciones sociales; (iii) laboraba como mesero “dentro del local, para los carros y entre carros”; (iv) de lunes a jueves, salvo el día martes, de 7:00 p.m. a 5:00 a.m. y de viernes a domingo de 7:00 p.m., a 9:00 a.m.; y, (v) recibía una remuneración de \$25.000 pesos diarios.

Aunado a lo anterior, acompañó una certificación del 7 de junio de 2006 en la que el gerente general de “Comidas Rápidas” hace constar que laboró desde el 4 de abril de 2002, los fines de semana en el horario de 7:00 p.m. a 5:00 a.m.¹⁹. De igual modo, adjuntó unas planillas de dicho establecimiento de comercio donde se registran pagos diarios a trabajadores, entre octubre y diciembre de 2015, las cuales se encuentran firmadas por el demandante, quien recibía \$25.000 pesos²⁰.

Por otra parte, acreditó que entre los años 2000 y 2003 acumuló un total de 54 semanas cotizadas en Porvenir S.A.²¹. También, allegó su historia laboral en Colpensiones donde consta que entre junio de 1996 y mayo de 2003, los aportes cancelados a su favor fueron devueltos por no encontrarse afiliado²². Agregó que ha sido vinculado a distintos programas de asistencia social, como los proyectos denominados “viviendo el territorio” y “por una ciudad incluyente y sin barreras” del Distrito, al encontrarse incluido en la base de datos como persona en situación de discapacidad por su enfermedad²³, así como de la Fundación EUDES²⁴.

Adicionalmente, aseveró que se encuentra en una situación precaria porque sus ingresos actuales provienen de la venta ambulante, por lo que es una suma variable. No obstante, estima que sus gastos de arriendo²⁵, alimentación y cuidados básicos, así como la cuota de alimentos para su hijo ascienden aproximadamente a un millón setenta mil pesos (\$1'070.000). En relación con este hecho, discrimina sus expensas de la siguiente manera: (i) arriendo: \$320.000; (ii) alimentación: \$450.000; (iii) cuidados: \$150.000; y, (iv) cuota alimentaria: \$140.000. Explica que recibió la custodia de su hijo de 15 años por sentencia proferida por el Juez Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá, de la cual aportó copia para que fuera integrada al expediente. Sin embargo, el menor no reside con él por su

delicada situación de salud, por lo que paga la cuota alimentaria para que el joven viva con la familia materna.

Además, manifiesta su preocupación sobre la garantía de pago de sus acreencias laborales anotando que los demandados están vendiendo algunas de sus propiedades.

Por último, refirió que el 5 de marzo de 2016 solicitó por escrito al señor “Alberto”, en su calidad de gerente y socio de la sociedad “AA” Ltda., propietaria de “Comidas Rápidas”, junto con otros trabajadores, que le fueran canceladas las acreencias laborales. De ello, allegó copia de la petición escrita del 5 de marzo de 2016 emitida por el demandante y otros trabajadores de “Comidas Rápidas” – entre los cuales se encuentran “Sandro”, “Guillermo”, “Noraldó”, “Julio”, “Ignacio” y “Rubén”- dirigida a la sociedad “AA” Ltda., solicitando el pago de acreencias laborales, petición remitida al correo electrónico de notificaciones judiciales de la sociedad, de acuerdo con el certificado de Cámara de Comercio²⁶.

1.2.2. La parte demandada.

Por su parte, “Alberto” y “Lina” se opusieron a las fotografías allegadas por el demandante, bajo el argumento que este adquirió el uniforme a través de sus amigos, que eran empleados del “Comidas Rápidas”. En relación con la certificación laboral que presuntamente expidió el señor “Alberto” el 7 de junio de 2006 al demandante cuestionaron la autenticidad de la firma²⁷.

1.2.3. Sociedad “AA” Ltda.²⁸

A través de su representante legal, el señor “Alberto”, solicitó que se declare que los derechos fundamentales del señor “Juan” no fueron vulnerados. Indicó que la reclamación del actor carece de fundamento, al partir de un presupuesto falso de una relación de trabajo. Aseveró que “el accionante, ocasionalmente, algunos fines de semana (viernes y sábados, una o dos veces al mes y muchos meses no se presentó) colaboraba como mesero ayudante, cuando él voluntariamente se presentaba a ofrecer sus servicios y cuando en algunas horas de la noche había trabajo extra, pero no era ningún trabajo continuo ni de cumplimiento de horario o exigencias, ya que en el establecimiento se tenía el personal que cumplía las funciones permanentes”²⁹. Al mismo tiempo, expresó que el accionante no tenía ningún vínculo laboral con los demandados, esto es, que no existía una relación de subordinación.

Complementó que la sociedad a la que representa cumplía con el pago de los aportes a seguridad social de los empleados de “Comidas Rápidas”, para lo cual acompañó algunos recibos³⁰.

1.2.4. Fiscalía General de la Nación³¹.

De su lado, informó que dio traslado del requerimiento a la Fiscalía 216 Delegada adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, contra la Eficaz y Recta Impartición de Justicia y contra los Mecanismos de Participación Democrática, para que sea esta quien informe sobre el estado actual de la investigación penal referida en los hechos de la tutela.

2. Escrito de terceros no vinculados al proceso.

3. Auto del 6 de marzo de 2017. Vinculación y decreto de pruebas.

A fin de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales cuya protección se reclama, la Corte ordenó vincular a la sociedad “AA” Ltda., toda vez que en la actualidad es propietaria de “Comidas Rápidas”, por lo que podría tener interés directo sobre el resultado de este proceso. Igualmente, se dispuso la práctica de la declaración de “Juan”, “Lina” y “Alberto”, así como del representante legal de “Comidas Rápidas”.

4. Práctica de testimonios en sede de revisión.

Conforme a lo decretado en los autos del 13 de febrero y 6 de marzo de 2017 se practicaron las declaraciones de “Juan”, “Lina” y “Alberto”, en la audiencia celebrada el 10 de marzo de 2016 en las instalaciones de la Corte Constitucional.³⁴

4.1. El demandante explicó en que trabajó en “Comidas Rápidas A” entre 1993 y 1998, donde “Vicente” y “Alberto” eran sus jefes. Detalló que allí laboró en las noches algunos fines de semana, haciendo labores de mesero y tomando pedidos en los carros pero nunca se le hizo un contrato por escrito. Recibía una remuneración diaria que pagaba el administrador encargado de la época³⁵. Luego se vinculó en Hoteles La Sabana³⁶, Hotel Estelar y la Cocina Suiza, entre otros. A partir de julio de 2004, “Alberto” le brindó una nueva oportunidad laboral en “Comidas Rápidas”, la cual aceptó a pesar de su informalidad porque necesitaba

un ingreso para su subsistencia y la de su hijo.

Anotó que en “Comidas Rápidas” su horario de trabajo era miércoles, jueves y domingo de 7:00 p.m. hasta las 5:00 a.m. y los fines de semana (viernes y sábado) de 7:00 p.m. a 9:00 a.m. del día siguiente. Adujo que en varias ocasiones solicitó que lo afiliaran a la seguridad social, salud y pensiones, principalmente para que la EPS cambiara los medicamentos que le prescribieron a través del Sisbén, puesto que la medicación era tan fuerte que su salud se estaba deteriorando rápidamente, pero siempre recibió una negativa, inclusive en el 2013 cuando informó al señor “Alberto” de su enfermedad.

En la declaración rendida ante esta Corporación, sostuvo que al hacerle la petición le respondió que “Lina”, quien estaba a cargo de la nómina, “no estaba afiliando de momento”.

Exteriorizó que la única vez que faltó al trabajo fue en julio de 2013, momento en el cual fue hospitalizado en la Fundación Santafé siendo visitado por “Alberto”.

Pese que al comunicarle su desvinculación el señor “Alberto” solo argumentó que no había más trabajo, el demandante relacionó el despido con su enfermedad dado que el empleador le manifestó la inconveniencia de que atendiera a los clientes. Declaró que, “en varias oportunidades él me había dicho que yo con esa enfermedad trabajando como mesero, manejando clientes, y aparte de eso comidas, y yo ahí logré humillarme para que no me echara”.

Por último, mencionó que no ha sido calificado por invalidez, que actualmente no cuenta con trabajo fijo distinto a la venta informal y que es huérfano, por lo que no tiene parientes que sean un apoyo económico y emocional.

4.2. Por su parte, “Lina” manifestó que estaba encargada de la nómina de “Comidas Rápidas”, donde iba cada 6 meses para que los empleados firmaran el recibido. Puntualiza que su presencia era esporádica y no frecuentaba el lugar en horas de la noche. Refiere que no tenía trato con el señor “Juan”, a quien había visto en el lugar desde aproximadamente 2005.

4.3. Por otro lado, “Alberto” aceptó que conocía al demandante desde 1998 cuando se

dedicaba a cuidar carros frente “Comidas Rápidas”, que este se ausentó un periodo y luego volvió hacia el año 2004 o 2005.

Relató que ocasionalmente el señor “Juan” colaboró en el negocio de manera informal hasta el 2015, puesto que “ayudaba” sirviendo a los clientes y atendiendo algunos carros, cuando se le permitía ciertos días que había trabajo. Afirmó que daba permiso al demandante para que ayudara en el negocio, pero en su entendimiento le permitía colaborar de manera voluntaria, sin que ello constituyera una relación de trabajo. En sus propios términos: “sí, él ocasionalmente, a veces, pedía colaboración, de por ejemplo de pasar un perro a los clientes, atender un carro (...) él me lo pedía, porque pues igual él me decía que le colaborará, que pues estaba necesitado y entonces le decía vaya y atiéndalo pero sí, alguna, ósea, algo así como de personal, de quererle ayudarle, pero no por tener con él un compromiso de trabajo”³⁷.

No obstante, aseveró que en reconocimiento del oficio que el actor realizara se le efectuaba un pago “voluntario” que oscilaba entre los \$12.000 y \$25.000 pesos. En sus palabras: “ocasionalmente se metía allá al negocio a pedir, a hacer los pedidos y en base a eso yo, voluntariamente, le colaboraba” y reconocía monetariamente entre “15, 20, 25 o 12 mil pesos, ósea, el rato que yo veía que fuera considerable”³⁸.

4.4. Como representante legal de la Sociedad “AA” Ltda., propietaria del establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”, el señor “Alberto” comunicó que la empresa se encuentra en estado de liquidación, sin aportar los documentos que lo respalden. Conjuntamente, clarificó que hacia 1998 existía “Comidas Rápidas A”, la cual se escindió quedando “Comidas Rápidas” y “Comidas Rápidas” de manera independiente, y que ésta última pasó a ser parte de los activos de la Sociedad “AA” Ltda.

5. Medidas provisionales³⁹.

Mediante auto del 10 de marzo de 2017, la Sala Sexta de Revisión estimó necesario adoptar algunas medidas provisionales con la finalidad de prevenir cualquier afectación que pudiera surgir contra la vida o la integridad del actor toda vez que manifestó haber recibido amenazas por participar en la audiencia convocada para recibir su declaración.

En razón a ello, la Sala ordenó a la Fiscalía General de la Nación y a la Unidad Nacional de

Protección que realizaran la evaluación de riesgo y de su núcleo familiar y, de ser necesario, dispusieran de manera inmediata las medidas de protección y asistencia a las que hubiere lugar a fin de salvaguardar su vida e integridad personal. Igualmente, se ofició a la Inspección de Policía de Usaquén, para que de manera inmediata evaluara las circunstancias del demandante y adoptara las medidas de tipo policivo que consideraran necesarias y urgentes para prevenir y mitigar cualquier riesgo.

En respuesta de lo anterior, la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación informó que dio inicio a una misión de trabajo para cumplir con lo ordenado. Por su parte, la Unidad Nacional de Protección advirtió que el señor “Juan” no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 2.4.1.2.40 del Decreto 1066 de 2016, a fin de que se le pueda brindar seguridad dentro del marco de competencias de la entidad. Ello, por cuanto el riesgo alegado no se relaciona con una de las siguientes situaciones personales: el ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias, o en razón del ejercicio de su cargo, en cabeza de la Unidad Nacional de Protección, la Policía Nacional y el Ministerio del Interior.

La Inspección de Policía, a su vez, dio traslado a la Alcaldía Local de Usaquén, con el fin de que dentro del marco de sus funciones, evaluara las circunstancias del demandante y adoptara las medidas de tipo policivo que considerara necesarias y urgentes para prevenir y mitigar el riesgo en el que pudiera estar expuesto.

6. Auto del 4 de abril de 2017. Vinculación, decreto de pruebas y suspensión de términos.

6.1. La Sala estimó pertinente decretar nuevas pruebas para dilucidar el estado actual de salud del demandante y el estado de liquidación de la empresa Sociedad “AA” Ltda. Allí mismo, vinculó a Capital Salud EPS, entidad a la cual se encuentra afiliado en el régimen subsidiado el actor; y, a “Vicente”, toda vez que era propietario del establecimiento de comercio “Comidas Rápidas A”, donde inicialmente laboró el demandante.

De igual modo, se requirió al demandante para que informara mayormente sobre el estado del diagnóstico de su enfermedad. En consideración a lo anterior y en miras de analizar las pruebas decretadas, la Sala decretó la suspensión de los términos dentro del expediente de la referencia.

6.2. El señor “Ramiro”, como agente oficioso del demandante, informó que este se encuentra internado en el Hospital Universitario Fundación Santa Fé de Bogotá desde el 7 de abril al 3 de mayo de 2017, por una recaída de su estado de salud y, además, está siendo tratado por un cuadro depresivo y de ansiedad. Lo anterior fue ratificado por el accionante mediante escrito allegado el 9 de mayo de la anualidad, junto con la historia clínica de la hospitalización⁴⁰.

6.3. Por su parte, el señor “Alberto” allegó la escritura núm. 2176 del 17 de diciembre de 2015, mediante la cual se liquidó la sociedad “AA” Ltda., junto con un certificado de existencia y representación expedido el 27 de abril de 2017, en el que consta que mediante acta núm. 17 de la junta de socios del 6 de abril de 2016, se aprobó la cuenta final de liquidación de la sociedad, lo cual fue inscrito en el libro IX el 12 de abril de 2016 bajo el núm. 02092574.

6.4. De otra parte, el señor “Vicente”, adujo que si bien es cierto que fue propietario de “Comidas Rápidas” ubicado en la Avenida Pepe Sierra y con ocasión a ello conoció al demandante, dado que era “donde ocasionalmente cuidaba carros” y allí “lo veía comprando licor y comestibles en varios establecimientos y luego los ofrecía a los automovilistas que llegaban a esa zona”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para estudiar el fallo de tutela de referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico⁴¹.

a) Expone el señor “Juan”, de 42 años, que actualmente no cuenta con apoyo familiar porque es huérfano, sus ingresos provienen de la venta ambulante y responde económicamente por

su hijo menor de edad (15 años), aportando una cuota de alimentos, ya que a pesar de tener su custodia, su situación personal y económica no le permiten hacerse cargo de él. Tampoco cuenta con un lugar de vivienda propio ni permanente.

Anota que desde noviembre de 2013 fue diagnosticado con VIH, seropositivo⁴², enfermedad que mermó su capacidad laboral y oportunidades de trabajo, al punto que, al 11 de marzo de 2016, el médico tratante conceptuó “descenso abrupto del conteo de linfocitos T CD4 y un aumento muy significativo de la viremia, lo que lo posiciona en un muy alto riesgo de presentar síndrome de inmunodeficiencia adquirida a muy corto plazo”⁴³.

A pesar de su padecimiento, explica que estuvo vinculado laboralmente de 1993 a 2015⁴⁴, de la siguiente manera:

Periodo

Empleador

1993 - 1998

“Comidas Rápidas” (Fls. 271 del expediente)

empleo nocturno

mayo de 1996

Constructora Bibelan Ltda. (Fls. 45-46 del expediente).

septiembre de 1999

agosto a noviembre de 2001

Inversiones Dinogal Ltda. (Fl. 191 del expediente)

empleo diurno

octubre de 2002 a 31 de enero de 2003

Hotel La Sabana (Fl. 192-193 del expediente)

empleo diurno

mayo 5 a junio 21 de 2003

Hotel América (Fl.194 del expediente)

empleo diurno

4 de abril 2002 a31 de diciembre de 2015

“Comidas Rápidas” (Fl.173 del expediente)

empleo nocturno

Aduce que en el periodo comprendido entre julio de 2004 y el 31 de diciembre de 2015⁴⁵ trabajó en el establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”-ubicado en la calle 116 # 25-58-, tomando los pedidos en las mesas y de los carros que se aproximaban al negocio, así mismo sirviendo los alimentos vendidos en dicho negocio⁴⁶.

Con el ánimo de comprobar esta vinculación laboral, en sede de revisión, aportó dos certificados laborales expedidos por el gerente de “Comidas Rápidas”, fechados del 26 de enero de 2006 -que certificó que trabajó los días 20 y 21 de enero- y del 7 de junio del mismo año- que certificó que desde el 2 de abril de 2004 se encontraba vinculado al establecimiento de comercio. Así mismo, en sede de revisión, allegó material fotográfico a fin de evidenciar que realizó tareas de aseo dentro del local comercial y que contaba con un uniforme del mismo.

Refiere que “Alberto”, quien era el gerente del negocio y su jefe directo, dirigía sus labores⁴⁷ y pagaba una remuneración aproximadamente de \$25.000 pesos por turno. Al respecto, en la diligencia del 10 de marzo de 2017, por una parte, el señor “Alberto” expresó ante esta Corporación que pagaba cierto dinero “de manera voluntaria” en reconocimiento de la colaboración que el señor “Juan” ejercía para el desarrollo de la actividad comercial y, por otra parte, así lo ratificó el actor⁴⁸. Adicionalmente, esta suma está consignada en las planillas de pago de turnos de “COMIDAS RÁPIDAS”, que fueron aportadas por este último en

sede de revisión⁴⁹.

Además, afirma que su horario laboral era en horas de la noche, entre 7:00 p.m. a 5:00 a.m. de martes a jueves y de 7:00 p.m. a 9:00 a.m. los viernes a domingo, tal y como consta en las declaraciones de las partes, las declaraciones juramentadas de los señores “Noraldó”, “Guillermo” y “Moisés”⁵⁰. Las condiciones descritas relativas a la remuneración y al horario señalado por el demandante, fueron respaldadas por el testimonio de “Noraldó”.

Cuando tuvo conocimiento de su enfermedad, esto es, el 17 de noviembre de 2013, informó al señor “Alberto” para que lo afiliara al sistema general de seguridad social y pensiones, sin embargo, recibió la negativa.

En el año 2015 su condición de salud se deterioró debiendo acudir a asistencia médica de manera más frecuente, por la tos y diarreas continuas que presentaba regularmente⁵¹, lo cual se corrobora en la historia clínica, en la cual se anota que el paciente estuvo 2 años sin tratamiento para el diagnóstico de VIH seropositivo, con poca introspección de la enfermedad. El 2 de junio de 2015 fue hospitalizado por urgencias durante 29 días como resultado de la persistente sintomatología.

El 31 de diciembre de 2015 fue despedido sin justificación por el señor “Alberto” y sin contar con el permiso respectivo del Ministerio de Trabajo.

Por medio de la acción de tutela, el demandante plantea que “Comidas Rápidas” violó sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital porque no canceló las prestaciones sociales que correspondían por el trabajo que desarrollaba de manera personal, subordinada y remunerada. Teniendo en cuenta lo anterior, solicita el pago de una pensión sanción y, de manera subsidiaria, el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

b) Ahora bien, la parte demandada refutó la existencia de un contrato laboral, enmarcando los quehaceres que efectuaba el demandante en un trabajo esporádico o fortuito, el cual se remuneraba según su naturaleza. De manera persistente, refirieron que se trataba de unos oficios que el demandante hacía, en principio, de manera voluntaria, que a la postre le eran reconocidos.

