

Sentencia T-935/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que aunque no existe término expreso de caducidad para la acción de tutela, la inmediatez en su interposición sí constituye un requisito de procedibilidad de la acción, pues ésta debe ser intentada dentro de un plazo razonable y oportuno, lo cual es coherente con el fin de la acción de tutela y la urgencia manifiesta de proteger el derecho fundamental conculcado.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Sobre la imperiosa necesidad de la actuación del juez de tutela, a fin de hacer cesar una situación que afecta derechos fundamentales, cuando se trata de reconocimientos pensionales, la Corte ha establecido que es procedente conceder el amparo, como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la jurisprudencia ha precisado, que puede utilizarse como mecanismo definitivo, en aras de brindar una protección eficaz, atendiendo las condiciones especiales del caso en concreto.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Procedencia excepcional de tutela

El reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela se torna improcedente, en principio, pues el ordenamiento jurídico dispone de procedimientos judiciales específicos para la solución de conflictos de esa naturaleza ante la justicia ordinaria. No obstante, la regla general de improcedencia se exceptúa en específicas ocasiones, entre éstas, si hay fundadas razones para pensar que el no reconocimiento de la pensión por esta vía pueda generar un perjuicio irremediable, se afecten derechos fundamentales como la vida digna y el mínimo vital, si el beneficiario del régimen pensional es un sujeto de especial protección, y, cuando el derecho reclamado se denegó de manera caprichosa o arbitraria.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL-Se debe probar así sea de forma sumaria la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia del medio ordinario de defensa para su

procedencia

La naturaleza de la acción de tutela exige que su procedibilidad esté supeditada al virtual acaecimiento de un perjuicio de tal certeza, inminencia y gravedad, que demande la intervención del juez constitucional, porque el recurso ordinario existente carece de eficacia e idoneidad, tal y como ocurre en el caso concreto.

AFECTACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA POR EL NO RECONOCIMIENTO DE LA PENSION

La pensión de vejez se convierte en el sustento de todas las personas, quienes después de haber terminado su etapa productiva y haber cumplido ciertos requisitos legales, ya no participan de la vida laboral. Correlativamente, el no reconocimiento de la pensión, más aún, injustificadamente, cuando ésta es el único medio de subsistencia, afecta la garantía al mínimo vital. De la mano con la trasgresión al mínimo vital, el no reconocimiento de la pensión de vejez, afecta el derecho fundamental a la dignidad humana, cuando las personas en razón de su edad, no están en condiciones para hacer frente a circunstancias que les impiden el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

ADULTO MAYOR-Sujeto de especial protección constitucional

Se ha dicho por la Corte, respecto de la protección constitucional especial a los adultos mayores, que “aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo” sus facultades físicas pueden verse disminuidas, dejándolos incluso en circunstancias de especial vulnerabilidad. Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora.

PENSION SANCION-Requisitos

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO DEFINITIVO-Orden a particular proceder a afiliar al accionante a una EPS, pagando los aportes de ley correspondientes y pagar pensión sanción

Referencia: expediente T- 3.556.201

Acción de tutela instaurada por Ernesto Potes Bolívar en contra de Camilo Antonio Sarria Zúñiga.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó Cauca, el 4 de mayo de 2012, y el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, el 14 junio de 2012, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos y la demanda

El señor Ernesto Potes Bolívar, mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y subsistencia digna, respeto a la dignidad humana, protección judicial de los derechos laborales de las personas de la tercera edad disminuidos físicamente, justicia y solidaridad de las personas; con base en los siguientes hechos:

1.1. El señor Ernesto Potes Bolívar es una persona de la tercera edad, en la actualidad tiene 87 años.

1.2. Manifiesta la apoderada judicial, que su procurado vive en la indigencia y de la caridad de los habitantes del corregimiento de Tunía, municipio de Piendamó. No tiene vivienda, muebles o enseres, transcurre su diario vivir en condiciones infrahumanas, y, carece de cualquier fuente de recursos para atender sus necesidades básicas y las de su esposa.

Tampoco recibe ayuda de sus hijos, quienes al igual que él, viven en extrema pobreza.

1.3. Sostiene la actora, que el señor Ernesto Potes Bolívar, se encuentra gravemente enfermo, padece múltiples patologías, como artrosis bilateral de rodilla, hipoacusia, cefalia, cervicalgia, hipertensión arterial, úlcera gástrica astral, gastritis crónica atrófica multifocal, hipoquinecia septal HVI FE 60%, dolor precordial intenso tipo punzada, insuficiencia cardiaca congestiva, entre otros. Informa que a la fecha, ha padecido cinco infartos y la artrosis bilateral de rodilla le dificulta su locomoción.

1.4. Indica que el actor requiere ayuda para su desplazamiento y para realizar su higiene personal, pero no hay quien lo asista.

1.5. Que a pesar de las múltiples patologías, solo es atendido en la unidad de urgencias, cuando su enfermedad coronaria presenta un cuadro crónico casi con riesgo vital, pero para las demás enfermedades, no recibe tratamiento.

1.6. Las remisiones del señor Ernesto Potes Bolívar, desde el puesto de salud del corregimiento de Tunía al municipio de Piendamó y de ahí a las Urgencias de la Clínica La Estancia S.A. de Popayán, han estado a cargo de las almas caritativas, igualmente pobres de Tunía, quienes hacen colectas para pagar sus exámenes y medicamentos, así como la alimentación, habitación y transportes, no solo de él, sino también de su acompañante. Afirmó la abogada.

1.7. Declaró que el actor prestó sus servicios personales como administrador de la Finca La Heredad, ubicada en la vereda Bellavista del corregimiento de Tunía, municipio de Piendamó Cauca, por 27 años, y trabajó para el abogado jubilado, Camilo Antonio Sarria Zúñiga, quien lo despidió injustamente, hace aproximadamente 8 años y quien nunca lo afilió al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales. Como sustento de tal dicho, aportó las declaraciones extrajudio de Hernando Cabrera Garzón, Edgar Henry Fajardo Girón y Víctor León Narváez Zea.

1.8. Indica que el señor Camilo Antonio, se ha negado a reconocerle la pensión sanción a su prohijado, lo mismo que afiliarlo a una EPS. Que resultó humillante para el anciano

demandante, cuando el hoy accionado le envió la suma de \$500,00 pesos, como colaboración para contribuir con los viáticos del pasaje, a fin de atender una cita con un cardiólogo en la ciudad de Popayán.