Indican que la actividad principal del demandante era cuidar carros en la zona aledaña al

negocio e igualmente vender licores, lo cual respaldan con las declaraciones de los señores “Libardo” y “Daniel”, un taxista que era cliente del negocio y un vendedor de una cigarrería cercana, respectivamente. Mientras que el primero indicó que el demandante hacía ambas labores, afirmando que “lo veía esporádicamente los fines de semana, sacando comidas de “COMIDAS RÁPIDAS”R y vendiendo de otras cigarrerías trago a los clientes del sector”, el segundo manifestó que algunos fines de semana le compraba licor, sin referir si le constaba o no la relación de trabajo que se discute en el asunto bajo examen.

Por lo anterior, denunciaron por falsedad ante la Fiscalía General de la Nación la declaración del señor “Noraldito”, cuestionaron las fotografías que el accionante allegó en las cuales vestía el uniforme del establecimiento de comercio y, así mismo, cuestionaron de falsedad la firma contenida en la certificación laboral expedida el 7 de junio de 2006 en la cual se indica como fecha de vinculación el 2 de abril de 2004.

c) Actualmente, El demandante goza de atención de salud a través del sistema subsidiado y a pesar de sus condiciones ha podido continuar laborando. Adicionalmente, es beneficiario de asistencia social por parte del Distrito. Por otra parte, “Comidas Rápidas” hace parte del patrimonio de la Sociedad “AA” Ltda., que entró en liquidación en diciembre de 2016.

2.2. Sobre la base de lo expuesto corresponde a esta Sala de Revisión determinar:

2.2.1. De manera preliminar, si procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de una indemnización por despido injusto y una pensión sanción teniendo en cuenta que el demandante padece de VIH/SIDA.

2.2.2. Si existió una relación laboral entre “Juan” y “Comidas Rápidas”. Enseguida, con base en ello, determinar si el empleador vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital por no efectuar los aportes al Sistema General de Seguridad Social y al proceder a desvincularlo sin permiso del Ministerio del Trabajo, no obstante que el accionante padece además del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida VIH seropositivo.

Para resolver el problema jurídico planteado lo primero que hará la Sala es examinar (i) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la obligación derivada de afiliación al sistema de seguridad social a cargo del empleador, luego de lo cual analizará (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar derechos laborales por parte

de personas portadoras de VIH/SIDA. Posteriormente se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre (iii) la protección reforzada en materia laboral de personas portadoras de VIH/SIDA; (iv) la pensión sanción, (v) la pensión de invalidez; y (vi) el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el contrato realidad en la jurisprudencia constitucional. Con base en ello, (vii) resolverá el caso concreto.

3. El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la obligación correlativa de afiliación al sistema general de seguridad social.

3.1. Reconocimiento jurisprudencial del carácter iusfundamental del derecho a la seguridad social.

3.1.1. La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley. Ello, a través de la afiliación al sistema general de seguridad social que se refleja necesariamente en el pago de prestaciones sociales estatuidas⁵².

3.1.2. En un principio este derecho era apreciado por su carácter prestacional, pero la Corte vislumbró su relación con otros derechos de rango iusfundamental. En ese sentido, en la sentencia C-453 de 2002, la Corte estableció que la afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social “no solo constituye un desarrollo de la garantía de condiciones dignas y justas, se trata de una garantía destinada a la protección de varios derechos también de orden constitucional: la vida, la salud y la seguridad social en sí misma”.

Con base en lo anterior la Corte permitió la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad⁵³) y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional⁵⁴.

El reconocimiento como derecho iusfundamental devino posteriormente en aplicación de la tesis de transmutación de los derechos sociales, “en virtud de la cual, cuando su contenido era desarrollado a nivel legal o reglamentario, tales derechos superaban su calidad de indeterminación y se convertían en verdaderos derechos fundamentales autónomos capaces

de ser protegidos por vía de acción de tutela”⁵⁵.

Esto se evidenció en la sentencia T-468 de 2007 en la cual la Corte afirmó que: “[U]na vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables –; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”.

De igual modo, este viraje se consolidó en sentencia T-742 de 2008, en la cual se señaló que por su relación intrínseca con la dignidad humana, “la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo –calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2° del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9° del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, definido como “derecho humano” por parte del CDESC en la observación general número 19-. Por tal razón, si bien hasta ahora la Corte ha empleado la figura de la conexidad al momento de resolver este tipo de controversias, la Sala estima que la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela”.

Actualmente, la jurisprudencia constitucional es pacífica en cuanto a la naturaleza de derecho fundamental, independiente y autónomo de la seguridad social en pensiones, lo que ha habilitado su protección constitucional mediante la acción de tutela, cuando se comprueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para protegerlo⁵⁷.

En conclusión, el derecho fundamental a la seguridad social ha adquirido la connotación de derecho fundamental autónomo e independiente a través del desarrollo jurisprudencial, en aplicación a la tesis de transmutación de los derechos sociales y, además, su goce está íntimamente relacionado con la afiliación al sistema de seguridad social y al pago de cotizaciones a goce del cargo del empleador, como se detalla enseguida.

3.2. Garantía del derecho a la seguridad social a través de la afiliación al sistema general de seguridad social.

En consonancia con lo expuesto, en aras de garantizar la cobertura propia de la seguridad social, la regulación colombiana impone la obligación de vinculación obligatoria de los trabajadores al sistema de seguridad social a cargo de los empleadores⁵⁸. Este deber legal de los empleadores se materializa en el deber de afiliar a salud (EPS), riesgos laborales (ARL) y pensiones (fondo de pensiones), a todos aquellos con quien tengan un vínculo laboral, verbal o escrito, temporal o permanente, así como pagar oportunamente los aportes que corresponden so pena de incurrir sanciones⁵⁹.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en forjar la obligación del empleador de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, salud y riesgos profesionales y pagar las respectivas cotizaciones a cada uno de dichos regímenes.

Así, ha fijado que los empleadores que incumplen con su obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones vulneran el derecho a la seguridad social de sus trabajadores y deben responder por las prestaciones laborales legales y pensiones a las que tendrían derecho los trabajadores de haber sido afiliados al Sistema General de Pensiones⁶⁰, con el fin de materializar el fin de la regulación de las relaciones laborales, esto es, “lograr la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”⁶¹.

En este sentido, la Corte sostuvo en sentencia T-295 de 1997 que “la Ley 100 de 1993 consagra la obligación de todos los empleadores, del sector público o privado, de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social, y establece sanciones para quienes no cumplan con este deber. Ellos, en todo caso, están obligados a asumir en forma directa los costos de la atención de salud que requieran sus trabajadores, si no los han incorporado al sistema institucional de protección. Esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social es fundamental cuando está íntimamente relacionado con un derecho como la vida y ha sido enfática en exigir a los empleadores el cumplimiento de su obligación de afiliar a sus trabajadores y pagar oportunamente los aportes que les corresponda.”

Dicha tesis fue reiterada en la sentencia T-558 de 1998, en la cual se argumentó que “siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez”.

En sentencia C-506 de 2001, la Corte sostuvo la consagración de la obligación del contratante de pagar los aportes a seguridad social de sus empleados pretendió remediar las falencias del sistema, que no tenía previstas contingencias que pudieran afectar al trabajador, argumentado que “la ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias”.

Luego en la sentencia C-1089 de 2003⁶², se clarificó que la afiliación al sistema de seguridad social también se debe consolidar en los casos de los trabajadores independientes. En esa decisión se señaló que el artículo 3 (parcial) de la Ley 797 de 2003 no solo no contradice los mandatos constitucionales sino que los desarrolla, toda vez que la obligatoriedad e irrenunciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social, no dejan al libre albedrío el cumplimiento de los deberes sociales del ciudadano en esta materia.

La posición de la Corte ha permanecido invariable frente a la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Riegos Laborales, por lo que en la sentencia T-782 de 2014 reiteró que “a cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores. Esta obligación solo finaliza cuando el trabajador: (i) cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.”

De manera más reciente, en sentencia T-648 de 2015, la Corte hizo un cotejo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, concluyendo que “en principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible.”

En este mismo orden de ideas, determinó “los empleadores serán responsables del pago del aporte de los trabajadores a su servicio 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”⁶³.

A manera de conclusión, se evidenció que la Corte ha sostenido de manera uniforme que, referente a la obligación de afiliación a cargo del empleador, la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el pleno reconocimiento de sus derechos laborales.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar derechos laborales por parte de personas portadoras de VIH/SIDA. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos laborales de sujetos de especial protección.

4.1.1. Esta Corporación ha establecido que en el evento en que el solicitante sea una persona de especial protección constitucional la tutela procede para reclamar derechos laborales y prestaciones pensionales⁶⁴, tales como reconocimiento de un vínculo laboral, inclusive en aplicación del contrato realidad; el pago de acreencias laborales y la indemnización por despido injusto, o inclusive una pensión⁶⁵, cuando estén de por medio los derechos fundamentales de una persona en situación de discapacidad o de un trabajador enfermo, si se comprueba que su desvinculación obedece al estado de salud; o, se prueba la conexión

entre el despido y la condición de discapacidad del afectado⁶⁶.

En este sentido, de manera reiterada y pacífica, la jurisprudencia ha fijado que procede la acción de tutela cuando el peticionario se encuentra en una situación especial de protección constitucional. En sentencia T-398 de 2014 este Tribunal estableció que: “los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial protección constitucional se presumen inidóneos. Sin embargo, en cada caso, la condición de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situación de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus características, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones”.

En efecto, la Corte ha flexibilizado el análisis de la procedencia de la tutela conforme a las particularidades de cada caso, por lo que el juez constitucional debe valorar algunos elementos subjetivos, tales como: “(i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a). Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a), (iv) probar, si quiera sumariamente que cumple con los requisitos legales para acceder a la pretensión”⁶⁷.

Así mismo, la Sala Novena de Revisión en la sentencia T-461 de 2015 enfatizó que “en el caso de los trabajadores, de los cuales se pueda predicar la estabilidad laboral reforzada, por las razones anotadas (anteriormente), y particularmente en el caso que nos ocupa, por razones de salud, lo que los coloca en una situación de incapacidad, de discapacidad, de indefensión, de debilidad o de vulnerabilidad, es posible, mediante la acción de tutela y de manera excepcional, (i) ordenar el reintegro al trabajo del trabajador, (ii) cuando se trate de trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas, (iii) que hayan sido despedidos o desvinculados sin la autorización requerida por parte de la oficina de trabajo, (iv) aunque medie una indemnización; (v) con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de debilidad, vulnerabilidad o indefensión; (v) puesto que ante estas circunstancias los medios ordinarios de defensa judicial se tornan inidóneos e ineficaces para responder de manera oportuna ante estas vulneraciones de sus derechos fundamentales.”

Por lo tanto, ha sostenido la Corte que procede la acción de tutela excepcionalmente para reclamar derechos laborales, cuando es interpuesta por un sujeto de especial protección toda vez que en sus pretensiones confinan el acceso al mínimo vital.

4.1.2. Ahora bien, según las particularidades del caso, el amparo del juez constitucional puede otorgarse como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, si las acciones ordinarias son lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable, entendido como “el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, es posible reparar el daño causado”⁶⁸.

Para ello, la persona que ejerce la acción de tutela debe comprobar: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo.”⁶⁹

“A). El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su

pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.” 70

De lo anterior, se colige que la figura del perjuicio irremediable se enfoca en la inminencia del menoscabo de un derecho fundamental, sobre el cual se erige la necesidad de la intervención del juez constitucional para que éste pueda ser salvaguardado respondiendo a la celeridad que amerita el caso.

Como consecuencia del amparo transitorio, el peticionario debe acudir a la jurisdicción ordinaria con el fin de que se resuelva de manera definitiva sus pretensiones. No obstante, dicha carga puede ser invertida por el juez de tutela según las condiciones especiales que presenten las partes del proceso, de manera que puede corresponder a la parte demandada,

en aplicación del principio de equidad y, en observancia, del deber del Estado de protección especial frente a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta⁷¹.

Alternativamente, el amparo puede ser otorgado como mecanismo principal cuando las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea y eficaz⁷².

4.1.3. Cuando el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional por sus condiciones de salud y reclama derechos laborales, el amparo impartido por el juez de tutela será transitorio si probatoriamente no se ha definido el grado de su discapacidad, de lo contrario será definitivo. Sobre el particular, la sentencia T-188 de 2014 explicó que:

“La garantía a la estabilidad laboral reforzada no sólo se predica de las personas en situación de discapacidad grave y permanente, calificada por la ley como invalidez, sino también de aquellos que por su estado de salud, limitación física o psíquica se encuentran discapacitados y en circunstancias de debilidad manifiesta, cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición como mecanismo transitorio, así no se haya calificado su nivel de discapacidad, hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas. A contrario sensu, si se tiene certeza del grado de discapacidad el amparo dejará de ser transitorio y será definitivo, pues conocido el porcentaje de la discapacidad se podrá determinar, entre otras cosas, si el titular del derecho es beneficiario o no de la pensión de invalidez”.

En conclusión, la acción de tutela es procedente para amparar los derechos fundamentales invocados conforme a la normatividad y los elementos probatorios, protección que puede ser adoptada como una medida transitoria para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable si los mecanismos ordinarios no son idóneos y eficaces para brindar medidas de protección efectivas y prontas de los derechos fundamentales por las particularidades del caso.

Sin perjuicio de lo anterior, el amparo debe ser transitorio cuando no hay elementos de juicio suficientes para que el juez constitucional tenga certeza sobre el grado de discapacidad.

4.2. La procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos de quienes padecen VIH/SIDA.

4.2.1. Como quedo expuesto, en relación con sujetos de especial protección constitucional, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela debe efectuarse con menor rigurosidad en atención de la especial situación en la que se encuentran, lo que conduce de igual manera a analizar con detenimiento cada caso concreto.

Esta Corte ha señalado que dentro de esta categoría se sitúa a las personas que padecen VIH/SIDA, en virtud de las características de la enfermedad, por lo que gozan de una protección especial dirigida a evitar que sean objeto de actos discriminatorios y defender así su dignidad.

Desde muy temprano, esta Corporación reconoció que el enfermo de VIH/SIDA goza de iguales derechos que las demás personas y que las autoridades están en la obligación de otorgarles protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y principalmente su dignidad⁷³.

A partir de esta premisa, la jurisprudencia ha desarrollado que la condición de sujetos de especial protección de ese grupo poblacional –paciente diagnosticadas de VIH- se fundamenta en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.), en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.) y el deber del Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47), así como en el derecho internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad, tales como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994); Derechos Sexuales y Reproductivos (1997); Objetivos de Desarrollo del Milenio y Metas (2000); Asamblea General de las Naciones Unidas UNGASS (2001) que consiste en una declaración de compromiso de lucha contra VIH. Incluye componentes de liderazgo, prevención, atención, apoyo, tratamiento incluyendo la terapia antirretroviral y derechos humanos, en la Asamblea General de las Naciones Unidas; Declaración Política sobre VIH/SIDA (2006) que reafirmó que la plena realización de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las personas, es un elemento fundamental de la respuesta mundial a la pandemia del VIH/SIDA; Plan Subregional Andino de VIH (2007 – 2010), entre otros.

4.2.2. De manera reiterada, esta Corporación ha señalado que la situación de las personas afectadas con el VIH/SIDA es particularmente especial y, por ende, son sujetos de protección constitucional, por cuanto su padecimiento causa un deterioro progresivo del estado de salud y, por ende, en la calidad de vida de quien lo padece, lo cual hace imperioso el acceso pronto a la administración de justicia, vía tutela⁷⁴.

En sentido idéntico, se explicó que las personas que padezcan el virus de inmunodeficiencia humana -VIH- o el síndrome de inmunodeficiencia adquirida -SIDA-, indistintamente, y a sabiendas de las diferencias científicas que los dos cuadros clínicos pueden presentar, “son sujetos de especial protección constitucional al tratarse de una enfermedad grave, ruinosa y catastrófica que genera el deterioro progresivo del estado de salud de quien lo padece, lo cual exige del Estado y de la sociedad un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentran quienes afrontan esa situación”⁷⁵.

Estas consideraciones se han visto reflejadas en la concepción de la procedencia de la acción de tutela, en la medida que se ha aceptado de manera pacífica y reiterada la procedencia de la tutela cuando el peticionario padece de VIH/SIDA ya que subyace la consideración que los mecanismos ordinarios de defensa no resultan ser eficaces en la protección de los derechos fundamentales por la urgencia que impone la gravedad del diagnóstico⁷⁶.

En la sentencia T-885 de 2011, al estudiar un caso de una persona con VIH-Sida, destacó en primera medida la relevancia constitucional de la pensión de invalidez para personas que padecen esa enfermedad.

En términos de la Corte “cuando la pensión adquiere relevancia constitucional por estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio de esta acción, por lo general, para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, teniendo en cuenta: (i) que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto es ésta una enfermedad que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran y; (ii) que la pensión de invalidez, como expresión del derecho a la seguridad social, persigue “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el

otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud”, esta Corporación ha considerado que dicha prestación puede ser exigida por vía de tutela”.

Asimismo, la Sala Novena de Revisión, en sentencia T-461 de 2015, sintetizó que la protección en material laboral de las personas que padecen de VIH/Sida se consolida así:

“las personas portadoras del virus VIH/SIDA son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, y en consecuencia (i) ha sostenido que la acción de tutela es procedente para proteger esta garantía incluso por encima de los medios ordinarios, en razón a que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida es una enfermedad mortal; (ii) ha resaltado la importancia del derecho a la estabilidad laboral reforzada como una forma de superar la discriminación de las personas que sufren VIH/SIDA, a partir de la concientización del estado de vulnerabilidad en que se encuentran; (iii) se ha referido a las consecuencias de dicha enfermedad y a las medidas especiales que deben adoptarse por el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas; (iv) ha recabado que no es obligatorio para el trabajador informar a su patrono que padece del virus VIH/SIDA; (v) ha sostenido que todos estos factores le restan eficacia a los medios judiciales ordinarios de protección y justifican la procedencia definitiva del mecanismo constitucional; y (vi) ha enfatizado en que el derecho a la estabilidad laboral se refuerza en los casos de personas portadoras del virus VIH/SIDA a partir del principio de solidaridad”⁷⁷.

4.2.3. En conclusión, en aplicación de los principios que inspiran el Estado social de derecho y el mandato de igualdad material, por las circunstancias particulares en las que se desenvuelve el caso, la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo y eficaz para la salvaguarda de los derechos fundamentales de quienes han sido diagnosticados con VIH⁷⁸. Aunado a ello, resulta claro que el desarrollo jurisprudencial antes decantado no se orienta, de manera alguna, a condicionar la especial protección de estos pacientes a determinado estado clínico del diagnóstico, pues en general este Tribunal ha entendido que la naturaleza de la enfermedad en alusión se relaciona con su carácter catastrófico y degenerativo y, por consiguiente, con la vulnerabilidad de quien la padece, razón por la cual ha estructurado, como se evidenció con anterioridad, subreglas tendentes a configurar un estándar amplio de defensa de sus garantías constitucionales.

En consecuencia, por la eficacia material del recurso de amparo éste constituye una mayor

garantía para las personas afectadas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, haciendo de la acción de tutela el mecanismo prevalente para la protección de sus derechos fundamentales⁷⁹.

5. Protección constitucional especial de personas portadoras de VIH/Sida en materia laboral.

5.1. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la especial protección constitucional de este grupo poblacional abarca muchas esferas, tal y como lo sintetizó la sentencia T-158 de 2014, en la cual se enfatizó que:

“La Corporación ha señalado que los portadores o portadoras del VIH son sujetos de especial protección constitucional por cuanto su padecimiento causa deterioro progresivo del estado de salud de quien lo soporta. En consecuencia, hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentra. Por ende, es deber del Estado adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados. Por lo que la jurisprudencia ha reconocido un tratamiento especial en procura de las personas que padecen esa enfermedad teniendo en cuenta su carácter progresivo, en diversos ámbitos de protección: (i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean.”