1.9. Aclara la apoderada judicial, que ella actúa en nombre del señor Ernesto Potes, porque los moradores del corregimiento de Tunía, acudieron indignados a solicitarle que defendiera sus derechos.

1.10. Insiste que su procurado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, para que se otorgue en su favor la pensión sanción, tal y como lo ha reconocido, en otros casos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por lo anterior, eleva las siguientes peticiones:

1.10.1. Tutelar los derechos fundamentales enunciados, a favor del señor Ernesto Potes Bolívar, los que están siendo vulnerados por el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, por haber omitido afiliarlo al sistema general de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales.

1.10.2. Ordenar al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, dentro del término improrrogable de 24 horas, o en el que se estime pertinente, pagar a favor del señor Ernesto Potes Bolívar la pensión sanción, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente en Colombia.

1.10.3. Ordenar al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, dentro del término improrrogable de 24 horas, o en el que se estime pertinente, pagar a favor del señor Ernesto Potes Bolívar, el retroactivo pensional, desde que el accionante cumplió 55 años de edad.

1.10.4. Ordenar al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, que pague a favor del señor Ernesto Potes Bolívar, la pensión sanción, con el incremento anual que el gobierno ordena para el salario mínimo legal mensual vigente.

1.10.5. Ordenar al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, que pague a favor del señor Ernesto Potes Bolívar, la pensión sanción, mediante consignación a nombre del accionante, dentro de los 5 primeros días hábiles de cada mes, en la cuenta de la cual es titular el Juzgado Promiscuo municipal de Piendamó, ante el Banco Agrario.

1.10.6. Ordenar al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, dentro del término improrrogable de 24 horas, o en el que se estime pertinente, afilar al señor Ernesto Potes Bolívar, a una EPS que preste servicios en el municipio de Piendamó.

2. Actuaciones judiciales surtidas en primera instancia

El 24 de abril de 2012, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó, admitió la acción de tutela del señor Ernesto Potes Bolívar contra el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga y ordenó notificar a las partes.

En audiencias del 27 y 30 de abril de 2012, se recibieron, ampliación de la acción de tutela por parte del señor Ernesto Potes Bolívar y declaración juramentada del señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, respectivamente.

Igualmente, recibió el a quo, la declaración de Bertulfo Hernández Calambas, testigo del tutelado, el 30 de abril de 2012.

3. Respuesta del accionado

El señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, actuando en nombre propio, contestó la acción de tutela, manifestando lo siguiente:

3.1. Dice que no es cierto que el señor Ernesto Potes Bolívar haya trabajado a su servicio, como mayordomo, 27 años continuos; entre otras cosas, porque en esa región los trabajadores no estilan prestar sus servicios ni sábados ni domingos.

3.2. Acepta que si bien, él laboró en su finca, lo hizo de forma interrumpida, pues asimismo trabajó para la finca del señor Francisco Bifolco, ubicada en la vereda Vivas Balcazar del corregimiento de Tunía, como también, en la finca del señor Ernesto N., localizada en la vereda el Pital, municipio de Santander de Quilichao, igualmente en la vereda el Túnel del municipio de Cajibío y en el municipio de Morales en una finca ganadera; de igual forma, en una finca del señor Buriticá, hermano del señor Benur Buriticá, en la crianza de pollos.

3.3. Expone el señor Camilo Antonio, que tiene conocimiento, de que el señor Jaime Esquivel trasladó de Cali a Tunía al accionado, para que prestara sus servicios en una fábrica de escobas y traperos. Finalmente informa el señor Sarria Zúñiga, que el señor Potes, trabajó a

órdenes de una abogada que tiene una casa finca en el corregimiento de Tunía, fuera de que por mucho tiempo montó y manejó un negocio de cantina y juego de sapo, por la vía que conduce al Instituto Técnico de Tunía, en un lote de propiedad de la esposa del señor Jairo Orozco.

3.4. Según cuenta, en las épocas en las que el señor Ernesto Potes Bolívar dejaba su trabajo en la finca de su propiedad, estaban a sus órdenes los señores Donasiano Bravo, Noe Cobo y Bertulfo Hernández, de quienes pidió sus testimonios.

3.5. Expone que nunca despidió al señor Potes Bolívar. Lo que sucedió fue que el accionante tenía un hijo llamado Víctor, quien después de prestar servicio militar, aparentemente fue condenado a dos años de cárcel, por haber sido encontrado culpable de la comisión del delito de hurto. Luego de un tiempo, el señor Potes Bolívar le pidió dinero prestado para pagar la fianza que ascendía a la suma de \$ 60.000.,00 pesos. Fue así como el señor Sarria, le dio \$100.000,00 para pagar la fianza, de los cuales \$20.000,00 eran para Víctor y \$10.000,00 para los pasajes de ida y vuelta a Popayán del hoy actor. Dijo el accionado haberle advertido al señor Potes, que no llevara a Víctor a su casa, pues no quería que se convirtiera en el sitio en el que Víctor, guardara probablemente, cosas hurtadas.

3.6. Relata el señor Sarria Zúñiga, que viajaba cada ocho días de Cali a Tunía, cuando en una de sus idas se encontró en su casa a una señora y a unos niños, al preguntarle a Dioselina la esposa del señor Potes Bolívar, quiénes eran, ella respondió que eran la señora de Víctor y sus hijos. Entonces, el señor Camilo Antonio, dio la orden de que salieran de su propiedad, Víctor, su esposa e hijos. A causa de esto, el señor Ernesto Potes se disgustó y dijo que él no trabajaría en un sitio donde no pudieran vivir sus hijos y manifestó que en un plazo de 15 días abandonaría la Finca. Fue así como el hoy actor, se fue de su casa voluntariamente, sin que él lo despidiera. Lamentablemente, a los dos o tres meses le comentó llorando el accionante, que a su hijo Víctor lo habían asesinado en el barrio Siloe de la ciudad de Cali.

3.7. Niega haber enviado alguna vez al actor colaboración por \$500,00 pesos. Dice que sus donaciones oscilaban entre los \$5.000, 00 y los \$20.000,00 pesos.

3.8. Acepta no haber afiliado al señor Potes Bolívar al sistema integral de seguridad social, en su decir, porque el accionante al conocer que de su sueldo debía hacer una pequeña contribución para el pago de sus aportes, se negó, aduciendo que “no le regalaría ningún

peso al gobierno y no necesitaba de tales servicios". En todo caso, sostiene que siempre canceló el salario mínimo legal mensual vigente y no adeuda ninguna prestación social al hoy accionante, porque siempre lo liquidaba como correspondía.

3.9. Según relata, el señor Ernesto está afiliado al régimen subsidiado de seguridad social en salud, y recibe una cuota mensual que el Estado le da a las personas de la tercera edad.

3.10. Solicita no se acceda a lo pedido en la acción constitucional, pues la misma se fundamenta en hechos, testimonios y pruebas falsas, por lo que, denunciará penalmente a los testigos del señor Potes Bolívar por falso testimonio.

3.11. Arguye que la acción es improcedente, en atención a que el accionante tiene un medio de defensa judicial ordinario, el cual es el proceso laboral, que debe adelantarse ante el único juez competente para resolver de fondo lo solicitado en la acción de amparo. Reitera que el accionante nunca trabajó 27 años continuos a su servicio, ni los años que la ley establece para adquirir el beneficio por él solicitado, y, que nunca lo despidió, por el contrario, él dejó su trabajo voluntariamente.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

4.1. Certificado de bautismo del señor Ernesto Potes Bolívar¹.

4.2. Declaraciones juramentadas ante notario con fines extraprocesales, rendidas por los señores Hernando Cabrera Garzón, Edgar Henry Fajardo Girón y Víctor León Narváez Zea, residentes todos en el corregimiento de Tunía².

4.2.1. Los señores Cabrera Garzón y Fajardo Rincón, coinciden en señalar que conocen hace 40 años al señor Ernesto Potes Bolívar, por lo que saben y les consta que laboró por más de 27 años como administrador de la finca La Heredad, ubicada en la vereda Bellavista del corregimiento de Tunía, propiedad del señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga. A pesar de que no existió contrato por escrito, el señor Ernesto Potes, trabajó de domingo a domingo, y el señor Sarria Zúñiga solo le canceló el salario mínimo legal mensual vigente para la época, pero no lo afilió al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, ni le pagó vacaciones. Deponen que el señor Potes Bolívar fue despedido por su empleador a causa de las enfermedades por él padecidas, que en la actualidad tiene 873 años, y no posee recursos

para solventar su subsistencia ni la de su esposa, y vive de la caridad de los habitantes del corregimiento de Tunía.

4.2.2. Por su parte, el señor Narvárez Zea, residente también en Tunía, dice que conoce al actor hace aproximadamente 30 años, por lo que sabe y le consta que laboró más de 27 años como administrador de la finca La Heredad, ubicada en la vereda Bellavista del corregimiento de Tunía, propiedad del señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga. Dice que en la actualidad el actor, tiene 87 años, no trabaja, no devenga salario, no recibe ninguna clase de recursos, renta o pensión, por parte de entidad pública o privada, y vive tan solo de la ayuda que le presta la comunidad.

4.3. Historias clínicas en las que se diagnostican algunas de sus enfermedades, como úlcera gástrica astral Forrest, gastritis crónica atrófica multifocal, cardiopatía isquémico hipertensiva, hipertensión crónica, angina de pecho.⁴

4.4. Se aporta un video en C.D., en el cual se ve una pareja de adultos mayores, quienes responden a los nombres de Ernesto Potes Bolívar y su compañera Dioselina Cardona. Manifiestan no tener un hogar, viven últimamente de la caridad pública y en una casa muy humilde que les ha prestado la señora Eva Camayo. El señor Potes Bolívar dice ser huérfano desde muy pequeño y haber trabajado toda su vida como agricultor, para ayudar a sus hermanos⁵.

4.4.1. Dijo que a lo largo de su vida trabajó en varias fincas, en Mondomo, en Morales en ganadería, y con el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, para quien sostuvo, laboró por 37 años, en horarios de 7:00 am a 12:00 pm y de 1:00 pm a 4:00 pm, desempeñando las labores de limpieza, alambrado y haciendo “todo lo que pertenece a una finca”. Allí mismo, prestaba sus servicios la señora Dioselina, quien preparaba los alimentos para ellos dos, del mercado que él mismo compraba, con el salario mínimo -“lo escaseo”- que le pagaba el señor Sarria Zúñiga.

4.4.2. Afirma que el vecindario y el pueblo son testigos de su dicho y de haber sido despedido de su puesto debido a su edad y a sus enfermedades. Informa que ha padecido 5 infartos, casi no se puede mover por sus rodillas, que si bien, el señor Sarria lo liquidaba cada año, nunca le pagó sueldo a la señora Dioselina y a él nunca lo afilió al sistema integral de seguridad social.

4.4.3. Que una vez le pidió colaboración económica a su empleador para ir a Popayán a realizarse exámenes médicos y el señor Sarria Zúñiga le envió \$500,00 pesos.

4.4.4. La vivienda se observa en muy regular estado de conservación, sin servicio de electricidad por la imposibilidad económica para cancelarlo. La cocina es de leña, aparentemente ya restaurada gracias a la colaboración de los vecinos, quienes les regalaron tejas para tapar las goteras, según se informa en el video.

4.5. Ampliación de la acción de tutela rendida el 27 de abril de 2012 por parte del señor Ernesto Potes Bolívar⁶, en la que manifestó lo siguiente:

4.5.1. Nació el 31 de mayo de 1925, tiene 87 años de edad, natural de Trujillo Valle, vive en un “rancho” prestado, estudió hasta 5º de primaria, y solicita se le pague una pensión que ascienda al monto del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que ingresó a trabajar a la finca del señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, el día 20 de abril de 1975.