5.2. En relación con la protección en materia laboral, se destaca que este Tribunal se ha referido específicamente a la estabilidad laboral de personas portadoras del virus del VIH y/o enfermas de SIDA, teniendo en cuenta las especiales y graves particularidades de tal enfermedad⁸⁰.

En este sentido, esta Corporación profirió la sentencia SU-256 de 1996, en la cual estableció que si bien el trabajador que padece VIH asintomático “puede ser desvinculado de su empleo y no existe para el empleador una “obligación de preservarle a perpetuidad en su cargo”, no puede ser despedido precisamente por su condición de infectado del virus, pues esta motivación implica una grave segregación social, una especie de apartheid médico y un desconocimiento de la igualdad ciudadana y del derecho a la no discriminación”, atentando contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. De ahí que, en aras de combatir la discriminación de este grupo socialmente marginado por el padecimiento, abogó por la prohibición de exigir prueba sobre VIH en el ámbito laboral.

En esa oportunidad la protección de los derechos laborales del demandante se asoció al deber de solidaridad del empleador en el marco del Estado social de derecho, en la medida que se consideró que “la solidaridad ha debido ir mucho más allá, respetando la dignidad del trabajador, entendida como el merecimiento de un trato no discriminatorio, debido a toda persona por el solo hecho de ser humana, y la igualdad frente al trabajo, entendida aquí como el reconocimiento de iguales derechos laborales frente a las demás personas empleadas en iguales circunstancias. Todos estos derechos, y el deber correlativo de solidaridad, sólo se podían ver justamente respetados preservando al trabajador en su cargo, o trasladándolo a otro de igual o mejor nivel dentro de la entidad, si se consideraba la inconveniencia de mantenerlo en el oficio que venía desempeñando.”

Reiterando dichos postulados, la sentencia T-295 de 2008, concluyó que“(…) las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional por cuanto se trata de una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. El Estado junto con la sociedad deben adoptar las medidas indispensables en orden de asegurar sistemas y mecanismos adecuados que posibiliten el trato integral ante la ausencia de recursos económicos que puedan presentar los afectados.”

Sobre el alcance de la protección en materia laboral, en la sentencia T-812 de 2008 se determinó que “en el escenario de los contratos laborales celebrados entre personas de derecho privado, la estabilidad va desde el pago de una indemnización por despido injusto hasta el reintegro laboral, nivel más alto de protección, del que son beneficiarios tres grupos sociales: las personas cobijadas con fuero sindical, las mujeres embarazadas y las personas

con discapacidad, o en condición de debilidad manifiesta por motivo de enfermedad.

Así mismo, en reconocimiento del estado de indefensión así como de la discriminación que a diario son objeto quienes padecen de VIH/SIDA y del derecho al reintegro, la Corte ha consolidado una presunción de despido discriminatorio cuando se les desvincula.

En atención de los desarrollos informativos sobre la enfermedad y cómo esta afecta al individuo, puntualmente del estudio adelantado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) y Organización Mundial de la Salud (OMS), 2009, que indicó que pese a no ser un síndrome nuevo, el apoyo y la solidaridad mundial es indispensable para enfrentar este flagelo; en la sentencia T- 554 de 2010 la Sala Sexta de Revisión replicó la presunción de despido por discriminación originada en la enfermedad del portador del virus. Así mismo, determinó que el despido discriminatorio o sin el cumplimiento de las formalidades legales – permiso ante Ministerio de Trabajo- resulta ineficaz razón por la que procede el reintegro y, de ser necesario, la reubicación laboral acorde con las condiciones de salud del trabajador.

En concordancia con lo expuesto, la Corte ha defendido que corresponde al empleador desvirtuar que la enfermedad fue la causa del despido porque imponer dicha carga al demandante es desproporcionado ya que se trata de un elemento subjetivo fuera de su esfera personal⁸¹.

Luego, a partir del reconocimiento que quienes padecen el virus VIH/SIDA son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada y que el juez constitucional debe salvaguardar sus derechos fundamentales con mayor asiduidad, esta Corporación enfatizó mayormente en el aspecto subjetivo de la enfermedad, dando un enfoque a la dignidad humana. En ese sentido, en sentencia T- 896 de 2012 se destacó que “en el caso de los portadores del virus VIH/SIDA se debe tener algunos elementos relevantes, como son: i) su alto grado de vulnerabilidad y las nefastas consecuencias de la enfermedad; ii) la protección que estos requieren; iii) la función protectora del precedente que se manifiesta en la coexistencia de la patología con el trabajo; y iii) la inexistencia de la obligación de informar a su empleador sobre su condición de infectados.”

En consonancia con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha forjado que si el trabajador enfermo de VIH es desvinculado en razón de su enfermedad, sin previa

autorización del Ministerio del Trabajo, este tendrá derecho a ser reintegrado y al pago de salarios dejados de percibir, de aportes en seguridad social y de la indemnización sancionatoria⁸².

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica de las acreencias económicas derivadas de la desvinculación causada en contextos como el analizado, en la precitada sentencia SU-256 de 1996, se decidió el caso de un empleado que padecía de VIH y fue despedido por su empleador, con quien suscribió un acuerdo conciliatorio respecto de las prestaciones sociales que debían ser liquidadas con ocasión a la terminación del contrato, de tal forma que se determinó que el empleador cancelaría una retribución básica mensual por espacio de un año. Dado que al trabajador se le dificultó conseguir un nuevo empleo porque le habían solicitado una prueba de VIH a pesar de ser ilegal, solicitó mediante la acción de tutela que el ex empleador continuara cancelando la retribución básica mensual que por espacio de un año (conciliación) y dos meses (período de licencia remunerada) con los incrementos de ley, hasta tanto el ISS asumiera la pensión por enfermedad, además las cotizaciones al ISS hasta que esta entidad se haga cargo de la pensión del peticionario.

Bajo ese derrotero, la Corte enfatizó que la conciliación sólo opera en casos en que no esté en juego el núcleo esencial de un derecho fundamental, ya que éste, de suyo, es irrenunciable e inalienable, apuntando que “en materia laboral, tendrá en cuenta, entre otros principios fundamentales, aquel que otorga la facultad para “transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”, de donde se deduce que, a contrario sensu, sobre derechos que no ostentan tal calidad, y menos aún sobre los fundamentales, no cabe tal posibilidad”.

En relación con la indemnización de perjuicios, reiteró las sentencias C-543 de 1992, T-095 de 1994, T-043 de 1994, T-375 de 1993, en el sentido que es viable su condena “in genere” siempre que se haya establecido con precisión en qué consistió el perjuicio, cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental.

Enseguida, el reconocimiento a la indemnización ha sido definido a través del reconocimiento del derecho a la indemnización por despido injusto de conformidad con lo que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Por ejemplo, en la sentencia T-992 de 2007, en la cual la Sala Segunda de Revisión resolvió el caso de una mujer que padecía de VIH, con pérdida de

capacidad laboral del 79% y el empleador dio por terminado el contrato laboral sin solicitar autorización a la oficina del trabajo. En esa oportunidad, la Corte argumentó que la causa del despido de la demandante fue en realidad su estado de salud, razón por la cual la desvinculación configuró una discriminación.

Con base a ello, resolvió revocar las sentencias de instancia, conceder el amparo de los derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso de la actora y ordenar a la empresa que pague a la accionante una indemnización equivalente a 180 días de salario, que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En sentido idéntico, en sentencia T-513 de 2015, la Sala Primera de Revisión estableció que “la efectividad de la estabilidad laboral reforzada de las personas que padecen el virus del VIH/SIDA se traduce en la garantía de permanencia en su empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, la cual se concretiza en la obligación que tiene el empleador de (i) demostrar una causal de despido objetiva y (ii) acudir al Ministerio de Trabajo para que autorice la desvinculación laboral de los trabajadores portadores del virus”.

Con base en lo anterior, la Corporación decantó que, el trabajador despedido injustamente tendrá derecho a ser reintegrado, al pago de los salarios dejados de percibir, de los aportes en seguridad social y, además, a la indemnización sancionatoria contemplada en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Además, explicó que en consideración de la complejidad que representa para el trabajador probar una situación que reside en el fuero interno del empleador, esto es, el elemento discriminatorio en el acto de despido, se invierte la carga de la prueba.

Por lo anterior, se concedió el amparo a los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, trabajo y el mínimo vital del demandante, por cuanto se concluyó que la terminación del contrato laboral obedeció a la condición y limitación del trabajador que padece de VIH, toda vez que el empleador no justificó el despido de manera objetiva y tampoco efectuó el trámite ante el Inspector de Trabajo.

La Sala desechó el argumento propuesto por la demandada, según la cual la labor que desarrollaba el accionante como analista de recobros en salud ante el Fondo de Solidaridad y Garantías no se encontraba vigente, dado que no lo demostraron, ni la eliminación del cargo.

En consecuencia, se ordenó al empleador reintegrar al actor, pagar en favor de este las acreencias laborales dejadas de percibir durante el periodo de su desvinculación laboral y de los aportes adeudados por concepto de seguridad social (salud y pensiones) y la indemnización contemplada en el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En sentencia T-287 de 2016 la Corte compendió lo expuesto de la siguiente manera:

“Desde sus primeras decisiones, esta Corporación ha protegido, de forma particular, los derechos de las personas contagiadas con VIH, a quienes ha considerado sujetos de especial protección constitucional. Cabe precisar que la especial protección de las personas contagiadas de VIH, tiene fundamento en sus afecciones físicas y en las implicaciones sociales de la enfermedad, relacionadas con situaciones de exclusión y discriminación. En armonía con esas consideraciones, se ha señalado que el grado de deterioro de la salud que provoca el VIH deja a los afectados en una situación de gran vulnerabilidad, que impone la atención y protección prioritaria no sólo respecto a la provisión de servicios de salud, pues ese resguardo especial debe extenderse a los demás ámbitos en los que esté de por medio el goce de derechos fundamentales.”

Con base en lo antes expuesto se tiene que, en tratándose de casos en los que se discute la salvaguarda del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada en favor de un trabajador diagnosticado con VIH/SIDA, más allá de condicionar el estudio del amparo al estado clínico del virus —por ejemplo a que se halle en fase asintomática o no—, el juez de tutela se encuentra abocado, sobretodo, a dilucidar si la desvinculación laboral no está precedida de una motivación distinta a la condición médica del trabajador, caso en el cual, en ausencia de una previa autorización del Ministerio del Trabajo y en aplicación de fórmulas desarrolladas por esta Corporación, como lo es la presunción del despido discriminatorio, se impone el deber constitucional de protección especial en favor de estas personas, dada la indudable vulnerabilidad que representa el padecimiento de una enfermedad hasta ahora incurable y máxime si se tiene en cuenta que el potencial acto de discriminación se da en el contexto de una relación naturalmente desequilibrada, como lo es la surgida con ocasión de un contrato de trabajo.

En ese sentido, por encima de establecer si el trabajador está gravemente afectado por el diagnóstico de VIH/SIDA, al punto en que se diga que atraviesa una etapa terminal, la regla a

la que se ha hecho alusión con anterioridad encuentra como fundamento, principalmente, la materialización de la cláusula de igualdad contenida en el artículo 13 de la Carta Política, para de esta forma no sólo evitar la consolidación a perpetuidad de prejuicios discriminatorios adoptados en el ámbito laboral contra la población afectada por esta enfermedad, sino también conjurar los efectos que ello implica, como lo son el estigma social y el impacto en la agravación del estado de salud derivado tanto de la ausencia de ingresos inmediatos para sufragar los gastos propios del tratamiento, como de las consecuencias emocionales generalmente ocasionadas por un despido súbito, más aún si se trata de una persona cuyas condiciones económicas o de integración en el mercado laboral están atravesadas por informalidades evidentes.

Así, se colige que mediante la acción de tutela los trabajadores que padecen de VIH y fueron desvinculados pueden acudir a la acción de tutela para que sus derechos laborales sean amparados, de manera transitoria o de manera definitiva, de acuerdo con las condiciones de salud del empleado.

En ese evento, corresponde al empleador demostrar una razón objetiva de la desvinculación del trabajador enfermo; de lo contrario, opera la presunción de despido discriminatorio y, por contera, el trabajador tiene derecho al reintegro y pago de la indemnización sancionatoria contemplada en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

5.3. En relación con la protección en materia pensional, se expondrá más adelante la protección al derecho a la seguridad social de personas que padecen VIH/SIDA a través de la pensión de invalidez.

6. La pensión sanción. Reiteración jurisprudencial⁸³.

6.1.1. La prestación en cuestión busca amparar a los trabajadores que no fueron afiliados al sistema general de seguridad social y pensiones de manera oportuna, de modo que puedan acceder a los beneficios del sistema, y no queden desamparados contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte con ocasión o causa de su labor⁸⁴.

Partiendo de la irrenunciabilidad de los derechos prestacionales y que se debe propender a “lograr la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”⁸⁵, esta Corporación ha sostenido que

los empleadores que incumplen con su obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social vulneran el derecho a la seguridad social de sus trabajadores.

6.1.2. En lo atinente a la naturaleza de la pensión sanción este Tribunal ha sostenido que en un principio era sancionatorio,⁸⁶ puesto que el legislador la previó como una sanción al empleador que omite afiliar al sistema de seguridad social a sus empleados⁸⁷. A pesar de dicha denominación, la Corte le otorgó una connotación de carácter prestacional, distinguiéndola de la indemnización por despido sin justa causa que es eminentemente sancionatoria.

En la sentencia C-372 de 1998, al analizar la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la Corte aclaró que la pensión sanción dejó de ser una indemnización a favor del trabajador despedido en forma injusta para convertirse en una prestación para protegerlo en su ancianidad.

En este sentido, en la sentencia T-371 de 2003 este Tribunal señaló: “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”.

6.1.3. Por otro lado, el alcance de la pensión sanción fue abordado en sentencia C-664 de 1996 que declaró la exequibilidad del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 –norma que inicialmente dispuso la pensión sanción, derogada por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y éste, a su vez, por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, aún producía efectos,- y aclaró que abarca únicamente a las relaciones laborales gobernadas por el Código Sustantivo del Trabajo. En esa oportunidad, el demandante pretendía que dicha disposición se hiciera extensiva a todos los servidores públicos frente a la circunstancia del retiro ilegal o sin justa causa y sin que se tenga en cuenta su vinculación contractual o legal o reglamentaria con la

administración pública en todos los niveles.

Frente a ello, la Corte señaló que “no siendo idéntica la situación de unos trabajadores y otros, mal podría como se pretende en la demanda, que se otorgue el mismo trato a los empleados públicos regidos por relación legal y a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, pues ello equivaldría a eliminar la forma de vinculación, permanencia y retiro de los mismos, no obstante, que como se ha dicho, el legislador puede establecer distintas clases de regímenes respecto de los trabajadores del Estado.”

Posteriormente, la Corte reconoció, que la pensión sanción puede ser indexada en sentencia C-891A de 2006, en la cual decretó la exequibilidad del segmento demandado del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 “bajo el entendimiento de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE”.

6.2. Requisitos para acceder a la pensión sanción y su reconocimiento en la jurisprudencia constitucional.

6.2.1. Este tipo de pensión nace de la omisión del empleador de afiliación y pago de aportes respecto de sus empleados⁸⁸, siempre y cuando se verifiquen los siguientes presupuestos: la existencia de un contrato de trabajo; la duración de la relación laboral entre 10 y 15 años; un despido sin justa causa; y, que el trabajador cuente con más de 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre.

Respecto del requisito de edad, vale la pena aclarar que por disposición del párrafo 3º del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, desde el 1º 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”.

6.2.2. En lo atinente a los requisitos que determinan si surge el derecho a la pensión sanción, la Sala considera importante referirse a algunos pronunciamientos en los que esta Corporación ha resuelto solicitudes de reconocimiento de tal prestación.

En un principio, cuando la Corte verificaba el cumplimiento de los requisitos legales, adoptaba medidas para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión-sanción a cargo del empleador por una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente. Por ejemplo, en la sentencia T-327 de 1998, estudió el caso de una aseoadora que demandó al Liceo Femenino de Cundinamarca “Mercedes Nariño” para que este asumiera directamente la responsabilidad de pensionarla, debido a que nunca había realizado las cotizaciones a pensiones correspondientes al tiempo que estuvo vinculada, que comprendió desde el 15 de enero de 1971 hasta el 15 de noviembre de 1995.

En esa oportunidad, esta Corporación estimó que por dicha omisión el empleador había vulnerado el derecho a la seguridad social de la actora. Para fundamentar esa decisión, evidenció que se encontraba acreditado: (i) la existencia de un contrato de trabajo en la aplicación del principio del contrato realidad, ya que se evidenció que estuvo vinculada de distintas formas (resoluciones de nombramiento de la accionante en el cargo de aseoadora expedidas por el rector, serie de contratos de prestación de servicios renovados por varios años); la vigencia de 25 años de dicho vínculo y (iii) la omisión por parte del empleador de efectuar los aportes al sistema pensional, que se evidenció en la ausencia de cotizaciones registradas en el fondo de pensiones.

Rechazó de manera categórica los argumentos presentados por el colegio para excusar la omisión en el hecho que dichos pagos estaban a cargo del Departamento, así: “No tiene explicación lógica que los colegios del departamento de Cundinamarca puedan vincular personal para su servicio, pero no puedan atender las obligaciones laborales que ello implica, con el argumento simple y evasivo de que deben cargarse al Fondo Educativo de Cundinamarca, en vista de que son prestaciones que debe asumir el departamento”. Partiendo de esta consideración, ordenó al plantel educativo pagar la pensión-sanción equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Posteriormente, a través de la sentencia T-495 de 1999 la Corte se pronunció sobre el caso

de una mujer que laboró durante 17 años, desde el 24 de julio de 1973 hasta el 24 de diciembre de 1996, fecha en la cual de manera voluntaria se retiró, y al momento de solicitar la pensión de jubilación se percató que su ex -empleador nunca había efectuado las cotizaciones correspondientes, y que de haberla hecho podría acceder a dicha prestación.

Tras verificar la existencia de un vínculo laboral, basándose en una constancia laboral emitida por la empleadora, y que la parte demandada se allanó a la omisión de afiliación, la Sala dispuso el reconocimiento de la pensión-sanción a cargo del ex empleador. Adicionalmente, ordenó a la demandada afiliar a la demandante al Plan Obligatorio de Salud ofrecido por una E.P.S para prestar dicho servicio, y escogida libremente por la demandante.

La decisión radicó en que, con base en un acta de conciliación, se verificó un contrato de trabajo vigente por 32 años y que la parte demandante recibió únicamente sumas globales por sus prestaciones que resultaban insuficientes para cubrir sus necesidades básicas, lo cual no sustituye los aportes ni la pensión, que garantizan el goce efectivo del derecho a la seguridad social. No obstante, la Sala indicó que carecía de elementos de juicio para fijar el monto de las mesadas, motivo por el cual concedió el amparo como mecanismo transitorio y dispuso que fuera objeto de un proceso ordinario.

En ese orden de ideas, ordenó a la parte demandada pagar a la accionante una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente por concepto de la pensión-sanción, hasta tanto la justicia ordinaria decidiera acerca de sus derechos laborales de la demandante, quien quedó obligada a iniciar las actuaciones correspondientes dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del fallo.

Más adelante, en la sentencia T-580 de 200989, la Corte estudio un caso de una persona que laboró en forma interrumpida en el municipio de Belén de Umbría como trabajador oficial, desde el año de 1968 hasta diciembre de 2001, fecha en la que el empleador no prorrogó el contrato suscrito. El empleador afilió al accionante y cotizó al Instituto de los Seguros Sociales a partir del año de 1995, hasta la fecha de su desvinculación. Por considerar que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción, el trabajador instauró demanda ordinaria laboral, la cual no prosperó ni en primera ni en segunda instancia, por cuanto los jueces laborales consideraron que a la fecha del retiro no se encontraba vigente la

prestación solicitada, fue derogada por la Ley 100 de 1993.