4.5.2. Al resumir sus labores, expresó: “hacía de todito, manejar ganado, manejar trabajadores, hacer de todo en la finca como mayordomo, y administrar a los trabajadores y estar en la finca, me tocaba limpiar seis lagos, con agua a la cintura y el sol por encima de la pantaloneta, entonces me enfermé y estoy enfermo todavía, mi hija María Gumercinda Potes, es la que actualmente melidea (SIC), me lleva a todos los hospitales, ella como tiene hijos vive cerquita de la casa, a media noche me dan los infartos, ella vive cerquita, cuando me da de todo, tengo dolor en la rodilla, tengo en la cintura, me duele mucho el cerebro (SIC), cuando me duele mucho se me entumece la nuca, mi señora María Dioselina Cardona Quintero hace los oficios de la casa, ella no me cuida porque está lo mismo que yo, ella está alentada en estos momentos, el único inconveniente es la clavícula, tuve que hacerla operar, la llevamos a Popayán, la enyesaron de la cintura para arriba en el hospital San José, no tengo a nadie más que me cuide, trabajé desde el 20 de abril de 1975 hasta hace 8 años que me retiraron, cuando me vio enfermo pasó la señora Olga Llanos, era esposa de Camilo Sarria Zúñiga, ella me dijo vaya donde Camilo y le dice que le (SIC) algo para que vaya al hospital, el me dijo que no tenía plata, mi patrón era el Dr. Camilo Sarria, el es pensionado, el fue fiscal de Cali, entonces me vio enfermo y me dijo usted no va a poder seguir trabajando aquí, me va a tener que desocupar y yo le dije con mucho gusto porque la finca no es mía, me contrato (SIC) así no más”⁷.

4.5.3. Sobre las razones por las cuales se fue de la finca La Heredad, narra lo siguiente: “El contrato fue con palabra nada más, las funciones eran cada ocho días, aclaro todos los días de lunes hasta el sábado, el domingo también trabajaba en el ordeño, de las 7 a las 12 de las 12 a las 5 de la tarde, me pagaba el salario mínimo de ese tiempo, no recuerdo cuanto era, cada año me liquidaba el tiempo, esos sí me pagaba él, ó sea Camilo Sarria, el (SIC) mismo, me pagaba y yo con eso mercaba y atendía mis enfermedades y me decía bueno Ernesto como te parece que te voy a tener que suspender y yo repreguntaba por qué Doctor, que porque no tenía con qué pagarme, que tenía que conseguir otro trabajador, que ya lo tenía listo, y yo me retiré, al otro día le desocupé la finca, me fui para Cali, y le dije que no tenía como moverme, y me dijo que en tal caso tenía que entregarle la finca, me hecho (SIC), me fui para Cali y me puse a vender lotería con mi hermano, entonces él me dijo que fuera a la oficina y que le (SIC) seguía comprando la lotería mejor, duré un mes fuera de la finca, y luego volví a la finca a trabajar, hasta hace 8 años que la desocupé, porque volvió y me dijo otra vez que tenía que desocuparle la casa porque no tenía con qué pagarme”8.

4.5.4. Expuso que nunca tuvo problemas con el señor Sarria Zúñiga siendo administrador de la finca, no necesitó darle órdenes de nada, solo una vez lo mandó a hacer una sementera de 400 palos de café y plátano. Contó que recibió su sueldo cada 8 días y lo liquidaron cada año, pero nunca lo afiliaron al sistema integral de seguridad social. Se considera en situación de indefensión por su edad, pues no posee medios de ingreso y vive de la caridad de sus vecinos.

4.5.5. Expresó que no hay liquidaciones por escrito, pues todo fue verbal. Que alguna vez le dijo a la compañera del señor Camilo Antonio, que sus amigos le aconsejaron demandar a su empleador, y ella le contestó que no perdiera su tiempo, porque no tenían plata, y que el ganado que había en la finca, era apenas suficiente para cubrir los gastos de La Heredad.

4.5.6. Termina explicando que siempre ha vivido de posada, que en la actualidad la señora Camayo le presta su casa, hasta que la venda. No tiene bienes, pide regalado para mantenerse y pagar la luz y el agua, manda a la señora Lola para que le pida dinero al señor Camilo y él no le da nada; sus hijas mujeres son humildes y no tienen cómo colaborarle, a su hijo varón lo asesinaron, su salud la controla por medio de un carné que le dieron hace cuatro años con el cual lo atienden gratis. Señala que la apoderada judicial de la acción de tutela no le cobra un peso y solicita le sea otorgada una pensión, para pasar sus últimos años.

4.7. Carné de Emssanar – Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado. Sobre este carné señala el actor que no le es útil y lo guarda de recuerdo, pues solo lo atienden con el carné especial para adultos mayores¹⁰.

4.8. Declaración rendida por el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga,¹¹ el 30 de abril de 2012, en la cual manifestó tener 81 años de edad, ser natural de Tunía, vivir en la finca La Heredad, ser abogado retirado, y haber ejercido como fiscal y litigante.

4.8.1. Relató que estando de fiscal, el señor Víctor Potes, quien le vendía lotería, le recomendó para trabajar en su finca como mayordomo, a su hermano Ernesto Potes Bolívar. Fue así como el hoy actor empezó a trabajar a sus órdenes en las labores del campo, sembrando plátano y yuca, limpiando potreros y realizando otras actividades.

4.8.2. Según narra, cuando le dijo al señor Ernesto Potes que debía afiliarlo al Seguro Social y que él debía contribuir con una mínima suma para esa afiliación, aquel se negó, diciendo que no le regalaría ni un peso al gobierno y que no utilizaría tales servicios. Luego, llevó a vivir el señor Potes Bolívar a su esposa Dioselina Cardona y a sus hijos (dos niñas y un niño) y les dio posada en su casa paterna, que estaba abandonada.

4.8.3. En su relato reitera, que no recuerda la fecha en la que inició la relación laboral entre él y el actor, tampoco sabe cuántos meses duró la misma, porque el hoy accionante resolvió irse voluntariamente.

4.8.4. Recalca que no puede hacerse él solo responsable de las enfermedades padecidas por el accionante, pues el petente tuvo otros empleadores, como los señores Bifolco, Edgar Correa, Ernesto -de quien no sabe su apellido pero vive en el Pital-, el hermano de Benur Buriticá, quien fue magistrado de la Sala Disciplinaria del Tribunal de Cali y una doctora.

4.8.5. Finaliza diciendo que el señor Potes Bolívar no está en su finca desde hace más de 10 años, que siempre le ha regalado plata a Dioselina Cardona para colaborarle con los tratamientos médicos que requiere Potes Bolívar, quien además tiene un auxilio que recibe por ser de la tercera edad y a quien no le debe un peso, pues siempre le pagaba su salario y lo liquidaba cumplidamente¹².

4.8.6. Aceptó no haber afiliado nunca al señor Ernesto Potes al sistema integral de seguridad

social, porque el actor se negó a que le descontaran el monto con el que por ley debía contribuir. En este sentido, relató: “la seguridad social Ernesto no quiso a pesar de que en debidas ocasiones le insistí de que se afiliara”¹³.

4.8.7. Infirma haber despedido a Ernesto Potes Bolívar a causa de sus enfermedades e injustificadamente, pues salió de La Heredad de forma voluntaria y en perfectas condiciones de salud. Dice no constarle que Ernesto y Dioselina vivan de la caridad pública y enfatiza en que las prestaciones reclamadas por Potes Bolívar están prescritas.

4.9. Declaración rendida el 30 de abril de 2012, por el señor Bertulfo Hernández Calambas, en la que inicia diciendo que conoce al señor Ernesto Potes hace aproximadamente 25 años, puesto que trabajó en la finca de la señora Natividad Zúñiga, madre del accionado, y de ahí se trasladó a la finca del demandado, pero no tiene cuenta exacta de los años en los que prestó sus servicios como mayordomo¹⁴.

4.9.1. Dijo que el señor Potes Bolívar, trabajó en la finca La Heredad primero 3 años, de ahí se fue para la del señor Edgar Correa, en la que duró como 5 años, luego volvió a La Heredad en 1987, donde duró dos años aproximadamente, después se fue a trabajar a la vereda el Pital, donde estuvo hasta el año de 1991 y regresó donde el señor Camilo Antonio, y estuvo 3 años más o menos, hasta el año de 1994, para luego irse a una finca en la Elvira Valle, hasta el año de 1994, donde el señor Hernán Buriticá. Dijo que el señor Potes Bolívar volvía donde el señor Camilo Sarria, cada 4 o 5 meses para realizar trabajos extras.

4.9.2. Menciona que si bien el accionante ha trabajado 30 años en el departamento del Cauca, no han sido continuos en ningún lado. Que hace 8 años no trabaja en La Heredad y entre 1996 y 2004 ha estado en otras fincas, por lo cual el accionado consiguió otros mayordomos, como Jesús Aranda, Eusebio Olivera y Donasiano Bravo. Con este último, empezó a trabajar el señor Hernández Calambas, en el año de 1996 y lleva laborando 16 años para el señor Camilo Sarria.

4.9.3. Según Hernández Calambas, a partir del año de 1996, cuando volvía ocasionalmente el señor Ernesto Potes, se le pagaba el día, de lunes a viernes, conforme lo disponía el salario mínimo de la época. Informa que en ocasiones se le daban al petente, tan solo dos o tres días de trabajo.

4.9.4. Dice que el señor Potes Bolívar trabajó en la finca como mayordomo unos 4 años, luego de retirarse de la finca de la señora Natividad Zúñiga, en donde estuvo desde 1987 a 1991, mas no el tiempo que dice en la acción de tutela. Considera que el accionado no le debe nada al quejoso, pues el señor Sarria Zúñiga acostumbra a liquidar a sus empleados cumplidamente, además, es “buena gente”, pues a pesar de que el señor Potes ya no trabajaba para él, le brindó en ocasiones colaboración para su subsistencia.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Primera Instancia. Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó Cauca

En sentencia del 4 de mayo de 2012, el a quo decidió no tutelar los derechos invocados por el señor Ernesto Potes Bolívar, al encontrar que no existió vulneración de los mismos por parte del demandado Camilo Antonio Sarria Zúñiga.

Luego de hacer un recuento de los hechos en los que funda sus bases la acción de tutela, la contestación de la misma, las declaraciones rendidas por las partes y la presentada por Bertulfo Hernández Calambas; el a quo, se declara competente para resolver de fondo el asunto, delimita las posibilidades de procedencia de la acción de tutela contra particulares, se detiene en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991, para decir que la acción de tutela es improcedente, porque el señor Ernesto Potes Bolívar no se encuentra en una situación de indefensión o subordinación respecto del señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga.

Dijo que no se pudo establecer que la relación laboral que existió entre las partes haya sido de 27 años continuos, por lo cual, no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, para reclamar la pensión sanción, menos aún por la vía constitucional, pues es sabido que la acción de tutela es una instancia célere, que no permite desplegar toda la actividad probatoria necesaria para determinar sin lugar a dudas, la veracidad de lo afirmado por el accionante.

Se detuvo también el a quo para definir, que tampoco se acreditó el requisito de inmediatez por parte del tutelante, es decir, transcurrió un lapso muy prolongado de tiempo, entre que el señor Potes Bolívar es supuestamente despedido injustamente por el señor Sarria Zúñiga, y el primero decide acudir a la instancia de tutela.

Que no se avista un perjuicio irremediable, porque el señor Potes Bolívar está afiliado al sistema de seguridad social en el régimen subsidiado, es beneficiario de la Red de Solidaridad Social, Plan Integral de Atención para Adultos Mayores del Municipio de Piendamó y además cuenta con la colaboración de la comunidad.

Finalmente, consideró que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para acceder al reconocimiento de una pensión sanción y el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, para solicitar lo invocado en la tutela.

5.2. Escrito de impugnación

La apoderada del accionante impugnó la sentencia de primera instancia, indicando que el otro medio de defensa con el que contaría el actor, es el proceso ordinario laboral, el cual, en su sentir, no resulta ser un medio judicial eficiente, en atención a las particulares condiciones que se predicen de su representado, quien es una persona de la tercera edad, que se encuentra en la indigencia y gravemente afectado en su salud.

Asimismo, señaló que se logró demostrar que su poderdante prestó sus servicios al señor Sarria Zúñiga como administrador de la finca La Heredad, que aquel omitió afiliarlo al sistema integral de seguridad social y que fue despedido sin justa causa por parte del empleador.

Dijo que la providencia recurrida desconoce sendas sentencias de la Corte Constitucional que han otorgado la pensión sanción en casos similares. Tacha de sospechoso el testimonio del señor Bertulfo Hernández Calambas, quien en su decir, es un mentiroso compulsivo, ha sido denunciado en la fiscalía por el delito de hurto y se aprendió un “libreto” que le adoctrinó su empleador actual, quien es también su defensor en las causas penales que se siguen en su contra.