No obstante, se encontró que al aplicar los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969, se deducía que el demandante tenía el derecho a que se le reconociera y pagara la pensión sanción allí prevista, por cuanto: i) el trabajador oficial laboró por más de 15 años (realmente trabajó (16 años y 257 días), ii) a la fecha del despido contaba con más de 50 años de edad (tenía 57 años) y, iii) fue despedido sin justa causa.

En esa ocasión, con sustento en la sentencia C-664 de 1996, determinó que “aquellos casos en los que la entidad pública terminó sin justa causa la relación laboral con un trabajador oficial, sin haberlo afiliado al sistema general de pensiones o si lo hizo, y de todas maneras, no tiene la posibilidad de acceder a la pensión de vejez, resultan aplicables los artículos 8º de la Ley 171 de 1968 y 74 del Decreto 1848 de 1969, pues la pensión sanción adquiere un carácter prestacional para proteger la vida en condiciones dignas del trabajador en su vejez.”

Con fundamento en ello, instituyó varias alternativas para que los empleadores garantizaran esta prestación, las cuales fueron resumidas 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”.

Posteriormente, en la sentencia T-814 de 2011 se hizo claridad sobre dos aspectos relevantes. Primero, que en virtud del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, el trabajador despedido sin justa causa, después de haber laborado para la misma empresa o para sus sucursales durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la esa ley, tienen derecho a que la empresa reconozca a su favor una pensión indexada, la cual puede reclamar cuando cumpla 60 años de edad. Segundo, que desde el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, se admitió la compatibilidad de la pensión sanción con la de vejez reconocida por ISS, en caso de que se reúnan los requisitos para ello.

En esa providencia, la Corte concluyó que de manera excepcional, cuando el empleador incumplió la obligación de afiliación y pago de aporte de un trabajador que es un sujeto de especial protección por su condición de salud, y este reclama la cobertura de los riesgos de

invalidez, vejez y muerte, pero por las particularidades del caso no cumple con los requisitos para acceder a la pensión sanción, pese a revelarse como el único sustento, el juez constitucional puede adoptar medidas transitorias con el fin de que el empleador supla su mínimo vital.

Por ejemplo, en casos en los que se ha identificado que el empleador no afilió y pagó los respectivos aportes al sistema general de seguridad social al trabajador, por lo que impidió que accediera a las prestaciones previstas para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y este es un sujeto de especial protección por su condición de salud y por no contar con recursos económicos suficientes para procurar su subsistencia, la Corte ha dispuesto medidas transitorias con el fin de que el empleador supla su mínimo vital cuando es necesario que en un proceso laboral se dirima derechos laborales.

Este es el caso de la sentencia T-185 de 201690, en la cual la Corte estudió un asunto en el que esta situación se presentaba, y ordenó el pago mensual de una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente a la demandante hasta cuando existiera un pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria, que definiera los derechos laborales de la tutelante. Respecto de dicho pago fijó que no tiene el carácter de salario, ni impone a la demandante la obligación de prestar servicios personales a los vinculados.

De los casos expuestos, es posible reiterar que “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.”⁹¹

6.3. En síntesis, cabe destacar que la obligación de afiliación y de pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social materializa una garantía mínima de los derechos laborales, tales como la asistencia médica, pensiones y riesgos laborales. De ahí que la pensión sanción tiene por objeto restablecer los derechos fundamentales del trabajador a quien no se le garantizó su derecho a la seguridad social en el marco de una relación laboral.

Así las cosas, los empleadores que incumplen con la obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al sistema pensional vulneran el derecho a la seguridad social y deben responder por las pensiones y prestaciones periódicas a las que tendrían derecho de haber sido afiliados. En tal evento, el juez constitucional ordenará el pago de la pensión sanción, la cual es susceptible de ser indexada.

Para acceder a ella se debe corroborar que (i) el empleador omitió el deber de afiliación y de pago de cotizaciones a pesar de (ii) la existencia de un contrato de trabajo que estuvo vigente entre 10 y 15 años, (iii) haya finalizado de manera unilateral el empleador sin justa causa y, que (iv) el trabajador cuente con más de 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre.

En casos en los que no sea posible reconocer la pensión sanción, el empleador deberá proporcionar el mínimo vital del empleado, siempre que este sea un sujeto de especial protección, hasta que la justicia ordinaria dirima la reclamación de los derechos laborales. La suma que es reconocida por regla general como mecanismo transitorio, no adquiere la connotación de salario conforme a la jurisprudencia desarrollada.

7. Pensión de invalidez para personas que padecen VIH/SIDA. Reiteración de jurisprudencia.

7.1. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez⁹².

7.1.1. Los requisitos de la pensión de invalidez fueron establecidos, en principio, por los artículos 3893 y 39 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 1562 de 2012⁹⁴.

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original estipuló el periodo y las semanas que debe haber cotizado el solicitante:

“ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo

menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”

7.1.2. Con posterioridad, el artículo 1º de la Ley 860 de 200395 introdujo a la norma citada las siguientes variaciones:

- i. Aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50,
- ii. Eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraran cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran al momento de estructuración del estado de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos;
- iii. Estipuló la demostración de su fidelidad de cotización por el sistema con cotizaciones mínimas del “veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

Estas modificaciones fueron analizadas por el este Tribunal en la sentencia C-428 de 2009, en la cual declaró la exequibilidad del requisito de cotización de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Por otra parte, declaró inexecutable el requisito de fidelidad señalado en el numeral 2 que exigía “fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”. Ello, en razón a que “a pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad”.

En cuanto a la exigencia del requisito de fidelidad, precisó que: (i) debía ser inaplicable por excepción de inconstitucionalidad a las solicitudes previas al fallo; y, (ii) tampoco debe ser

aplicado respecto de las posteriores a ella, por haber sido declarado inexecutable⁹⁶.

7.1.3. En breve, para acceder a la pensión de invalidez es necesario cumplir con los tres elementos. A saber: (i) la pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, (ii) la identificación del momento de la estructuración de la invalidez y (iii) el número de las semanas cotizadas a esa fecha.

Ahora bien, si la pensión de invalidez se estructuró bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, el solicitante afiliado requiere haber cotizado 26 semanas en cualquier tiempo y el no afiliado necesita las mismas 26 semanas en el año anterior al estado de invalidez. Por el contrario, para acceder a esta pensión bajo la Ley 860 de 2003, el solicitante debe contar con 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al estado de invalidez⁹⁷.

7.1.4. De otra parte, en virtud del principio de legalidad cada solicitud de pensión debe analizarse bajo el régimen vigente a su radicación. Sin embargo, también es posible evaluar las peticiones a partir de regímenes anteriores en aplicación de la condición más beneficiosa, prevista en el artículo 53 Superior. Esto, con el fin de conjurar un vacío legal de la transición entre normativas sin afectar a quienes hubieran sido declarados en estado de invalidez y tuvieran expectativas legítimas por haber cotizado y cumplido los requisitos exigidos en un determinado régimen antes de que fuera derogado.

En la sentencia SU-442 de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó los criterios conforme a los cuales procede la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez, en los siguientes términos:

“(…) en concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e

igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).”

Al tenor de lo expuesto, al resolver peticiones de pensiones de invalidez es necesario hacer un doble análisis, por cuanto se debe tener en cuenta la normativa vigente al momento de la petición así como el régimen en el que se hubieran creado expectativas legítimas para acceder a la prestación.

7.2. Requisitos de la pensión de invalidez cuando se está frente a una enfermedad degenerativa a la luz de la jurisprudencia constitucional⁹⁸.

7.2.1. La pensión de invalidez supone primordialmente la pérdida de capacidad laboral superior al 50% de manera fortuita y acreditada por las administradoras de pensiones, de riesgos profesionales, las compañías de seguros que asuman dicho riesgo, entidades promotoras de salud, la Junta Regional de Calificación de Invalidez o por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁹⁹, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

En todos los casos, la entidad calificadora debe caracterizar del grado de pérdida de capacidad laboral en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía y determinar la fecha de estructuración de invalidez¹⁰⁰, con base en los criterios técnicos del Manual Único expedido por el Gobierno Nacional, que actualmente corresponde al Decreto 1507 de 2014¹⁰¹.

7.2.2. Este Tribunal ha advertido que es común que, en los casos de enfermedades degenerativas, los dictámenes de invalidez establecen una fecha retroactiva de estructuración, sin que esta refleje el momento en el que la persona estuvo en la imposibilidad física de ocuparse laboralmente¹⁰².

De los múltiples casos estudiados por la Corporación se ha decantado, de manera pacífica,

que cuando se trata de una invalidez causada por un padecimiento paulatino o por una enfermedad degenerativa, el tiempo de estructuración debe ser aquel en la que se concreta materialmente el carácter de permanente y definitivo, por lo que impide a la persona desempeñar cualquier actividad laboral y continuar cotizando. Es decir, no aquella que es señalada retroactivamente en la calificación (que usualmente indica cuándo iniciaron las manifestaciones de la enfermedad), por cuanto sólo indica cuándo se presentaron los primeros síntomas, sin que ello impida que el individuo permanezca activo dentro de sus capacidades 103.

En este orden de ideas, la pérdida de capacidad laboral efectiva de quien padece una enfermedad degenerativa se materializa en el momento en que no puede continuar trabajando, según las particularidades del caso, lo puede: (i) ser relativamente próximo al momento en que se emite el respectivo dictamen de calificación si realizó cotizaciones recientes¹⁰⁴; (ii) ser el día de la solicitud de calificación si fue presentada cuando el estado de salud impedía toda actividad laboral¹⁰⁵; y, (iii) la época de la última cotización¹⁰⁶.

7.2.3. La versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el texto modificado por la Ley 860 de 2003 establecen respectivamente que el solicitante debe haber cotizado 26 o 50 semanas, en el año inmediatamente anterior o en los 3 años previos a la estructuración.

Según lo expuesto anteriormente, el parámetro constitucional fijado por esta Corporación es diáfano. Por ello, cuando se solicita una pensión de invalidez por parte de una persona con una enfermedad degenerativa, se deben contar todas las semanas aportadas hasta el día en que su condición médica dificulta cualquier desempeño laboral e impida acceder a una fuente de ingresos. Es decir, que se torna necesario tener en cuenta aquellas semanas cotizadas después de la fecha de estructuración retroactiva, por cuanto no siempre se refiere a la que determina la invalidez materialmente

Al respecto, en la sentencia T-273 de 2015, la Sala Sexta de Revisión, expuso una línea jurisprudencial que se retoma a continuación:

“En sentencia T- 163 de 2011 la Corte otorgó la pensión de invalidez a la accionante a pesar de no haber cumplido con las semanas cotizadas a la fecha de estructuración fijada

retroactivamente¹⁰⁷. Teniendo en cuenta que había continuado cotizando no era factible considerar que para esa fecha había perdido la capacidad laboral de forma permanente y definitiva, por lo que tuvo en cuenta las semanas cotizadas hasta la solicitud de la pensión. Consideró que “cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva”.

Por lo anterior, los aportes realizados al sistema durante el tiempo comprendido entre la fecha retroactiva y el momento en el que la persona pierde materialmente su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, son válidos para el cumplimiento del requisito de las semanas cotizadas para obtener una pensión de invalidez.

En este mismo sentido, en sentencia T-1013 de 2012, esta Corte precisó “que en los casos de estudio de reconocimiento de una pensión de invalidez de un afiliado que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se debe tener en cuenta los aportes realizados al sistema, hasta el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, entendiendo que esta coincide con la situación material de la persona.”

La Corte determinó que las semanas cotizadas hasta la solicitud de calificación debían ser tenidas en cuenta toda vez que en ese momento se materializó la dificultad de trabajar, ya que padecía una enfermedad degenerativa, y a pesar de su condición había cotizado. En razón de ello, ordenó dejar parcialmente sin efectos el dictamen de pérdida de capacidad laboral para que como fecha de estructuración fuera tomada en cuenta la solicitud de la calificación porque en ella señaló que estaba en la imposibilidad de seguir laborando.”

7.2.4. Conforme a lo anterior, al examinar una solicitud de pensión de invalidez de una persona con enfermedad degenerativa, se debe tener en cuenta que: (i) la fecha de estructuración corresponde al momento en el que el peticionario pierde materialmente la capacidad de trabajo de manera permanente y definitiva, en aplicación del principio de la

primacía de la realidad y, (ii) se deben tener en cuenta todas las semanas cotizadas hasta ese momento.

7.3. Reconocimiento de la pensión de invalidez para personas que padecen VIH/Sida a la luz de la jurisprudencia constitucional¹⁰⁹.

7.3.1. Esta Corte ha reconocido en múltiples pronunciamientos la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, entre ellas quienes padecen de VIH/Sida, en relación con su derecho a la pensión de invalidez.

En efecto, se ha tenido por cierto que el padecimiento de dicha enfermedad implica la pérdida progresiva de la capacidad laboral, toda vez que se trata de un deterioro gradual que merma la facultad de ejecutar cualquier oficio desde el momento del diagnóstico hasta que la infección se manifiesta de manera sintomática, cuya ocurrencia es dificultosa identificar temporalmente.

7.3.2. Concretamente, en reconocimiento de esta dificultad, se ha advertido que las entidades calificadoras que determinan una fecha de estructuración que no refleja la verdadera pérdida de capacidad vulnera el derecho a la seguridad social del interesado, toda vez que ello implica descartar los aportes cotizados con posterioridad.

En ese sentido, en sentencia T-699A de 2007, a propósito de una persona que padece de VIH-SIDA, la Sala Cuarta de Revisión señaló que “es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar

trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez”.

En igual línea de pensamiento, este Tribunal, en sentencia T-628 de 2007, examinó si la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona en circunstancias de debilidad manifiesta, diagnosticada además con VIH, bajo el argumento de que no había cotizado las semanas requeridas, esto es, un número de 50 en el caso del art. 39 de la ley 100 de 1993 o un total de 25 en el caso del párrafo 2° del art. 1° de la ley 860 de 2003, dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, vulneró sus derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa.

La Sala determinó que la solicitud debía ser examinada según los requisitos contenidos en los artículos 5° y 6° del Decreto 758 de 1990, en aplicación del principio de favorabilidad toda vez que la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición para las prestaciones de este tipo. En el caso concreto advirtió que se encontraban acreditados a cabalidad, puesto que el demandante era una persona en situación de invalidez permanente y total por haber perdido más del cincuenta 50% de su capacidad laboral, asimismo, cotizó durante dicho régimen más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez y contaba con más de 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad a la estructuración de la invalidez. Así entonces, de no haber variado la normatividad, concluyó que el demandante hubiera accedido sin reparo alguno a la pensión reclamada, por reunir todas las condiciones exigidas en el régimen anterior. Por ende, se ordenó reconocer y pagar la prestación solicitada.

Por otra parte, el tema de pensiones de invalidez también ha sido abordado desde la condición más beneficiosa en la sentencia T-077 de 2008, en la cual la Corte evaluó un caso en el que el fondo de pensiones negó la pensión de invalidez a una persona con VIH con el argumento que el demandante no cumplía los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003, esto es, por cuanto durante los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez no cotizó las 50 semanas exigidas legalmente y tampoco acreditó la fidelidad para con el Sistema General de Pensiones.

Bajo estas circunstancias, se señaló que el cumplimiento de los requisitos legales para

acceder a la pensión de invalidez deben analizarse a luz del carácter sui generis de esta enfermedad. Con fundamento en lo anterior, argumentó que en el caso particular “resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, su carácter progresivo y el agravante de que no ha sido posible encontrar una cura como es el Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH- que cumpliendo con los requisitos señalados en el régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez, no obstante se le niega el reconocimiento de la misma, la cual además se constituye en su única fuente de ingresos.” Así, al verificar que el demandante cumplía con más de 50 semanas cotizadas (94) y una pérdida de capacidad laboral del 72%, ordenó al fondo de pensiones tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del actor desde la fecha en que solicitó su reconocimiento aplicando, en todo caso, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

En esta misma línea, en un caso de similares condiciones fácticas, en la sentencia T-710 de 2009, la Sala Primera de Revisión evaluó el caso de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral de 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002, quien solicitó la pensión de invalidez, pero el fondo de pensiones se la había negado bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez, la cual es anterior a las últimas semanas cotizadas y con las cuales conseguía superar el mínimo legal exigido para acceder a la prestación.

En ese contexto, sostuvo que “(...) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.”

Conforme a lo expuesto, se ordenó al fondo de pensiones reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento.

En consonancia con lo expuesto, en la sentencia T-885 de 2011, al estudiar nuevamente un caso de una persona con VIH-Sida, reiteró la regla constitucional sentada en la sentencia T-163 de 2011, expresando que la fecha de estructuración registrada en el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral no representaba el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva porque el actor estuvo laboralmente activo con posterioridad a ella, ya que canceló aportes.

Respecto del cómputo de semanas cotizadas y la fecha de estructuración retroactiva indicada por la entidad calificadora a las personas que padecen VIH-SIDA, sostuvo que “no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales. Por ello, y en virtud del principio de favorabilidad, consignado en el artículo 53 Superior que impone a los operadores jurídicos dar aplicación a las disposiciones que resulten más provechosas para los trabajadores en aquellos eventos en los que existan dudas sobre las normas que deben regular el caso concreto, y conforme al principio de progresividad predicable de los derechos sociales en general y en particular del derecho a la seguridad social, la Sala advierte que el Instituto del Seguro Social efectuó una aplicación incorrecta de la ley”.

En ese entonces, se comprobó que el accionante reunía las semanas necesarias para satisfacer el requisito de cotización, siempre y cuando se tomaran en cuenta los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración fijada por la junta de calificación, hasta el día en que se profirió el dictamen. Ello se debe a que el fondo de pensiones no tuvo en cuenta las semanas cotizadas por el accionante desde el 24 de noviembre de 2008, fecha en que se consideró estructurada la invalidez, y el 19 de noviembre de 2009, fecha en que se efectuó el dictamen que estableció una pérdida de la capacidad laboral del 66.15%. Para la Sala, con ello vulneró el derecho a la seguridad social del actor, produciendo en consecuencia una afectación ilegítima a sus derechos a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social y comprometiendo su mínimo vital. En consecuencia, ordenó el

reconocimiento de la pensión de invalidez. Es la fecha de la calificación de la invalidez, como se desprende de las consideraciones expuestas, la que se debe tener en cuenta, dadas las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó aportando al Sistema, alcanzando a cotizar un total de 147 semanas, a pesar de los síntomas de su enfermedad VIH.”

En la misma línea, en sentencia T-040 de 2015, la Corte se ocupó de dos acciones de tutela presentadas por personas que solicitan el reconocimiento y el pago de su pensión de invalidez porque, como consecuencia de la enfermedad degenerativa que padecen (VIH/SIDA), tienen una pérdida de capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%). Los respectivos fondos de pensiones y cesantías rechazaron sus solicitudes bajo el argumento de que no cumplían con el número de semanas de cotización exigido en la Ley 860 de 2003. En uno de ellos, el rechazo obedeció a que no se tuvieron en cuenta los aportes realizados después de la fecha de estructuración. En el otro, a que (i) las cotizaciones anteriores fueron calculadas a partir de la fecha de estructuración, y no a partir de la declaratoria de la invalidez, pese a que el peticionario es una persona joven, y (ii) los aportes posteriores no fueron tenidos en cuenta por no estar respaldados por una actividad laboral.

En ese fallo, la Corporación reiteró que “las personas que padezcan de una de estas enfermedades (VIH/SIDA), que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdieron su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva. Es decir, el día en que no pudieron seguir cumpliendo sus funciones en razón de su incapacidad y, en consecuencia, enfrentaron la imposibilidad de proveerse un sustento económico a partir de su participación en el mercado laboral, así como de continuar efectuando las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social.” Con fundamento en ello, resolvió que en ambos casos se había vulnerado el derecho a la seguridad social porque los fondos de pensiones se abstuvieron de reconocer y pagar la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cotizaron el número de semanas requerido con antelación a la fecha de estructuración de su invalidez, por no tener en cuenta que el accionante siguió cotizando y acreditó las semanas requeridas.