5.3.1. Admisión

El fallador de segunda instancia admite la impugnación y corre traslado al accionado Camilo Antonio Sarria Zúñiga de la misma, éste, en su escrito, tacha de falsas las declaraciones extraprocesales presentadas por el señor Potes Bolívar en su acción de tutela, señalando lo

siguiente:

Sobre Henry Fajardo Girón, dice que no puede ser cierto su dicho, porque nunca ha estado en la finca La Heredad, por consiguiente no sabe con certeza quiénes y por cuánto tiempo han sido sus empleados. A Hernando Cabrera Garzón, aparentemente no lo conocen ni los vecinos del barrio Vivas de Balcázar. Respecto de Víctor Narváez Zea, informa que si bien vivió en la casa de sus padres, que luego fue de su propiedad, se jubiló trabajando en el INPEC, prestando sus servicios en la Costa Atlántica, por lo que tampoco le puede constar lo que ha declarado.

Reitera que el señor Potes Bolívar no laboró para él por 27 años, nunca lo despidió y siempre le pagó cumplidamente. Dice que lo liquidaba y tenía documentos por escrito, pero los perdió.

Que es falso lo dicho por la abogada del señor Potes Bolívar respecto del testigo Bertulfo Hernández Calambas, quien no tiene antecedentes penales¹⁵, y que si bien, le da algunos trabajos a él y a su hijo, eso no lo inhabilita para decir la verdad.

5.3.2. Decisión

Mediante providencia del 14 de junio de 2012, el ad quem confirmó el fallo impugnado, al estimar que la falta de soporte probatorio no permitía concluir que el accionado fuera la única persona responsable del pago de la pensión a favor del señor Potes Bolívar, a pesar de que no lo afilió al sistema integral de seguridad social.

Indicó que el accionante es un sujeto de especial protección, razón por la cual se podrían proteger sus derechos mediante acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que dentro del proceso se encuentra probado que el petente prestó sus servicios al señor Camilo Antonio Sarria, por un tiempo indeterminado y, que durante ese lapso, su empleador no cumplió con la obligación de afiliarlo y pagar las cotizaciones correspondientes al sistema integral de seguridad social; pero hace hincapié en que el material probatorio no fue suficiente para establecer, sin lugar a dudas, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 133 de la Ley 100, a fin de otorgar la pensión sanción a favor del tutelante.

Asimismo, señaló, que los demás empleadores del señor Potes Bolívar, al parecer tampoco cumplieron con su obligación de afiliarlo al sistema general de pensiones, situación que igualmente afecta sus derechos y los de su familia.

No comparte la posición del a quo en cuanto al análisis meramente temporal que hace sobre el principio de inmediatez, pues justifica el tiempo que transcurrió, desde el momento en que supuestamente despiden al señor Potes Bolívar, hasta que él interpone la acción de tutela; en motivos como su edad, el posible desconocimiento de sus derechos, su estado de salud y su grado de escolaridad.

No obstante lo anterior, enfatiza que la falta de elementos probatorios, no permiten concluir fehacientemente que la obligación de reconocer y pagar la pensión sanción a favor del accionante, radique únicamente en cabeza del accionado, por lo que desestimó la procedencia de la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del 26 de julio de 2012, proferido por la Sala de Selección Número Siete.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala de Revisión determinar si en el presente caso procede la acción de tutela, para dirimir la controversia surgida de la relación laboral que existió entre el señor Ernesto Potes Bolívar y el accionado Camilo Antonio Sarria Zúñiga, de la cual, el primero pretende derivar el reconocimiento y pago de la pensión sanción, desde que cumplió los 55 años de edad, a cargo del tutelado, quien no lo afilió al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales y lo despidió de manera injusta.

A efectos de resolver la cuestión planteada, es necesario estudiar la viabilidad de la acción de tutela, a la luz del cumplimiento de los requisitos de procedencia de ésta en contra de los particulares y la observancia de los principios de inmediatez y subsidiariedad, para así, determinar si es plausible que el juez constitucional ampare los derechos fundamentales alegados como transgredidos por el actor.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares

La Constitución Política establece en su artículo 86 que toda persona puede promover acción de tutela, cuando considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos definidos en la ley. En relación con este último aspecto, en el inciso final de la disposición constitucional citada, se admite la procedencia de la acción de tutela contra los particulares i) encargados de la prestación de un servicio público, ii) quienes con su actuar afecten de manera grave y directa el interés colectivo, o iii) en aquellos casos en los que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto del particular tutelado.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, en su artículo 42, regula el tema de la tutela contra particulares, reiterando que ésta procede, entre otros casos, cuando el accionante se encuentra “en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción”.

En punto a esta causal de procedencia, la jurisprudencia ha diferenciado entre la situación de subordinación de la de indefensión. Sobre la primera, ha dicho esta Corporación que envuelve una relación de índole jurídica, en virtud de la cual una persona depende de otra.¹⁶ Si bien, en la indefensión también se avista dependencia, ésta obedece a circunstancias de hecho que le imposibilitan a la persona ejercer su defensa. Sobre el particular, esta Corte ha dicho:

“(…) la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad

derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”17.

Como se observa, la principal diferencia entre los escenarios arriba expuestos, radica en el origen mismo de la dependencia entre un particular y otro. De manera que, si la dependencia se sustenta a causa de un título jurídico, estamos ante la subordinación, por el contrario, si ésta pende de una situación de hecho, se puede derivar la existencia de la indefensión. En el presente caso, no se presenta una situación de subordinación entre accionante y accionado, pues si bien hubo una relación laboral, la misma no persiste.

Ahora bien, dado que la indefensión debe ser evaluada en el caso concreto, con base en las circunstancias de hecho que subyacen del mismo, esta Corte ha establecido como subregla, que el juez constitucional es el llamado a dar contenido a este concepto. Partiendo de ello, esta Corporación ha definido líneas de jurisprudencia en donde se ejemplifican algunos casos, en los cuales es dable fijar la existencia de una dependencia de facto, para así, establecer la procedencia de la acción de tutela entre particulares:

“3.4. El estado de indefensión, para efectos de la procedencia de la acción de tutela, debe ser analizado por el juez constitucional atendiendo las circunstancias propias del caso sometido a estudio. No existe definición ni circunstancia única que permita delimitar el contenido de este concepto, pues, como lo ha reconocido la jurisprudencia, éste puede consistir, entre otros en: i) la falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permitan al particular que instaura la acción, contrarrestar los ataques o agravios que, contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción -sentencias T-573 de 1992; 190 de 1994 y 498 de 1994, entre otras-. ii) la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular -sentencias T-605 de 1992; T-036; T-379 de 1995; T-375 de 1996 y T-801 de 1998, entre otras- iii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes v.gr. la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. -sentencias 174 de 1994; T-529 de 1992; T-; T-233 de 1994, T-351 de 1997. iv) El uso de

medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro. v.gr. la publicación de la condición de deudor de una persona por parte de su acreedor en un diario de amplia circulación -sentencia 411 de 1995- la utilización de personas con determinadas características -chepitos, para efectuar el cobro de acreencias -sentencia 412 de 1992-; etc.”

Por lo anterior, la acción de tutela constituye un mecanismo excepcional, idóneo para frenar las trasgresiones de particulares contra personas que, por su condición o limitaciones, en la hipótesis de la indefensión, no cuentan con los recursos físicos o jurídicos eficaces para proteger y hacer respetar sus derechos fundamentales, ante una situación vulneradora, inadmisibles e insoportables.¹⁸

Así las cosas, procede la acción de tutela, en este caso en contra de un particular, respecto de quien el señor Ernesto Potes Bolívar se encuentra en estado de indefensión, dada su avanzada edad, su estado de salud, y su difícil situación económica.

No es de recibo para esta Corporación, el argumento expuesto por el a quo en el sentido de que el accionante no se encuentra en estado de indefensión, porque tiene los carnés del Sisben y de la Red de Solidaridad Social, Plan Integral de Atención para Adultos Mayores y además cuenta con la ayuda de la comunidad; cuando el mismo señor Ernesto Potes manifiesta que el carné de Emssanar no le sirve, y que solo lo atienden con el carné que lo acredita como adulto mayor. Por el contrario, tales circunstancias dan cuenta de la difícil situación por la que atraviesa el actor y su compañera, y de la necesidad de establecer si hay lugar a la protección de su derecho a la pensión, para impedir que siga subsistiendo de la caridad pública, pues no puede parecerle digno al a quo que la esposa del accionante, quien también es una persona de la tercera edad, salga a las calles a pedir dinero prestado o regalado, para atender a su compañero, quien debe vivir de la caridad, porque su antiguo empleador no realizó las cotizaciones al sistema integral de seguridad social, para que luego estuviera amparado su riesgo de vejez.

Efectivamente, el señor Potes Bolívar, prestó sus servicios personales al accionado, y este último no realizó las cotizaciones respectivas para su pensión, por lo cual, en la actualidad vive en la pobreza absoluta y subsiste por la generosidad de las personas del corregimiento

de Tunía, circunstancias éstas que son suficientes para definir que el señor Ernesto Potes Bolívar se encuentra en estado de indefensión por su avanzada edad, deteriorado estado de salud, y por la ausencia total de recursos que le permitan mantenerse por si mismo.

4. La inmediatez. Otro requisito de procedibilidad de la acción de tutela

De la lectura del artículo 86 de la Constitución, se deriva como una de las características y objeto de la tutela, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, siendo por tanto inherente a la acción, la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos¹⁹. Con esta exigencia, se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial, se emplee como una herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica²⁰.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que aunque no existe término expreso de caducidad para la acción de tutela, la inmediatez en su interposición sí constituye un requisito de procedibilidad de la acción, pues ésta debe ser intentada dentro de un plazo razonable y oportuno, lo cual es coherente con el fin de la acción de tutela y la urgencia manifiesta de proteger el derecho fundamental conculcado²¹.

En este orden de ideas, la parte accionante deberá justificar su demora en promover la solicitud de amparo constitucional, y estas razones siempre que se refirieran a circunstancias como la existencia de sucesos de fuerza mayor o caso fortuito, o a la imposibilidad absoluta de la parte afectada de ejercer sus propios derechos – por ejemplo por tratarse de una persona mentalmente discapacitada y en situación de indigencia –, o por la ocurrencia de un hecho nuevo que incida en la inacción²³; podrían ser suficientes para entender justificada la interposición de la tutela fuera de un plazo corto.

En el caso sub iudice, las mismas circunstancias que convierten al señor Ernesto Potes en una persona que se encuentra evidentemente en estado de indefensión, ofrecen las razones para entender el lapso transcurrido entre la fecha en la cual el accionante fue despedido, supuestamente de manera injusta, y la fecha en la que interpone la acción de amparo de la referencia.

De la información que reposa en el expediente, se puede establecer que el señor Ernesto Potes Bolívar, tiene un escaso grado de escolaridad, padece enfermedades que lo han obligado a estar en revisiones médicas desde el mes de junio del año 2004²⁴; además, está documentado que vive en la pobreza, y de la caridad de los habitantes del corregimiento de Tunía.

Las anteriores razones, de un lado, dan lugar a pensar que el accionante pudo desconocer los mecanismos con los que contaba para ejercer la defensa de sus derechos, y de otro lado, si bien pudo haberlos conocido, definitivamente no contaba, ni cuenta, con la capacidad económica para sufragar los gastos de un profesional del derecho que lo representara ante cualquier instancia judicial. Solo ahora, tuvo esa posibilidad, toda vez que los habitantes de Tunía, conmovidos por la situación del señor Potes, le rogaron a la actual apoderada judicial que lo representara de manera gratuita, quien aceptó, a causa también, de las especiales circunstancias que rodean al señor Ernesto Potes²⁵.

Además, como lo ha reconocido esta Corporación en abundante jurisprudencia, el derecho a la pensión es imprescriptible, y por lo tanto, la amenaza o vulneración del mismo se prolonga indefinidamente en el tiempo, pudiendo ser objeto de reclamación judicial en cualquier momento²⁶.

Así también, se acredita entonces la procedencia de la acción de amparo de la referencia.