De manera más reciente, la Sala Octava de Revisión efectuó un análisis idéntico en sentencia T-366 de 2016, en la cual resolvió si a dos ciudadanos a quienes se les niega el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que consideran ser acreedores en razón de que no cumplen con el requisito de las 50 semanas de cotizaciones en los 3 años anteriores a la fecha fijada como de estructuración de su invalidez, se les vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas. En uno de aquellos casos¹¹⁰, el reclamante había sido diagnosticado con VIH entre otras enfermedades. Respecto de este, la Corte encontró que (i) aportó al sistema de seguridad social en pensiones 82,82 semanas cotizadas al 31 de febrero de 2014, momento en que realizó su última cotización y 46, 57 en los 3 años anteriores a la fecha determinada como de estructuración de su invalidez; y, (ii) se calificó con un 57,95% de pérdida de capacidad laboral.

Asimismo, en la sentencia T-057 de 2017, la Corte decidió dos casos, uno de ellos en los cuales el peticionario había sido diagnosticado con VIH y la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones le negó la pensión de invalidez por no haber acreditado el requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez, a pesar de padecer esta enfermedad degenerativa y haber sido calificado con un porcentaje superior al 50% de pérdida de la capacidad para trabajar.

En lo atinente de la verificación del requisito de semanas cotizadas, sostuvo que “el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, esta Corporación ha establecido que, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar el sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva. Lo anterior, como garantía efectiva del derecho fundamental a la seguridad social de sujetos en situación de debilidad manifiesta y como una medida tendiente a evitar que se genere enriquecimiento sin justa causa por parte de los fondos de pensiones”.

Adicionalmente, reiteró las sentencias T-221 de 2006, T-653 de 2004 y T-104 de 2008, en el

sentido que “cuando la asignación pensional por concepto de invalidez represente el único ingreso que garantice la vida digna de la persona que ha sufrido una pérdida de capacidad laboral significativa, el derecho a la pensión de invalidez, cobra la dimensión de derecho fundamental”.

Respecto del caso puntual, corroboró que el actor cumplió con los requisitos para acceder al beneficio pensional, toda vez que contaba con una pérdida de capacidad laboral del 56.35% y tenía dentro de los tres años anteriores a la fecha que perdió efectivamente su fuerza laboral, 75.05 semanas, por lo que ordenó a Colpensiones, reconocer y pagar la pensión de invalidez.

7.3.3. En conclusión, cabe destacar que en distintas oportunidades la jurisprudencia de este tribunal de manera consistente ha adoptado varias medidas constitucionales tendientes a garantizar el derecho a la pensión de invalidez a personas que padecen de VIH/Sida.

La garantía de esta prestación en esos eventos requiere que el solicitante haya sido calificado de pérdida de capacidad laboral mayor al 50% y, adicionalmente, haber cotizado al sistema de seguridad social al menos 50 semanas, de acuerdo con el régimen de la Ley 860 de 2003.

8. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en la jurisprudencia constitucional.

8.1. Concepto y alcance.

Los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades y de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (artículo 53)¹¹¹ tienen la finalidad primordial de garantizar los derechos laborales en igualdad de condiciones. En desarrollo del primero, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante C.S.T)¹¹² define el contrato de trabajo como “aquel por la cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo continua dependencia o subordinación a la segunda y mediante remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

En modo similar, el artículo 23 subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, dispone el

contrato realidad, esto es, el nacimiento ipso facto del vínculo laboral cuando se cumplen los elementos esenciales del contrato de trabajo. La norma precitada dispone:

“Elementos esenciales. 1º) Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: 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. 2) Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

La Corte Constitucional ha conceptuado sobre el principio de la realidad sobre las formalidades, tanto en asuntos de control abstracto como es análisis de casos concretos, de los cuales se destacan algunos a continuación:

En primer término, a fin de comprender a cabalidad los elementos del contrato realidad – los mismos del contrato de trabajo-, vale la pena retomar las enseñanzas de la sentencia C-154 de 1997 que distinguió este contrato de trabajo del aquél de prestación de servicios, haciendo énfasis en que la subordinación o dependencia es determinante al momento de demostrar la existencia de una relación laboral, sin que ello desconozca otros elementos – actividad personal y remuneración – característicos de dicho vínculo. Al respecto, manifestó:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para

la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

El precitado criterio de subordinación ha sido fundamental a la hora de la evaluación de la existencia en un contrato realidad, el cual implica la garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado, causando los derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria como fue señalado en la sentencia C-1110 de 2001.

Más adelante, en la sentencia C-614 de 2009 destacó la relevancia del principio y del contrato realidad en la medida que observó que muchos empleadores ya sean privados o públicos como el Estado pretenden hacer invisible realmente una relación laboral que constituya un “contrato de trabajo” por medio de artificios jurídicos de contratación para encubrirlo. A partir de lo anterior se refirió al alcance del ámbito de aplicación: “en razón de las diferencias en las modalidades de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado”¹¹³.

De manera más reciente, en la sentencia T-014 de 2015, la Corte advirtió que esta figura dignifica el trabajo o labor realizada revistiendo dichas situaciones anómalas con todas las condiciones de un trabajo digno y justo, esto es, garantizar un mínimo condiciones de los derechos laborales, porque “los empleadores deben respetar: (i) el pago de un salario acorde con la jornada laboral; (ii) la vinculación al sistema de seguridad social para amparar los riesgos de vejez, muerte e invalidez (iii) la jornada laboral permitida; (iv) la permanencia en el trabajo y en general todas las garantías mínimas e irrenunciables que el ordenamiento jurídico colombiano ponga a disposición de los trabajadores”.

8.2. Declaración del contrato realidad en la jurisprudencia constitucional.

Esta Corte ha reiterado la jurisprudencia desarrollada en el transcurrir de los años sobre el contrato realidad, insistiendo en que siempre que se evidencien los elementos integrantes la relación laboral, se configura un verdadero contrato realidad independientemente de la

denominación que le otorguen las partes¹¹⁴.

La exigencia de la verificación a cabalidad de los tres elementos ha sido una constante en las decisiones de este Tribunal. En sentencia T-101 de 2002, la Corte negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la subsistencia digna, a la salud, a la seguridad social, a la remuneración mínima y a la protección a la tercera edad de una empleada doméstica que demandó por considerarlos vulnerados sus derechos por su empleadores, quienes no le pagaban su salario y no la tenían afiliada a la seguridad social, toda vez que “la insuficiencia de los elementos aportados por las partes, no permite conocer claridades mínimas y esenciales de toda relación laboral, a saber quién es el patrono, y en consecuencia respecto de quien se predica el elemento de subordinación”. Enseguida, adujo que la incertidumbre que se presentaba en torno a la existencia de una relación laboral, impiden a la jurisdicción constitucional conocer de la materia.

Este aspecto también es ilustrado por la sentencia T-335 de 2004, en la cual la Corte evaluó conjuntamente que se tratara de una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, caso en el cual tuvo por cierto el elemento subordinación basado en el cumplimiento de un horario laboral, así como de la existencia de planillas de los turnos.

La evaluación probatoria de los elementos definitorios del vínculo laboral se basa principalmente en los distintos medios probatorios que obran en el expediente, los cuales son revisados en conjunto y bajo la luz de la sana crítica y, además, aplicando la presunción de la relación de trabajo cuando se presta un servicio personal, fijada por el artículo 24 del CST¹¹⁵. A modo de ejemplo, en la sentencia T-935 de 2012 se dio por probado un vínculo laboral de facto entre las partes en determinado periodo, así como una fecha aproximada de desvinculación a causa de la avanzada edad y deteriorado estado de salud del demandante, con base en la confrontación de testimonios, declaraciones, interrogatorios y documentos, que respaldaban hechos, a partir de los cuales por medio de una inferencia lógica era posible concluir la existencia de la prestación personal del servicio, una remuneración y subordinación.

Posteriormente, este Tribunal en Sentencia T-447 de 2008 estudio el caso de un accionante

que se encontraba vinculado a una cooperativa y sufrió una incapacidad de origen no profesional, lo que generó que fuere desvinculado de la empresa, y perdiera su afiliación a la seguridad social. El actor solicitó al juez de tutela que le protegieran sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

En esa ocasión, la Corte evidenció que pese a que el demandante había sido vinculado en calidad de trabajador asociado, dicha relación trasmuto hacia un vínculo laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, sobre el cual afirmó que:

“(...) uno de los postulados desarrollados de manera más prolija en materia laboral por esta Corporación es aquel conocido como el `principio de contrato realidad` o `primacía de la realidad sobre las formalidades. Como fue señalado en sentencia C-166 de 1997, esta máxima guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 del texto constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia. En desarrollo de esta máxima, corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios de manera tal que logre determinar el contenido material de la relación que subyace la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial. En tal sentido, el operador jurídico se encuentra llamado a hacer prescindencia de los elementos formales que envuelven el contrato con el objetivo de establecer si en el caso concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo definen el vínculo laboral.”

Concretamente, opinó que de las comunicaciones de la Cooperativa colegía que los trabajadores asociados carecían del poder de decisión que es consustancial a las organizaciones de esta índole y, en su lugar, demostraba la existencia de la subordinación, lo cual junto con la prestación personal del servicio y la remuneración, configuraban una relación laboral dependiente y por consiguiente regida por un contrato de trabajo. De acuerdo a tal consideración, la Sala dio aplicación a las disposiciones del Código Sustantivo para resolver las demás pretensiones relacionadas con el pago de incapacidades.

Además, en sentencia T-903 de 2010, con ocasión al estudio de la tutela del señor Gilmer Sierra García, quien reclamaba el reconocimiento de un contrato realidad con el Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío, la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales

sobre la declaración del contrato realidad en la jurisprudencia constitucional así “en primer lugar, en los casos mencionados es patente que cuando el juez constitucional constata la existencia de los elementos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber i) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; ii) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un iii) salario en retribución al trabajo prestado, el peso de la realidad prevalece sobre las formalidades que revistan determinada situación jurídica y se procede a declarar la existencia de la relación laboral con las implicaciones salariales y prestacionales que dicha decisión conlleva”.

En ese caso, se concluyó que el cotejo de distintos testimonios permitía inferir que el demandante prestó personalmente el servicio de vigilancia, así como que se observaba que había subordinación y dependencia a partir de las directivas del establecimiento educativo y, que en virtud de ello, “las directivas de la Institución estaban facultadas a exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”. Respecto a la remuneración se anotó que era parte en dinero y otra en especie, que el empleador pretendía enmarcar bajo el manto de un contrato de arrendamiento. Una vez verificados los elementos esenciales del contrato realidad, la Corte ordenó al empleador cancelar los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha de esa providencia.

Mediante sentencia T-750 de 2014, esta Corporación insistió en que no importa la denominación que se le diera a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella daría lugar a que se configurara un verdadero contrato realidad. En esa decisión, debió resolver si una cooperativa de transporte vulnera los derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada al dar por terminado el vínculo laboral con uno de sus asociados a pesar de que este último se encontraba incapacitado al momento del despido, el cual se fundamentó en que incumplió con el pago de sus aportes, lo cual constituye causal de desafiliación.

A efectos de determinar si al peticionario asistían los derechos laborales reclamados, la Sala Sexta de Revisión evaluó si se habían configurado los elementos de servicio personal, remuneración y subordinación. Al respecto indicó que:

“Para determinar cuándo se estructura una verdadera relación laboral o un contrato de trabajo deben examinarse los requisitos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, según el cual se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que lo faculta 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; y (iii) el salario como retribución del servicio. Lo anterior significa que el principal aspecto que debe tenerse en cuenta es la relación efectiva que existe entre el trabajador y el empleador, independientemente de lo que resulte del contrato o de lo que se derive de este, en tanto lo allí consignado o formalmente pactado puede ser contrario a la realidad. Para ello, el juez debe valorar en cada caso si se configura una verdadera relación laboral.

(...)

No obstante, concluyó que “las pretensiones del accionante y sus afirmaciones en el escrito de tutela, la Sala no encuentra en el expediente alguna prueba o indicio que le permita inferir la existencia de una verdadera relación laboral o un contrato laboral”. Por lo tanto, negó las pretensiones de reintegro, al pago de los salarios dejados de percibir y demás prestaciones solicitadas, por cuanto no encuentra un medio probatorio o una circunstancia que desvirtúe la relación de la cooperativa con las personas en ella vinculadas, para convertirse en una verdadera relación laboral.

Respecto del alcance del contrato realidad, en el año 2016 la Corporación reiteró que “existirá una relación laboral o reglamentaria según el caso cuando: “i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado.” Además de los tres elementos propios de las relaciones laborales, la permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral”¹¹⁶.

De acuerdo con los lineamientos expuestos, en la sentencia SU-448 de 2016, la Corte reconoció que “existen situaciones, en materia laboral, en las cuales la realidad no siempre

coincide con lo consignado en un contrato o con lo pactado verbalmente, pues puede ocurrir que aunque formalmente se señale que se trata de una determinada relación, en verdad se trate de otra totalmente distinta”, que de cumplirse con los elementos de servicio personal, subordinación y remuneración deriva en un contrato realidad.

8.3. En conclusión, la supremacía de la realidad ante las formas ha sido el criterio definitivo de múltiples decisiones de esta Corporación, por lo que mediante la verificación material de los elementos referidos como características esenciales del contrato de trabajo conlleva a reconocer la relación laboral y desvirtuar cualquier otra forma de vinculación.

En el contexto descrito, la figura de la primacía de la realidad sobre las formas ha cobrado gran relevancia, superando las vejaciones de los derechos laborales de los trabajadores que son vinculados sin el lleno de las garantías de una relación laboral, tanto en la esfera privada como en la administración pública. Tal es el caso de un vínculo con los rasgos de un contrato de trabajo oculta bajo la forma de un contrato de labor contratada por medio de empresas de servicios temporales¹¹⁷, o la continua renovación de contratos de término definido o de contratos de prestación de servicio¹¹⁸.

De esta manera, si los elementos del contrato realidad se corroboran de manera objetiva se debe declarar la existencia de un vínculo laboral, sin importar las consideraciones que los intervinientes tengan sobre la dinámica de intercambio de labores por una retribución económica. En consecuencia, se reconocerán los derechos propios de una relación laboral.

9. Caso concreto

9.1. Síntesis del caso

a) Expone el señor “Juan” (42 años) que en noviembre de 2013 fue diagnosticado con VIH, seropositivo¹¹⁹, que actualmente no cuenta con apoyo familiar porque es huérfano, sus ingresos provienen de la venta ambulante y que responde económicamente por su hijo menor de edad (15 años), aportando una cuota de alimentos, ya que a pesar de tener su custodia su situación personal y económica no le permiten hacerse cargo de él. Tampoco cuenta con un lugar de vivienda propio ni permanente.

Aduce que en el periodo comprendido entre julio de 2004 y el 31 de diciembre de 2015¹²⁰ trabajó en el establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”, en horarios nocturnos que comprendía entre las 7:00 p.m. a 5:00 a.m. de martes a jueves y de 7:00 p.m. a 9:00 a.m. los viernes a domingo. Esto encuentra respaldo en las declaraciones juramentadas de los señores “Noraldo”, “Guillermo” y “Moisés”¹²¹.

Manifiesta que allí tomaba los pedidos en las mesas y de los carros que se aproximaban al negocio, así mismo servía los alimentos vendidos en dicho negocio¹²², es decir, que trabajó como mesero. Indica que el señor “Alberto”, gerente del negocio y su jefe directo, le pagaba por su labor aproximadamente \$25.000 pesos diarios¹²³. Al respecto, en la diligencia del 10 de marzo de 2017, por una parte, el señor “Alberto” expresó ante esta Corporación que pagaba cierto dinero “de manera voluntaria” en reconocimiento de la colaboración que el señor “Juan” ejercía para el desarrollo de la actividad comercial y, por otra parte, así lo ratificó el actor¹²⁴. Adicionalmente, esta suma está consignada en las planillas de pago de turnos de “COMIDAS RÁPIDAS”, que fueron aportadas por este último en sede de revisión¹²⁵.

Manifiesta que el 17 de noviembre de 2013, cuando tuvo conocimiento de su enfermedad, informó al señor “Alberto” que había sido diagnosticado con VIH, motivo por el cual solicitó que lo afiliara al sistema general de seguridad social y pensiones. Sin embargo, recibió una respuesta negativa.

Por otro lado, refirió que en el año 2015 su condición de salud se deterioró debiendo acudir a asistencia médica de manera más frecuente, debido a la tos y diarreas continuas que presentaba regularmente¹²⁶, lo cual se corrobora en la historia clínica, en la cual se anota que el paciente estuvo 2 años sin tratamiento para el diagnóstico de VIH seropositivo, con poca introspección de la enfermedad. El 2 de junio de 2015 fue hospitalizado por urgencias durante 29 días como resultado de la persistente sintomatología y, en abril de 2017, requirió asistencia médica por su enfermedad.

Con base en ello, alega que el despido se motivó en su estado de salud, y que su empleadora pesar de conocer esa situación omitió pedir el permiso respectivo para efectuar el despido al Ministerio de Trabajo.

Con el ánimo de comprobar esta vinculación laboral, en sede de revisión, aportó dos

certificados laborales expedidos por el gerente de “Comidas Rápidas”, fechados del 26 de enero de 2006 –que certificó que trabajó los días 20 y 21 de enero- y del 7 de junio del mismo año- que certificó que desde el 2 de abril de 2004 se encontraba vinculado al establecimiento de comercio. Así mismo, en sede de revisión, allegó material fotográfico a fin de evidenciar que también realizó tareas de aseo dentro del local comercial y que contaba con un uniforme del mismo.

Por medio de la acción de tutela, el demandante plantea que “Comidas Rápidas” violó sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital porque no canceló las prestaciones sociales que correspondían por el trabajo que desarrollaba de manera personal, subordinada y remunerada. Teniendo en cuenta lo anterior, solicita el pago de una pensión sanción y, de manera subsidiaria, el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

b) Ahora bien, la parte demandada refutó de manera categórica la existencia de un contrato laboral, enmarcando los quehaceres que efectuaba el demandante en un trabajo, esporádico o fortuito, el cual se remuneraba según su naturaleza. De manera persistente, refirieron que se trataba de unos oficios que el demandante hacía, en principio, de manera voluntaria, que a la postre le eran reconocidos.

Indican que la actividad principal del demandante era cuidar carros en la zona aledaña al negocio e igualmente vender licores, lo cual respaldan con las declaraciones de los señores “Libardo” y “Daniel”, un taxista que era cliente del negocio y un vendedor de una cigarrería cercana, respectivamente. Mientras que el primero indicó que el demandante hacía ambas labores, afirmando que “lo veía esporádicamente los fines de semana, sacando comidas de “COMIDAS RÁPIDAS” y vendiendo de otras cigarrerías trago a los clientes del sector”, el segundo manifestó que algunos fines de semana le compraba licor, sin referir si le constaba o no la relación de trabajo que se discute en el asunto bajo examen.

Por lo anterior, denunciaron por falsedad ante la Fiscalía General de la Nación la declaración del señor “Noraldó”, cuestionaron las fotografías que el accionante allegó en las cuales vestía el uniforme del establecimiento de comercio y, así mismo, cuestionaron de falsedad la firma contenida en la certificación laboral expedida el 7 de junio de 2006 en la cual se indica como fecha de vinculación el 2 de abril de 2004.

c) Actualmente, el demandante goza de atención de salud a través del régimen subsidiado y

a pesar de sus condiciones ha podido continuar laborando. Adicionalmente, es beneficiario de asistencia social por parte del Distrito. Por otra parte, “Comidas Rápidas” hace parte del patrimonio de la Sociedad “AA” Ltda., que entró en liquidación en diciembre de 2016.

9.2. Metodología de resolución del caso.

9.2.1. De manera preliminar, la Sala hará el análisis de procedencia del asunto de la referencia, para la cual analizará la jurisprudencia sobre el particular y su aplicación en el caso contrato. Superado lo anterior, entrará a estudiar el fondo del asunto.

9.2.2. Para decidir sobre el mérito de las reclamaciones relativas a la pensión sanción y la indemnización por despido injusto, se torna completamente forzoso verificar, en primer lugar, la existencia de un vínculo laboral, para lo cual se verificarán sus tres elementos: (i) actividad personal, (ii) subordinación y (iii) remuneración. En caso de encontrar acreditado dicho vínculo, esta Sala examinará la eventual vulneración de la estabilidad laboral reforzada de que goza el actor por su padecimiento, en aras de responder a su petición del pago de la indemnización por despido injusto.

9.2.3. Dilucidado lo anterior, con base en ello, la Sala procederá a verificar si se encuentran probados los presupuestos para que el demandante se haga beneficiario de la pensión sanción, lo cual requiere verificar conjuntamente: (i) la existencia de un contrato de trabajo, (ii) la omisión de afiliación y cotización al sistema de seguridad social a cargo del empleador, (iii) la duración de la relación laboral entre 10 y 15 años, (iv) un despido sin justa causa o cuya motivación no es otra distinta a la del padecimiento del empleado y, (v) que el trabajador cuente con más de 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre, como se explicó en el fundamento 6.2. de esta providencia.

9.2.4. En caso de no acreditar alguno de los requisitos señalados, la Corte estima pertinente evaluar la protección constitucional reforzada a favor del demandante, a la luz de los parámetros establecidos en la Constitución y la ley sobre la pensión de invalidez. Esto con el ánimo de adoptar alguna medida adicional de protección dirigida a garantizar al demandante el mínimo vital.

9.3. Estudio de la procedencia de la acción de tutela.

9.3.1. De los hechos decantados conjuntamente de la tutela y de los elementos probatorios, así como del entendimiento científico del VIH y el SIDA que la jurisprudencia constitucional ha recogido, la Sala advierte que el señor “Juan” es un sujeto de especial protección constitucional y se encuentra atravesando una evidente situación de vulnerabilidad, por las siguientes razones:

(i) Padece de una enfermedad degenerativa, toda vez que desde el año 2013 fue diagnosticado de VIH seropositivo, como se observa en su historia clínica¹²⁷;

(ii) Ha tenido complicaciones médicas severas que ponen de presente un evidente deterioro constante en su estado de salud, lo cual no sólo se observa porque en julio de 2015 estuvo hospitalizado por 29 días por esta enfermedad y se ordenaron controles mensuales y tratamiento con medicamentos antirretrovirales, sino también porque el 11 de marzo de 2016 el médico tratante diagnosticó “descenso abrupto del conteo de linfocitos T CD4 y un aumento muy significativo de la viremia, lo que lo posiciona en un muy alto riesgo de presentar síndrome de inmunodeficiencia adquirida a muy corto plazo”¹²⁸, y el 7 de abril de 2017 volvió a requerir atención urgente en la Fundación Santa Fé¹²⁹ en razón de las complicaciones médicas propias del padecimiento de VIH/SIDA.

(iii) Es una persona de escasos recursos debido a que el único ingreso que expone devengar proviene en la actualidad de la venta ambulante, le permite cubrir sus gastos de subsistencia, revelando además que no recibe apoyo de un círculo familiar¹³⁰.

9.3.1. Bajo estas circunstancias, se advierte además que el accionante se encuentra ante la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital.

La Sala estima que el perjuicio que puede producirse sobre estos derechos fundamentales es inminente, por las circunstancias en las que el actor se encuentra, esto es, que por su patología de VIH seropositivo expone su vida y se le dificulta mayormente laborar, lo que genera que no cuente con ingresos fijos ni suficientes para cubrir sus necesidades básicas.

De ello, se deriva que carece de los medios económicos para su propio sustento, por lo cual es imperiosa la intervención de juez constitucional a fin de que adopte de manera urgente las medidas para evitar un desenlace definitivo, dado el apremio que expone las particularidades

del acaso en revisión.

Ello también se encuentra justificado en la gravedad de la afectación previsible, toda vez que la discusión planteada mediante la acción de tutela versa sobre la asignación pensional a favor del demandante, prestación que adquiere la connotación de derecho fundamental cuando el peticionario es un sujeto de especial protección y, además, se relaciona intrínsecamente con el mínimo vital y la dignidad humana según la jurisprudencia de este Tribunal.

Igualmente, la Sala advierte que el asunto bajo examen consolida una relevancia constitucional, no solo porque el actor es una persona sujeta a especial protección constitucional por su estado de salud como ya se detalló, sino también porque la pretensión consistente en la pensión sanción tiene una relación intrínseca con el mínimo vital y la dignidad humana según la jurisprudencia constitucional, además, pretende la protección de derechos imprescriptibles e irrenunciables como lo son los derechos laborales.

Conjuntamente, se destaca que se encuentra verificado el presupuesto de inmediatez de la acción de tutela, por cuanto trascurrieron aproximadamente 6 meses y una semana entre el momento del presunto despido que aconteció el 31 de diciembre de 2015 y la interposición de la tutela, esto es el 7 de julio de 2016¹³¹. Dado que el actor es un sujeto de especial protección constitucional, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el análisis debe ser más flexible, por lo cual la Sala estima que se trata de un tiempo razonable y proporcionado.

Lo anterior, apela a tomar medidas para remediar o prevenir la afectación de manera rápida, tornando necesario e impostergable que el juez constitucional intervenga en la protección de los derechos en riesgo.

Consecuentemente, corresponde a esta Corporación asumir el conocimiento del asunto, con el fin de prevenir el acaecimiento de un perjuicio irremediable sobre el goce de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del demandante.

9.3.3. Con sustento en lo anterior, la Corte estima que los jueces de instancia desacertaron al considerar que la acción de tutela no procedía porque el demandante no demostró estar en una situación de indefensión y que los mecanismos ordinarios de la jurisdicción laboral eran

el escenario idóneo para hacer las reclamaciones que son objeto de esta tutela.

Por lo tanto, encontrándose acreditada la procedencia de la acción de tutela bajo estudio, con el fin de resolver el segundo problema jurídico, la Sala entrará a analizar el fondo del asunto.

9.4. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

9.4.1. Sobre la existencia de un contrato realidad y la indemnización por despido injusto.

9.4.1.1. Sobre este asunto existe discrepancia entre las partes. Por una parte, el señor “Juan” afirma haber estado vinculado laboralmente con “Comidas Rápidas” cumpliendo un horario y funciones de mesero conforme a las instrucciones que impartía el gerente – “Alberto”-, vistiendo el uniforme del establecimiento de comercio y recibiendo un salario. Por la otra parte, los demandados niegan que el actor haya estado vinculado laboralmente en esta compañía, indicando que de vez en cuando hacía algunos oficios de manera remunerada.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo desarrollado en el capítulo 8 de esta providencia, en relación con el alcance del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y del contrato realidad, la Sala deberá analizar si en el presente asunto, conforme a las pruebas que obran en el expediente, es posible concluir que se acreditaron los presupuestos del contrato realidad -(i) actividad personal, (ii) subordinación y (iii) remuneración. En caso de que estos presupuestos se verifiquen se desvirtúa cualquier denominación que las partes asignen al vínculo, prevaleciendo así el carácter laboral.

A continuación, la Sala hará referencia a cada una de las características del contrato realidad indicando de manera puntal los elementos probatorios recaudados que los respaldan:

(i) Actividad personal: Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la actividad personal supone la realización de los oficios por sí mismo, es decir, sin que medie otra persona para la materialización de estos. Para el caso que nos ocupa se destacan las siguientes pruebas, que permiten acreditar en principio la existencia de este requisito:

– Según el relato del actor, su ocupación en “Comidas Rápidas” siempre fue la de mesero nocturno, oficio que por su naturaleza implica una operación personal.

Al respecto, los demandados en la contestación de la acción de tutela, coincidieron en señalar que el señor “Juan” hacía las labores de mesero de manera “ocasional”, expresando que “el accionante, ocasionalmente, algunos fines de semana (viernes y sábados, una o dos veces al mes y muchos meses no se presentó) colaboraba como mesero ayudante, cuando él, voluntariamente se presentaba a ofrecer sus servicios y cuando en algunas horas de la noche había trabajo extra, se le permitía, para tratar de ayudarlo, pero no era ningún trabajo continuo ni de cumplimiento de horario o exigencias”¹³².

Adicionalmente, distinguieron que el accionante realizaba a título personal las compras de licor en las cigarrerías cercanas para venderlo a sus clientes y, por otro lado, de vez en cuando colaboraba con pedidos de “Comidas Rápidas”¹³³

En este mismo sentido, la parte demandada reconoció que el demandante hacía una actividad personal en las declaraciones realizadas el 10 de marzo de 2017.

De ahí se infiere que al efectuar actividades inherentes al expendio de alimentos en dicho establecimiento de comercio, haciendo tareas de mesero tomando los pedidos dentro y fuera del local, la parte demandada reconoció que el demandante hacía una actividad personal.

- En respaldo de lo aseverado por el demandante, se observó que las labores del actor coinciden con el objeto social del negocio, esto es, la venta de comidas rápidas¹³⁴, por lo tanto la actividad que desarrollaba se reflejaban directamente en la producción y ventas del negocio, esto es, participando de manera activa en la actividad comercial.

- La actividad personal también se encuentra justificada en la medida que los señores “Sandro” y “Guillermo”, quienes eran empleados de “Comidas Rápidas”, según lo refirió “Alberto” en su declaración, afirmaron que el actor fue su compañero de trabajo en “Comidas Rápidas”, que laboró allí aproximadamente 12 años continuos como mesero “dentro del local, para los carros y entre carros”, en las declaraciones extra judiciales rendidas el 15 y 16 de marzo de 2016 ante Notaría 59 del Circuito de Bogotá. De igual forma, el ejercicio personal del demandante como empleado de “Comidas Rápidas” fue defendido por los señores “Guillermo” y “Moisés”¹³⁵, quienes indican que el demandante trabajó en el establecimiento de comercio “Comidas Rápidas” los días de martes a jueves entre las 7:00 p.m. a 5:00 a.m. y

viernes a domingo de 7:00 p.m. a 9:00 a.m.¹³⁶.

En relación con estas declaraciones la parte demandada apuntó que se tratan de personas cercanas al demandante, no obstante, la Sala advierte que las declaraciones fueron prestadas bajo la gravedad de juramento, por lo cual presume la veracidad de lo allí señalado.

-Por otra parte, las declaraciones juramentadas aportadas por los demandados, que fueron cuestionadas por el demandante por la cercanía de los declarantes respecto de la parte demandada, también revelan que el actor hacía oficios para “Comidas Rápidas” de manera personal. Puntualmente, en declaración juramentada el señor “Libardo” afirmó que “como taxista que soy de la zona y cliente frecuente de “Comidas Rápidas”, conozco de vista, trato y comunicación hace 5 años con el señor “Juan” (...) porque lo veía esporádicamente los fines de semanas, sacando comida de “Comidas Rápidas” y vendiendo de otras cigarrerías trago a clientes del sector, dichas cigarrerías están al lado de “Comidas Rápidas””.

Respecto de estas declaraciones, al igual que frente a aquellas allegadas por el demandante, la Sala advierte que estas fueron prestadas bajo la gravedad de juramento, por lo cual presume la veracidad de lo allí señalado. Vale la pena aclarar que “Noraldo” también rindió declaración extrajudicial sobre la relación laboral entre las partes, sin embargo, visto que fue denunciada penalmente por falsedad, la Sala se abstiene otorgarle valor probatorio.

De las pruebas recaudadas es posible inferir que el actor desempeñó el trabajo de mesero, lo cual requiere que el individuo se desplace por sí mismo y ofrezca los alimentos a los clientes a fin de venderlos, tomar los pedidos correspondientes y, de igual manera, servir los alimentos dentro del establecimiento de comercio.

De lo expuesto ambas partes aceptan que de manera personal el señor “Juan” realizaba tareas de mesero. Así mismo, denota que hay suficiente claridad respecto de la continuidad del trabajo del accionante, con base en el horario que cumplía, puesto que su afirmación está respaldada por distintas personas, unos empleados de “Comidas Rápidas”, un cliente frecuente del negocio y un vecino del mismo que se contraponen a las afirmaciones de los demandados, mientras que la afirmación de la parte demandada en el sentido que se trataba de un trabajo esporádico no tiene mayor respaldo probatorio.

(ii) Subordinación: de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en esta providencia, 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 un vínculo contractual como es el caso de un trabajador y su empleador en virtud de un contrato de trabajo. Respecto de esta condición del plenario en principio es posible extraer lo siguiente:

a) El demandante fundamenta la existencia de la subordinación en su relación con “Comidas Rápidas”, apuntando elementos que según la jurisprudencia constitucional evidencian la existencia de contrato realidad como se explica a continuación.

Por una parte, adujo haber tenido la obligación de vestir un uniforme del empleador, por lo que allegó fotografías en las que se encuentra en las instalaciones de “Comidas Rápidas” vistiendo una chaqueta roja con el logo de la empresa. Sobre este elemento de juicio, pese a haber sido refutadas por los demandados, la Sala repara que en efecto pudieron haber sido tomadas en el periodo indicado (2005 a 2015), por lo cual no pudieron haber sido pre constituidas a fin de ser utilizadas en este proceso judicial. Ello por cuanto al comparar el aspecto físico del demandante en dichas imágenes y la que se constató durante la diligencia efectuada por esta Corporación el 10 de marzo de 2017, la Sala observó no sólo los cambios físicos característicos de la edad sino también un deterioro en su salud.

Por otra parte, argumentó que la subordinación también se manifestó en la imposición de un horario laboral, el cual fue ratificado por los señores “Sandro” y “Guillermo”¹³⁷, quienes indicaron bajo la gravedad de juramento que el demandante cumplía con un horario de lunes a jueves, salvo el día martes, de 7:00 p.m. a 5:00 a.m. y de viernes a domingo de 7:00 p.m., a 9:00 a.m.

Adicionalmente, indicó que recibía órdenes del señor “Alberto” quien era su jefe y gerente del establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”.

b) No obstante lo anterior, el señor “Alberto” refutó la existencia de un contrato laboral y así mismo la subordinación que pudiese existir señalando que el actor “ocasionalmente, a veces, pedía colaboración, de por ejemplo de pasar un perro a los clientes, atender un carro (...) él me lo pedía, porque pues igual él me decía que le colaborará, que pues estaba necesitado y entonces le decía vaya y atiéndalo...”¹³⁸. Del aparte subrayado de la última afirmación, la

Sala colige que contrario a lo afirmado por el gerente de “Comidas Rápidas”, este sí daba instrucciones sobre la realización de los quehaceres de mesero que hacía el demandante.

En el mismo sentido, en su declaración el representante legal de “Comidas Rápidas”, esto es, “Alberto”, expresó que los oficios que hacía el demandante no constituían una relación subordinada porque “él me lo pedía (el trabajo), porque pues igual él me decía que le colaborara, que estaba necesitado y pues yo le decía vaya y atiéndalo”. No obstante lo anterior, como se expuso en la parte motiva, la denominación que las partes asignen a una relación no es óbice para que esta transmute y adquiera una naturaleza laboral cuando se encuentran demostrados los elementos propios de un vínculo de esa índole, lo cual requiere la verificación de una actividad personal, subordinación y una retribución.

c) “Alberto” expidió 2 certificaciones laborales al señor “Juan”: (i) una calendada el 26 de enero de 2006 respecto de los días 20 y 21 de esos mismos mes y año, que la parte demandada afirmó que la emitió como un favor; y, (ii) otra suscrita el 7 de junio de 2006 donde certificó que el demandante laboró desde el 4 de abril de 2002.

Si bien la Sala descarta del acervo probatorio la segunda certificación por haber sido cuestionada por falsedad, no encuentra razonable el argumento por el cual la parte demandada pretende que se rechace la primera certificación, puesto que puede inferirse de dicha excusa que la entidad habría cometido una falsedad en documento privado. A partir de lo anterior y considerando que es posible que se hayan emitido dos certificaciones laborales al demandante, resulta dificultoso y forzado que la Sala estime que no existió ningún vínculo laboral entre las partes.

Los elementos probatorios reseñados muestran que el actor se encontraba bajo la relación de jerarquía respecto “Alberto” –gerente del negocio-, quien le indicaba cuándo cumplir con sus quehaceres de mesero, lo cual envolvió el cumplimiento de un horario laboral y portar un uniforme.

(iii) Remuneración: según se explicó, este requisito se refiere al monto de dinero pagado al empleado por concepto o retribución del trabajo prestado a título de salario. En esta oportunidad, la Sala destaca las siguientes pruebas que permiten concluir que se acreditó este parámetro.

- El demandante adujo que recibía un pago de \$25.000 pesos por turno, tanto en la demanda como en la declaración de parte que rindió ante esta Corporación. Este punto en particular, no fue refutado de manera directa por la parte demandada, que solo hizo referencia a un rango de dinero con el que se retribuía al demandante. En ese sentido, el señor “Alberto”, como representante legal de “Comidas Rápidas”, afirmó en la declaración rendida ante este Tribunal que en reconocimiento de los oficios del actor le “colaboraba con 15, 20, 25 o 12 mil pesos, osea, el rato que yo veía que fuera considerable”¹³⁹.

- Igualmente, el pago de “Comidas Rápidas” al señor “Juan” por un valor de \$25.000 pesos por turno se encuentra registrado en las planillas de “Comidas Rápidas” que obran en el expediente, en las cuales hay anotaciones de pagos por esta suma al demandante y contiene su firma en indicación de recibido.

- Dicho pago también es reconocido por los señores “Sandro” y “Guillermo”, quienes afirmaron en declaraciones juramentadas ser compañeros de trabajo del demandante en “Comidas Rápidas”, así lo indicaron en las declaraciones extra judiciales que obran en el expediente.

De estas pruebas quedó acreditado que el accionante prestaba sus servicios personales en el establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”-, como mesero, y a cambio, recibía una remuneración equivalente a \$25.000 pesos por turno. Dicho de otro modo, existe certeza que el actor recibía una remuneración por parte de “Comidas Rápidas” en reconocimiento de sus oficios como mesero, toda vez que la parte demandada se allanó sobre este asunto y, además, es posible corroborarlo en documentación de la misma empresa.

9.4.1.2. Con base en la exposición de cómo cada elemento del contrato realidad se encuentra respaldado por múltiples pruebas, la Sala encuentra elementos de juicio que sugieren la existencia de un contrato realidad, lo que podría conllevar eventualmente a reconocer el vínculo laboral que se formó entre “Juan” y “Comidas Rápidas”, que desvirtúa cualquier otra forma de relación que las partes hayan pactado o estimen que se causó.

No obstante, a pesar de vislumbrarse una posible relación de carácter laboral entre las partes, no se tiene certeza sobre el monto de las acreencias laborales que la demandada adeuda, dado que no es posible determinar el inicio de la relación laboral. Esto se debe a que el certificado laboral que indicaba una fecha de inicio, esto es, el 4 de abril de 2002,¹⁴¹ fue

rebatido en sede de revisión por presunta falsedad.

Por lo tanto, es al juez ordinario laboral a quien compete establecerlo de manera definitiva, máxime cuando requieren de un análisis y debate probatorio. En tal virtud, corresponde al juez laboral como juez natural verificar mediante un proceso el periodo que cobijó el vínculo laboral, a partir de ello el monto de las acreencias laborales y, de ser necesario practicar, pruebas para verificar la autenticidad de la firma del certificado laboral de junio de 2006 cuestionado por la parte demandada. La Sala estima que en todo caso, el juez laboral no queda atado por la prejudicialidad del proceso penal sobre el laboral, porque actualmente no se encuentra probada la existencia de este, sino tan sólo tiene conocimiento de una denuncia criminal¹⁴².

9.4.1.3. Según la jurisprudencia constitucional las personas portadoras del virus del VIH y/o que padecen de SIDA gozan de estabilidad laboral reforzada teniendo en cuenta las especiales y graves particularidades de tal enfermedad. De ahí que previo a su desvinculación sea necesario contar con un permiso por parte del Inspector del Trabajo y en el evento que sea producto de un retiro sin justa causa sin haber agotado dicho trámite, la persona podrá reclamar el reintegro, el pago de salarios dejados de percibir y la indemnización sancionatoria respectiva.

En relación con el asunto bajo examen, partiendo del hecho que sus aspectos fundamentales tendrán que ser determinados en el marco de un proceso ordinario, es connatural que la solicitud de indemnización por despido injusto también sea decidida en esa sede, toda vez que depende de verificación del término del vínculo laboral.

9.2.1.4. Constando estos básicos acreditados le permiten a la Corte en esta oportunidad adoptar medidas transitorias de protección teniendo en cuenta las particularidades que presenta el asunto consistente en que el accionante padece de VIH , lo cual merma su capacidad laboral, y se encuentra desprovisto de un ingreso mínimo para cubrir sus gastos básicos. No puede esta Corporación desconocer la grave situación en la que se encuentra el petitionario debido a su estado de salud, lo que hace necesaria la aplicación de medidas urgentes para afianzar la garantía de goce de sus derechos fundamentales. Sobre estas medidas se hará referencia más adelante.

9.4.1.5. Con base a lo expuesto, se ordenará al demandante que dentro de los 4 meses

siguientes a la notificación de este fallo inicie un proceso laboral, cuyo objeto sea dilucidar la existencia del contrato realidad aquí analizado así como si le asiste derecho a los salarios dejados de percibir, el pago de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto.

9.4.2. Verificación de los requisitos para acceder a la pensión sanción.

Procede la Sala a determinar si el señor “Juan” cumple con los requisitos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para que se cancele a su favor la pensión sanción, como lo pretende en la demanda, es decir, que (i) el empleador omitió el deber de afiliación y de pago de cotizaciones a pesar de (ii) la existencia de un contrato de trabajo que estuvo vigente entre 10 y 15 años, (iii) haya finalizado de manera unilateral el empleador sin justa causa y, que (iv) el trabajador cuente con más de 57 años de edad si es mujer o 60 si es hombre.

(i) En relación con el primero, observa que “Comidas Rápidas” (empleador) incumplió su obligación de afiliar y pagar los correspondientes aportes a favor de “Juan” a EPS, ARL y fondo pensiones. Se trata de un hecho incontrovertible, toda vez que fue aceptado por el mismo “Alberto” y se constata en el historial de aportes del demandante. Esta circunstancia fue corroborada por la Sala al consultar los certificados allegados por Porvenir y por Colpensiones donde no se registran aportes relacionados con este vínculo laboral.

En esa medida, se evidencia que el derecho a la seguridad social del tutelante fue vulnerado y dicha vulneración no ha cesado, puesto que la omisión en que incurrió la accionada al no afiliar y pagar los respectivos aportes al sistema general de seguridad social imposibilita que el actor acceda a las prestaciones previstas para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, puesto que para ello requiere un mínimo de semanas cotizadas.

(ii) No obstante lo anterior, la Sala encuentra que en cuanto al segundo y tercer requisito, no es posible determinar con seguridad la duración del vínculo entre las partes por cuanto no existe certeza sobre la duración de la relación laboral. Si bien la fecha de desvinculación no fue discutida por las partes, no se logró establecer una fecha de inicio del mismo. En la demanda de tutela el demandante indicó haber iniciado a laborar aproximadamente en julio de 2004, sin embargo, una certificación laboral expedida por “Comidas Rápidas” sugiere que habría sido el 4 de abril de 2002. Aunado a esta contradicción, cuya diferencia es sustancial

(2 años), dicha constancia fue objetada por falsedad en la firma. Por lo tanto, la Sala descartó dar valor probatorio de la fecha inicial de vinculación a aquella contenida en la certificación laboral emitida por “Comidas Rápidas”, visto que la parte demandante denunció la falsedad de la firma allí contenida y al cotejarla con aquella contenida en la certificación fecha de enero de 2004, se observan algunas inconsistencias.

En lo que respecta a la exigencia de un mínimo de edad, la cual corresponde a 60 años para hombres se evidencia que el actor tampoco lo acredita puesto que apenas cuenta con 42 años. Con fundamento en lo expuesto, se concluye que no fue posible verificar los presupuestos legales para otorgar al demandante la pensión sanción.

En vista que no es posible acceder a la petición del demandante de proteger su derecho a la seguridad social los términos de esta prestación, la Sala hará el análisis desde la óptica de la pensión de invalidez.

9.4.3. La pensión de invalidez.

Aplicando a este caso concreto el precedente constitucional desarrollado por esta Corporación, respecto de la pensión de invalidez de personas que sufren de una enfermedad degenerativa, esta Sala observa que el actor fue diagnosticado de VIH el 17 de noviembre de 2007, sin embargo, no ha sido calificado por la pérdida de capacidad laboral, como lo afirmó ante esta Corporación en la audiencia del 10 de marzo de 2017.

Siendo este un elemento imprescindible al momento de requerir la pensión de invalidez y que el demandante aún no cuenta con él, y ante las circunstancias apremiantes en las que se encuentra tanto por su condición de salud y estado de precariedad, la Sala estima imperioso que se cuente con los elementos necesarios para evaluar la posibilidad del demandante para que hacerse beneficiario de un pensión de invalidez. Para ello, por una parte, la Sala ordenará a Capital Salud EPS calificar la pérdida de capacidad laboral del señor “Juan” en un término no mayor a un mes; y, por la otra parte, ordenará al actor que dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de dicho dictamen, adelante los trámites necesarios para que reconozcan y pague la pensión de invalidez en caso de cumplir con los requisitos legales para ello, interpretados a la luz de la jurisprudencia para los casos de enfermedades degenerativas¹⁴³ y teniendo en cuenta que en su historial laboral presenta 57 semanas cotizadas en el fondo pensional Porvenir S.A.¹⁴⁴

9.4.4. Garantía del mínimo vital.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que no fue posible verificar los presupuestos legales para otorgar al demandante la pensión sanción ni aquellos relativos a la pensión de invalidez. Pese a ello, esta Sala observa que se torna necesario adoptar una medida transitoria en aras de garantizar el mínimo vital del demandante, puesto que como ya se dijo no cuenta con los recursos suficientes para subsistir porque se dedica a la venta ambulante y su enfermedad ha mermado su capacidad laboral.

Ello radica en que las circunstancias que rodean el caso demuestran la afectación al derecho al mínimo vital del accionante, en la medida que la precariedad de ingresos deriva de la omisión por parte de la accionada de realizar los aportes al sistema de seguridad social, cuando después de varios años de trabajo según lo alega, se encuentra enfermo y no puede procurarse su propio sustento. En la actualidad el señor “Juan” subsiste gracias a la asistencia social que recibe de entidades distritales y de la venta ambulante, la cual es previsible que haya decaído comoquiera que recientemente su estado de salud ha decaído e impedido hacer esa actividad.

En consideración de esto, con base en la jurisprudencia constitucional¹⁴⁵, la Sala ordenará a “Comidas Rápidas” el pago mensual de una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente a la demandante hasta cuando exista un pronunciamiento en firme por parte de la justicia ordinaria, que defina los derechos laborales de la tutelante. Dicho pago no tiene el carácter de salario, ni impone al demandante la obligación de prestar servicios personales a los vinculados. Dicha orden será una obligación solidaria con la sociedad “AA” Ltda.- en liquidación y el liquidador de la sociedad es “Alberto”¹⁴⁶, toda vez que es la propietaria de dicho establecimiento de comercio.

Frente a la situación descrita, la Sala encuentra ineludible evaluar la protección constitucional del demandante a través de la óptica de las garantías pensionales, a fin de determinar la existencia de otro mecanismo para que el demandante satisfaga su mínimo vital.

9.4.5. Respecto del acceso a la prestación del servicio de salud.

De conformidad con el acápite anterior se tiene que desde el momento en el que esta

providencia esté en firme el señor “Juan” contará con un ingreso mensual en los términos descritos en el acápite anterior.

Asimismo, teniendo en cuenta que la afiliación al sistema general de seguridad social es obligatoria¹⁴⁷ y que el mandato de aportar al sistema de seguridad social se erige en la capacidad económica del afiliado¹⁴⁸, esta última surge en esta oportunidad en cabeza del accionante. Ello en razón a que al garantizarle un monto para cubrir su mínimo vital, se advierte que el accionante adquiere la capacidad económica que le permitirá asumir la obligación de cotizar a salud y pensión de conformidad con las obligaciones estatuidas en cabeza del afiliado. Por lo tanto, este Tribunal ordenará al demandante que se afilie a la Entidad Promotora de Salud -EPS- y pague las cotizaciones a salud y pensiones.

Previendo que el cambio del régimen subsidiado al régimen contributivo puede eventualmente interferir en la prestación de los servicios de salud que recibe en la actualidad, la Sala ordenará a la Capital Salud EPS que continúe prestando todos los tratamientos y proveyendo los medicamentos al señor “Juan”, hasta que se haga efectiva la nueva afiliación, en aras de procurar la continuidad en la prestación del servicio de salud.

9.4.6. Levantamiento de medidas cautelares.

Mediante auto del 10 de marzo de 2017, la Sala Sexta de Revisión adoptó algunas medidas con la finalidad de prevenir cualquier afectación que pudiera surgir contra la vida o la integridad del actor toda vez que manifestó haber recibido amenazas por participar en la audiencia convocada para recibir su declaración.

Visto que la causa del riesgo aducido por el demandante radica en la participación en el actual proceso de tutela, el cual se concluye mediante esta providencia, procede la Sala a levantar dichas medidas cautelares. Lo anterior sin perjuicio de la vigencia de las medidas adoptadas por las entidades competentes para brindar seguridad al demandante conforme a los análisis de riesgo que hayan concluido.

VI. DECISIÓN

RESUELVE:

1. LEVANTAR la suspensión del término decretado dentro del trámite de revisión de la acción de tutela.

1. LEVANTAR las medidas provisionales dispuestas por el auto del 10 de marzo de 2016.

1. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral de Bogotá en sentencia del 26 de agosto de 2016, que confirmó el fallo de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al trabajo, dentro de la acción de tutela promovida por “Juan” contra “Alberto” y “Lina”. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del señor “Juan”, como MECANISMO TRANSITORIO, por los motivos expuestos en esta providencia.

1. ORDENAR a “Juan”, que: (i) dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la presente sentencia, inicie ante la justicia laboral ordinaria el correspondiente proceso tendiente a definir a cabalidad la existencia de un contrato realidad con “Comidas Rápidas” y si le asiste o no derecho al reconocimiento de salarios dejados de percibir, el pago de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto; (ii) dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del dictamen de pérdida de capacidad que le practique y notifique Capital Salud EPS, adelante los trámites necesarios para que se reconozca y pague la pensión de invalidez en caso de cumplir con los requisitos legales para ello, interpretados a la luz de la jurisprudencia para los casos de enfermedades degenerativas, teniendo en cuenta, además, que en su historial laboral presenta 57 semanas cotizadas en el fondo pensional Porvenir S.A.; y (iii) se afilie a la EPS de su elección y efectué las cotizaciones correspondientes a salud y pensión.

1. ORDENAR a “Comidas Rápidas”, a la Sociedad “AA” Ltda. y a “Alberto”, de manera solidaria, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, empiecen a cancelar mensualmente y de manera conjunta una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente a “Juan”, obligación que deberá cumplirse en lo sucesivo dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, y hasta cuando exista un pronunciamiento en firme por parte de la justicia ordinaria o venza el término de cuatro (4) meses concedidos al actor para acudir a la jurisdicción ordinaria sin que éste haya cumplido dicha orden.

1. ORDENAR a Capital Salud EPS: (i) calificar la pérdida de capacidad laboral del señor “Juan” y notificarlo en un término no mayor a un mes; así mismo, (ii) continuar prestando todos los tratamientos y proveyendo todos los medicamentos al señor “Juan”, hasta que se haga efectiva la nueva afiliación, en aras de procurar la continuidad en la prestación del servicio de salud.

1. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e.)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

1 Nombres ficticios asignados para proteger la identidad del accionante.

2 En casos anteriores, la Corte protegió el derecho a la intimidad de los respectivos accionantes por petición expresa de ellos, o porque advirtió la necesidad de resguardar su derecho cuando se trataba, por ejemplo, de temas relacionados con hermafroditismo, señalamientos públicos de conducta, enfermos de VIH/SIDA, orientación sexual, menores de edad, etc. Para tal efecto, la Corporación consideró oportuno proteger el derecho limitando la publicación de todo tipo de información que fuera del dominio público y que pudiera identificarlos. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-513 de 2015, T-868 de 2012, T-323 de 2011, T-868 de 2009, T-295 de 2008, T-628 de 2007, T-349 de 2006, T-143 de 2005, T-220 de 2004, T-810 de 2004, T-618 de 2000, SU-337 de 1999, SU-480 de 1997, SU-256 de 1996, entre otras.

3 No obstante, la certificación laboral expedida por el gerente de “Comidas Rápidas” el 7 de junio de 2006 indica como fecha de ingreso el 4 de abril de 2002 (fl. 173 del expediente), en la que, además, se dice que inició laborando sólo los fines de semana en horario de 7:00 pm a 5:00am.

4 Fl. 27 del expediente.

5 Afirmó que “solicité que me afiliara al sistema de seguridad social, a lo que me respondió que el Estado debía responder por mi enfermedad, siendo discriminado y desprotegido por mi empleador” (Fl.3 del expediente).

6 En la audiencia del 10 de marzo de 2017 celebrada en la Corte Constitucional el actor refiere que trabajó hasta el 31 de diciembre de 2015, sin embargo, esto se abordará más adelante.

7 De conformidad con la información registrada en el SISPRO RUAF.

8 Artículo modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, “En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a

menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. / No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

9 También contestó de manera individual la tutela allegando el mismo escrito que presentó conjuntamente con el señor “Alberto”.

10 Fl. 42 del expediente.

11 Fl. 44 del expediente.

12 Fl. 44 del expediente.

13 Fl. 21 del expediente.

14 Fl. 18 del expediente.

15 Fl. 19 del expediente.

16 Fl. 48 del expediente.

18 Fl. 72 del expediente.

19 Fl. 173 del expediente.

20 Fls.177- 190 del expediente.

21 Historia laboral expedida por el fondo de pensiones y cesantías Porvenir el 20 de febrero de 2017. Se observan interrupciones de octubre a diciembre de 2000, y de febrero de 2001 a octubre de 2002, y febrero a mayo de 2003 (Fls.47-48 del expediente).

22 Certificado emitido el día 20 de febrero de 2017 (Fl. 45 del expediente).

23 Arrimó al expediente la constancia del registro de incapacidad ante la Secretaría de Salud del Distrito (Fl. 81 del expediente).

24 Aportó al expediente copia de : (i) Certificación expedida por la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá expedida el 17 de febrero de 2017 según la cual el demandante fue vinculado al Proyecto 1092 “Viviendo el Territorio”, Modalidad “Enlace Social” desde el día 27 de junio de 2016 hasta el 5 de diciembre del mismo año y, luego fue remitido al Proyecto 1113 “Por una ciudad incluyente y sin barreras”; (ii) certificación expedida por la Fundación EUDES el 20 de febrero de 2017 refiriendo que no fue posible tramitar la solicitud de ingreso como residente interno debido a que el peticionario no cuenta con un acudiente.

25 Refiere que actualmente reside en arrendamiento de una habitación cuyo arrendatario es “Jorge”, hijo de los demandados, respecto del cual se encuentra en mora por la falta de recursos económicos. (Fls. 174-176 del expediente)

26 Fls 110-112.

27 Fl. 306 del expediente.

28 A pesar de que no fue posible notificar a la empresa en la dirección señalada en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, se entiende notificada por conducta concluyente por la intervención del representante legal en el proceso.

29 Fl. 136 del expediente.

30 Sin embargo, aportó el recibo de pago de prestaciones sociales de los meses de diciembre de 2012, agosto de 2014 y diciembre de 2015 donde se evidencia que la compañía efectuaba aportes a favor de “Sandro” y “Noraldo”, “Lina” y “Alberto” (Fls. 147-150 del expediente).

31 Fls. 38-42 del expediente.

32 Fls. 277-279 del expediente.

33 Fl.278.

34 En este acápite, la Sala hará un recuento sucinto de las declaraciones que efectuaron “Juan”, “Lina”, “Alberto” y Sociedad “AA” Ltda., propietaria del establecimiento de comercio “Comidas Rápidas”, a través de su representante legal, el 10 de marzo de 2017, conforme a lo dispuesto por los autos del 13 de febrero y 6 de marzo de 2017. CD visibles a Fls. 266 del expediente.

35 En la diligencia lo identificó como “Guillermo”. CD visibles a Fls. 266 del expediente min: 32:43.

36 Respecto de lo cual aclara que en 2016 se pagaron los aportes correspondientes a periodos del 2002 por parte del señor Víctor Manuel Mejía Gómez, en relación con el vínculo laboral que tuvo en Hoteles la Sabana.

37 Fl.266 del expediente.

38 Ibid.

39 Fls. 199- 202 del expediente.

40 Fls. 391 a 405.

41 En ese acápite se exponen de manera conjunta los hechos relatados en la demanda con la información extraída de la práctica de pruebas en sede de revisión, en aras de hacer un análisis comprensivo de la situación fáctica y jurídica del caso bajo examen.

42 Fl. 27 del expediente.

43 Cfr. Folio 21 del expediente.

44 La relación de las vinculaciones laborales del actor, se elaboró conforme a lo afirmado por el demandante y las pruebas documentales que allegó, como los contratos laborales suscritos con Inversiones Dinogal Ltda., el Hotel la Sabana y el Hotel América, e historia laboral remitida por Colpensiones

45 Según certificado laboral expedido por el gerente general de “Comidas Rápidas” la

relación habría iniciado el 4 de abril de 2002 (Fl. 298 del expediente).

46 Según la contestación de “Alberto”, en calidad de persona natural y de representante legal de “Comidas Rápidas”, así como de la declaración de parte del demandante.

48 CD visible a folio 266.

49 fls. 177-190

50 Fls. 277-278.

51 fls. 27-36.

52 El artículo 22 de la Ley 100 de 1991 prescribe que “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.”

53 Sentencias T-495 de 2003, T-1014 de 2004, T-354 de 2005, T-338 de 2004.

54 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-229 de 1997, SU-062 de 1999, T-429 de 2002 y T-020 de 2003.

55 Sentencia T-474 de 2010.

56 Esta tesis ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-395 de 2008, T-580 de 2006, T-473 de 2006, y T-517 de 2006.

57 Por ejemplo, T-121 de 2015, T-716 de 2011, T-474 de 2010, T-707 de 2009.

58 Al respecto, el inciso primero del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 —este último modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003— dispone que: “[s]erán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: 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”.

59 Cfr. Artículo 91 del Decreto 1295 de 1994. Modificado por el Decreto 2150 de 1995, artículo 115: “Sanciones. Le corresponde a los directores regionales y seccionales del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social imponer las sanciones establecidas a continuación, frente a las cuales opera el recurso de apelación ante el Director Técnico de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. / (Inciso adicionado por la Ley 1562 de 2012), artículo 13. En caso de accidente que ocasione la muerte del trabajador donde se demuestre el incumplimiento de las normas de salud ocupacional, el Ministerio de Trabajo impondrá multa no inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes destinados al Fondo de Riesgos Laborales; en caso de reincidencia por incumplimiento de los correctivos de promoción y prevención formulados por la Entidad Administradora de Riesgos Laborales o el Ministerio de Trabajo una vez verificadas las circunstancias, se podrá ordenar la suspensión de actividades o cierre definitivo de la empresa por parte de las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo, garantizando siempre el debido proceso. / (Inciso adicionado por la Ley 1562 de 2012, artículo 13). El Ministerio de Trabajo reglamentará dentro de un plazo no mayor a un (1) año contado a partir de la expedición de la presente ley, los criterios de graduación de las multas a que se refiere el presente artículo y las garantías que se deben respetar para el debido proceso. / a) Para el empleador. 1. El incumplimiento de la afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales, le acarreará a los empleadores y responsables de la cotización, además de las sanciones previstas por el Código Sustantivo del Trabajo, la legislación laboral vigente y la ley 100 de 1993, o normas que la modifiquen, incorporen o reglamenten, la obligación de reconocer y pagar al trabajador las prestaciones consagradas en el presente Decreto./ La no afiliación y el no pago de dos o más períodos mensuales de cotizaciones, le acarreará al empleador multas sucesivas mensuales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).”.

60 Sentencias T-524 de 2016, T-185 de 2016, T-524 de 2016, T-335 de 2015, T-656 de 2014, T-389 de 2013, T-935 de 2012, T-475 de 2011 y T-721 de 2009, entre otras.

61 Art. 1. CST.

62 Se estudió la demanda contra el artículo 3º parcial en la cual el actor afirmaba que “se desconoce el artículo 2 constitucional, toda vez que ‘...al imponer la obligatoriedad a los trabajadores independientes de afiliarse al sistema general de pensiones, para el caso de los contratos de prestación de servicios o cualquier modalidad que se adopte, contraría los fines esenciales del Estado de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en cuanto con una norma aplicable exclusivamente a un sector de la población, se pretende obligar a otro sector, limitándolo e imponiéndole cargas al cien por ciento...”

63 Sentencia T-185 de 2016.

64 Sobre la procedencia para la defensa de los derechos fundamentales de personas con VIH y para lograr el reconocimiento de la prestación pensional, ver sentencias : T-356 de 2016, T-412 de 2016, T-040 de 2015, T-348 de 2015, T-681 de 2015, T-716 de 2015, T-068 de 2014, T-158 de 2014, T-229 de 2014, T-027 de 2013, T-142 de 2013, T-481 de 2013, T-486 de 2013, T-551 de 2013, T-627 de 2013, T-697 de 2013, T-886 de 2013, T-893 de 2013, T-138 de 2012, T-262 de 2012, T-036 de 2011, T-838 de 2011, T-885 de 2011, T-509 de 2010.

65 Sentencias T-343 de 2016, T-356 de 2016, T-412 de 2016, T-513 de 2015, T-681 de 2015, T-348 de 2015, T-040 de 2015, T-348 de 2015, T-681 de 2015, T-716 de 2015, T-327 de 2014, T-068 de 2014, T-158 de 2014, T-229 de 2014, T-146 de 2013, T-027 de 2013, T-142 de 2013, T-481 de 2013, T-486 de 2013, T-551 de 2013, T-627 de 2013, T-697 de 2013, T-886 de 2013, T-893 de 2013, T-138 de 2012, T-262 de 2012, T-036 de 2011, T-838 de 2011, T-885 de 2011, T-509 de 2010, entre otras.

66 En este sentido, ver sentencias T-461 de 2015, T-530 de 2005 y T-518 de 2008.

67 Sentencia T-335 de 2015.

68 Sentencia T-695 de 2014.

70 Sentencia T-225 de 1993. La línea de orientación vertida en dicha providencia, ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras, en las Sentencias SU-086 de 1999, T-789 de 2000, SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-882 de 2002 y T-922 de 2002 y SU-695 de 2014.

71 Cfr. Sentencias T-322 de 2016, T-014 de 2015 y T-893 de 2008.

72 Véanse también las sentencias T-347 de 2016, SU-394 de 2016, T-544 de 2013, T-424 de 2011, T-177 de 2011 T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-1062 de 2001, SU-1052 de 2000, entre otras.

73 Sentencia T-505 de 1992.

74 Por ejemplo, sentencias T-412 de 2016, T-348 de 2015, T-025 de 2011, T-323 de 2011, T-490 de 2010, T-273 de 2009, T-295 de 2008, T-916 de 2006.

75 Sentencia T-408 de 2015. Esta idea ha sido desarrollada también en sentencias T-513 de 2015, T-327 de 2014.

76 Sentencias T-102 de 2016 y T-267 de 2016, T-490 de 2010 y T- 295 de 2008, entre otras.

77 Sentencia T-461 de 2015. Sobre estos temas se pueden consultar las sentencias T-986 de 2012, T-295 de 2008 T-469 de 2004, T-843 de 2004 y SU-256 de 1996.

78 Sentencia SU-130 de 2013.

79 Ver sentencias T-681 de 2015, T-520 de 2015, T-628 de 2012, T-550 de 2008.

80 Sentencias T-513 de 2015, T- 461 de 2015, T-690 de 2015, T-986 de 2012, T-025 de 2011, T-864 de 2011, T-490 de 2010, T-554 de 2010, T-898 de 2010, T-273 de 2009, T-703 de 2009, T-273 de 2009, T- 295 de 2008, T-238 de 2008, T-295 de 2008, T-992 de 2007, T-916 de 2006, T-519 de 2003, T-323 de 2001, entre otras.

81 Sentencias T-677 de 2014, T 376 de 2013, T-628 de 2012, T-898 de 2010, T-490 de 2010, T-273 de 2009, T-238 de 2008, T-992 de 2007, T-1219 de 2005, T-1218 de 2005, T-519 de 2003.

82 Sentencias T-513 de 2015, T-461 de 2015, T-447 de 2013, T-025 de 2011, T-490 de 2010, T-273 de 2009, T-826 de 1999, SU-256 de 1996, entre otras.

83 Cfr. Sentencias T-185 de 2016, T-335 de 2015, T-782 de 2014, T-656 de 2014, T-389 de 2013, T-935 de 2012, T-475 de 2011, T-814 de 2011, y T-721 de 2009, entre otras.

84 Sentencia T-475 de 2011.

85 Art. 1º CST.

86 Inicialmente prevista por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, posteriormente modificado por el artículo 38 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

87 Artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que modificó el artículo 267 del CST: “ 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”

88 La necesidad de garantizar la vinculación a los sistemas de pensiones y riesgos laborales de aquellas personas dependientes que perciben ingresos inferiores al salario mínimo legal, se erige en el artículo 6° de la Ley 100 de 1993.

89 Resolvió una tutela contra providencias judiciales que habían negado el reconocimiento y pago de la pensión sanción incurriendo en un defecto sustantivo por no aplicar el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pese a ser una norma válida constitucionalmente (la Corte la declaró exequible en sentencias C-664 de 1996 y C-891ª de 2006) y, además, eficaz porque puede producir efectos jurídicos, ahora es necesario averiguar si debía aplicarse al caso concreto, pese a lo cual los jueces ordinarios no lo hicieron. Se constató que al aplicar dicha norma, debía deducirse que el demandante tenía el derecho a que se le reconozca y pague la pensión sanción allí prevista, por cuanto: i) el trabajador oficial laboró por más de 15 años (realmente trabajó (16 años y 257 días), ii) a la fecha del despido contaba con más de 50 años de edad (tenía 57 años) y, iii) fue despedido sin justa causa. Igualmente, advirtió que la sola afiliación al sistema de seguridad social en pensiones no exoneró al empleador del pago de la pensión restringida de jubilación que, conforme se explicó en esta providencia, tiene como finalidad proteger al trabajador en su ancianidad. Por tanto, concluyó que la afiliación tardía negó la posibilidad de acceder a la pensión de vejez a pesar de haber laborado al servicio demandado por casi 17 años, por lo que ordenó a las autoridades judiciales proferir nuevos fallos reconociendo la prestación a cargo del empleador.

90 En esa oportunidad, la Sala Quinta de Revisión, estudió el caso de una empleada doméstica que padecía de leucemia, a quién nunca se afilió y pagó los respectivos aportes al sistema general de seguridad social. Dado que se encontró que había asuntos que debían ser definidos por la justicia ordinaria y que la empleadora había muerto, se impuso la obligación de un pago mensual a la masa sucesoral dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, y hasta cuando exista un pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria, que defina los derechos laborales de la tutelante, en aras de garantizar el mínimo vital de la actora. Así mismo, ordenó: (i) a la demandante iniciar ante la justicia laboral ordinaria el correspondiente proceso tendiente a definir si le asiste o no derecho al reconocimiento de

salarios y prestaciones sociales de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del fallo; (ii) al juez de primera instancia verificar el cumplimiento de la anterior orden; y (iii) a la Defensoría del Pueblo, localizar e intentar un acercamiento con la demandante para prestarle toda la asistencia jurídica y legal necesaria para iniciar y llevar a término el proceso laboral.

91 Sentencia T-323 de 2016. En esa ocasión, la Corte negó el amparo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del tutelante que pidió que se le reconociera la pensión sanción por la presunta omisión de la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones durante todo el tiempo en que estuvo vinculado laboralmente, en razón a que no estaban acreditados la totalidad de los presupuestos normativos. Se determinó la falta de inmediatez y de subsidiariedad, y aun así respecto del análisis de fondo se desacreditó que las fotografías aportadas demostraran la existencia del vínculo laboral porque no era claro que se tratara de un uniforme de la empresa demandada, un documento de reconocimiento de su labor por 10 años fue desvalorado por no estar firmado ni tener sello alguno el a empresa, y la empresa efectuó cotizaciones según el reporte de semanas cotizadas del fondo de pensiones.

92 La Sala reitera de manera integral las consideraciones sobre la materia, expuestas por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-651 de 2016.

93 “-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.” Declarado exequible por la Sentencia C-589 de 2012.

94 “Estado de invalidez. Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación./ En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6o. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de

honorarios y demás gastos que se ocasionen. /El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.”

95 “El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: // 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.⁹⁵ // 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. (Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-428 de 2009, salvo el aparte subrayado que fue declarado inexecutable en la misma sentencia, providencia confirmada en la Sentencia C-727 de 2009.) // Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. // Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.” (Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-727 de 2009. En esa oportunidad se sostuvo que “Teniendo en cuenta que el parágrafo [2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003] establece una condición más beneficiosa que la planteada en los numerales 1 y 2, tal como quedaron después de la sentencia C-428 de 2009, en la medida que para quienes hayan alcanzado el nivel de cotización señalado en el parágrafo, esto es, 75% del total de semanas que se requieren para adquirir la pensión de vejez, la exigencia de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, baja a 25 semanas. No observa la Corte que tal requerimiento constituya un retroceso en el nivel de protección alcanzado.).

96 Sentencia T-175 de 2014.

97 En este mismo sentido, ver la sentencia T- 273 de 2015.

98 La Sala reitera de manera integral las consideraciones sobre la materia, expuestas por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-651 de 2016.

99 Sentencia T-730 de 2012.

100 Arts. 42 y 43 de la Ley 100 de 1993.

101 “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”. En su artículo 3 se define la fecha de estructuración de la invalidez como “la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional./ Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”.

102 Este Tribunal Constitucional lo explicó en Sentencia T-885 de 2011 en los siguientes términos: “Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o

la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

103 Sentencias T-485 de 2014, T-163 de 2011, T-885 de 2011 y T-710 de 2009.

104 En la sentencia T-561 de 2010, la Corte otorgó la pensión de invalidez a una persona con una enfermedad degenerativa, porque cumplió con los requisitos de la pensión de invalidez a una fecha próxima al momento en el que solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez. Esta decisión, desechó el argumento que la accionante no cumplía con las semanas cotizadas para la fecha de estructuración señalada retroactivamente por la calificación. El fundamento de esta decisión fue que el estado de invalidez en los casos de enfermedades degenerativas se consolida cuando “la persona ve drásticamente disminuidas sus destrezas físicas y mentales, lo que le impide desarrollar cualquier actividad laboral económicamente productiva”. Por lo tanto, “salvo que exista una prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fijación de la fecha de una persona suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones de más mientras se produce tal calificación.”

105 En sentencia T-163 de 2011, la Sala Primera de Revisión realizó un análisis jurisprudencial en el que constató que la fecha de estructuración de invalidez de una persona que sufre de una enfermedad degenerativa corresponde a la fecha en que “el actor tuvo que dejar de trabajar, y ordenó a la administradora de fondos de pensiones accionada que reconociera y pagara la pensión de invalidez del actor”. Puntualmente, en este caso la Corte tuvo como fecha de estructuración de invalidez la fecha de la solicitud de calificación, toda vez que según los hechos del caso la solicitud se presentó sólo en el momento en el que el estado de salud impedía toda actividad laboral.

106 En sentencia T-485 de 2014, la Sala Quinta analizó la negativa de Colpensiones respecto de la pensión de invalidez a pesar de que la peticionaria sufría una enfermedad de carácter degenerativo y haber efectuado aportes al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración retroactiva. En esa oportunidad, se consideró que quien padece una

enfermedad degenerativa puede continuar trabajando y cotizando al sistema de seguridad social hasta que se le imposibilite desempeñar sus labores y cotizar al sistema. Por lo tanto, señala que “en este evento debe entenderse la fecha de estructuración desde el momento en que efectivamente no pudo seguir trabajando, y no en la fecha en que fue detectada la enfermedad”.

107 En este caso la Corte amparó los derechos fundamentales de la peticionaria a quien no le habían reconocido la pensión de invalidez del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, bajo el argumento que no había cotizado 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tomando en cuenta la fecha retroactiva (22 de noviembre de 2008) fijada por la calificadora el 30 de diciembre de 2009, cuando sólo había aportado 28.26 semanas. La Corte desestimó lo dicho y tomó como fecha de estructuración el día de la solicitud de la pensión para evaluar los demás requisitos.

108 La accionante fue diagnosticada con una enfermedad denominada toxoplasmosis congénita, cuyo efecto principal es el deterioro progresivo de la visión. Por ello, tuvo que retirarse de su último empleo y, ante la imposibilidad de continuar trabajando, el 27 de julio de 2011 solicitó la pensión de invalidez al fondo de pensión privado. Mediante dictamen del 7 de marzo de 2012, fue calificada con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 53.15%, con fecha de estructuración la fecha de su nacimiento. Con base en lo anterior, la entidad accionada negó la petición y fundamentó su decisión en que el hecho que el estado de invalidez era anterior a la afiliación, el 26 de julio de 2004. La decisión en sede de revisión se consideró (i) que la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve materialmente disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva; y, (ii) que cuando se trata de una persona con una enfermedad degenerativa a quien se le fijo fecha retroactiva con base en el momento en que se dictaminó por primera vez la enfermedad, sin tener en cuenta que esa persona ha conservado su capacidad laboral y ha aportado al sistema luego de ese momento, y que esa decisión hace que a esa persona le sea imposible cumplir con los requisitos legales para pensionarse, el juez de constitucionalidad debe tutelar el derecho a la seguridad social estableciendo la fecha de estructuración a partir del momento en que la persona perdió efectivamente su capacidad laboral. Con base en lo anterior, la Sala de Revisión definió que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la

peticionaria fue el 27 de julio de 2011, fecha en que la solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez “ante la imposibilidad de continuar laborando”.

109 Sentencias T-356 de 2016, T-068 de 2014, T-146 de 2013, T-138 de 2012, T-710 de 2009, T-550 de 2008, T-628 de 2007, T-699A de 2007.

111 Artículo 53. “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Subrayas fuera del texto original).”

112 Modificado por la Ley 50 de 1990, artículo 1º. Elementos esenciales. 1º) Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: 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. 2) Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

113 Sentencia C-614 de 2009.

114 Sentencia T-750 de 2014 y T-345 de 2015, por ejemplo.

115 Artículo 24.-Modificado. Ley 50 de 1990, Artículo 2º. Presunción. “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

116 Sentencia T-040 de 2016.

117 En este sentido, por ejemplo, en sentencia T-503 de 2015, respecto del ámbito de aplicación de este principio se fijó que “Si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo, así dicha relación se haya conformado, por ejemplo, bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. El principio de la primacía de la realidad sobre las formas también es aplicable a aquellos contratos laborales que por su naturaleza no pueden ser renovados de manera indefinida por parte del empleador, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, que se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados”.

118 Sentencias T-426 de 2016, T-935 de 2012, T-556 de 2011, T-903 de 2010, T-1109 de 2005, entre otras.

119 Fl. 27 del expediente.

120 Según certificado laboral expedido por el gerente general de “Comidas Rápidas” la relación habría iniciado el 4 de abril de 2002 (Fl. 298 del expediente).

121 Fls. 277-278.

122 Según la contestación de “Alberto”, en calidad de persona natural y de representante legal de “Comidas Rápidas”, así como de la declaración de parte del demandante.

123 Según las afirmaciones contenidas en la demanda de tutela, en las declaraciones de “Juan” y de “Alberto”. Esto se encuentra respaldado por la aseveración de que este último

era la persona encargada del manejo del personal (fl. 294).

124 CD visible a folio 266.

125 fls. 177-190

126 fls. 27-36.

127 Fl. 27 del expediente.

128 Cfr. Folio 21 del expediente.

129 Fl. 377.

130 En la declaración del 10 de marzo de 2017, el demandante afirma ser huérfano y no tener apoyo familiar (Fl. 266)

131 Fl. 37, cuaderno 1.

132 Fl. 42 del expediente.

133 Sobre esto puntualizan: “conforme se prueba con las declaraciones que estamos anexando, las labores que desempeñaba a título personal el accionante eran las de comprar licor en las cigarrerías cercanas a nuestro negocio para venderlo a sus clientes que llegaban en la zona y así aprovechaba y de vez en cuando colaboraba con algún pedido”. Fl. 44 del expediente.

134 Fl. 122 del expediente.

135 El primero sostuvo en su declaración extra judicial que era compañero de trabajo del demandante en “Comidas Rápidas” mientras que el segundo así lo manifestó ante esta Corporación, en escrito conjunto con este y otros.

136 Fls. 277-278.

137 Estos sostuvieron en sus declaraciones extra judiciales que eran compañeros de trabajo del demandante en “Comidas Rápidas”.

138 Fl.266 del expediente.

139 Fl.266 del expediente.

140 Se evidenció en la contestación de los demandados, así como del representante legal de “AA” el actor era fue ajeno a la actividad del negocio “Comidas Rápidas”, puesto que de manera ocasional prestaba sus servicios.

141 Folio 173 del expediente.

142 Cfr. Sentencia T-513 de 1993.

143 Ver acápite considerativos No. 7.2.2 a 7.3.3.

144 Folios 48 y 49 del expediente.

145 Sentencia T-185 de 2016.

146 El liquidador de la sociedad es “Alberto”, por nombramiento efectuado por el acta Núm. 2176 del 2 de diciembre de 2015, inscrita ante cámara de Comercio hasta el 16 de febrero de 2016, bajo el número 0261285 del Libro IX. Según Registro Único Empresarial y Social, consultado el 21 de marzo de 2017. Al respecto, el artículo 255 del Código de Comercio prescribe que “los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes”.

148 Decreto Número 780 de 2016, modificado por los arts. 1,2 del Decreto 1370 de 2016. Artículo 2.1.1.10 “Deberes de las personas. Son deberes de las personas en relación con el Sistema General de la Seguridad Social en Salud los establecidos en los artículos 160 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 1751 de 2015, en especial los referidos al suministro de información veraz, clara, completa, suficiente y oportuna sobre su identificación, novedades, estado de salud e ingresos; al pago de las cotizaciones y pagos moderadores que se establezcan en el Sistema, de acuerdo con su capacidad de pago; al ejercicio de su actuaciones de buena fe; y al cumplimiento de las normas, reglamentos e instrucciones del Sistema”.