5. Subsidiariedad de la acción de tutela. Procedencia excepcional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable

Sobre la imperiosa necesidad de la actuación del juez de tutela, a fin de hacer cesar una situación que afecta derechos fundamentales, cuando se trata de reconocimientos pensionales, la Corte ha establecido que es procedente conceder el amparo, como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la jurisprudencia ha precisado, que puede utilizarse como mecanismo definitivo, en aras de brindar una protección eficaz, atendiendo las condiciones especiales del caso en concreto.

“Con base en los anteriores considerandos, la Sala concluye que a pesar de que la presente

tutela no es procedente contra las providencias proferidas por la Jurisdicción Laboral por no encontrarse probada una vía de hecho, si resulta procedente como mecanismo definitivo por no existir otro medio de defensa judicial, que permita hacer efectivas las condenas reconocidas mediante sentencia proferida por la Jurisdicción Laboral, máxime si el actor es un sujeto de especial protección constitucional por tratarse de una persona de la tercera edad en grave estado de salud.²⁷”

Precisamente, lo que debe hacerse en estos eventos, es un orden de precedencia de los derechos fundamentales sobre el principio de subsidiariedad de la acción de amparo.

El señor Ernesto Potes Bolívar, solicita el actuar del juez constitucional, porque tiene 87 años de edad, y si bien existen otros medios de defensa para reclamar sus derechos pensionales, el agotamiento de los mismos, puede irrogarle un perjuicio irremediable, el cual es inminente y actual.

6. Solución al caso concreto

Entonces, establecido como quedó en antecedencia que la acción de tutela de la referencia es procedente, a continuación se ocupará esta Corporación en estudiar si el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga vulneró los derechos fundamentales del señor Ernesto Potes Bolívar, al no efectuar los aportes pensionales correspondientes, desde el 20 de abril de 1975 hasta el año 2004, y si a causa de esta elusión y el despido aparentemente injustificado, el hoy accionado debe pagar a favor del actor la pensión sanción solicitada.

6.1. Derecho a la seguridad social. Reconocimiento excepcional por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

Como ya se ha dicho, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, solo procederá, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Asimismo, con base al el principio de subsidiariedad, la procedencia de la acción de tutela está supeditada a la inexistencia o la ineficacia de otro medio de defensa judicial, a través del cual pueda ser restablecido o preservado el derecho atacado.²⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, el reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela se torna improcedente, en principio, pues el ordenamiento jurídico dispone de procedimientos judiciales específicos para la solución de conflictos de esa naturaleza ante la justicia ordinaria.

No obstante, la regla general de improcedencia se exceptúa en específicas ocasiones, entre éstas, si hay fundadas razones para pensar que el no reconocimiento de la pensión por esta vía pueda generar un perjuicio irremediable, se afecten derechos fundamentales como la vida digna y el mínimo vital, si el beneficiario del régimen pensional es un sujeto de especial protección, y, cuando el derecho reclamado se denegó de manera caprichosa o arbitraria. Esta Corporación²⁹ lo ha desarrollado así:

“de manera excepcional y como mecanismo transitorio, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”.

Adicionalmente, siempre que se configuren los elementos antes expuestos, es factible por vía de tutela proteger el derecho a la seguridad social. Por lo anterior, esta Corporación en el caso bajo estudio, debe determinar si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia, para amparar el derecho a la seguridad social del señor Ernesto Potes Bolívar por esta vía.

i. Certeza sobre la existencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo

Siguiendo las reglas jurisprudenciales planteadas por esta Corte, la naturaleza de la acción de tutela exige que su procedibilidad esté supeditada al virtual acaecimiento de un perjuicio de tal certeza, inminencia y gravedad, que demande la intervención del juez constitucional, porque el recurso ordinario existente carece de eficacia e idoneidad, tal y como ocurre en el

caso concreto.

La no protección del derecho a la seguridad social por vía de tutela a las personas de la tercera edad, cuando no tienen ningún otro ingreso para su manutención, puede hacerlas víctimas de un perjuicio irremediable, máxime, cuando están expuestas a situaciones de extrema pobreza, como le sucede al señor Ernesto Potes Bolívar, quien no tiene medios para garantizar su subsistencia en condiciones dignas, ni la de su compañera.

En este sentido, de acuerdo con los hechos y pruebas que fundamentan la presente acción de tutela, la jurisdicción ordinaria laboral no constituye un medio idóneo o eficaz para la protección de los derechos fundamentales del señor Ernesto Potes Bolívar, en atención a su avanzada edad, su deteriorado estado de salud y la precariedad de sus condiciones de vida, que no le permiten esperar por un largo tiempo, los resultados de un proceso ordinario laboral.

Todas estas circunstancias, hacen urgente la protección de sus derechos fundamentales mediante vía de tutela, o de otra forma, no se evitaría la configuración de un perjuicio irremediable, dada la condición de indefensión en la que se encuentra el actor.

ii. Afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna por el no reconocimiento de la pensión

La pensión de vejez se convierte en el sustento de todas las personas, quienes después de haber terminado su etapa productiva y haber cumplido ciertos requisitos legales, ya no participan de la vida laboral.

Correlativamente, el no reconocimiento de la pensión, más aún, injustificadamente, cuando ésta es el único medio de subsistencia, afecta la garantía al mínimo vital. Así lo ha dicho por esta Corporación:

“La Corte Constitucional ha reconocido en la pensión de vejez un elemento fundamental que, en conexidad con el mínimo vital, configuran el medio de subsistencia de las personas que a lo largo de su vida laboral realizaron aportes con el fin de poder disfrutar de una vejez en condiciones dignas. En este sentido, la pensión de vejez, en términos generales, se constituye como la garantía del mínimo vital para el pensionado que una vez agotada su etapa

productiva en principio depende de ella para vivir”³⁰.

De la mano con la trasgresión al mínimo vital, el no reconocimiento de la pensión de vejez, afecta el derecho fundamental a la dignidad humana, cuando las personas en razón de su edad, no están en condiciones para hacer frente a circunstancias que les impiden el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional en la sentencia T-426 del 24 de junio de 1992, expresó:

“Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.

(...)

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el “déficit social”.

El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (CP art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades”.

Así bien, una persona que depende de la pensión de vejez para subsistir dignamente, o de lo contrario tendría que verse avocada a afrontar situaciones de pobreza extrema e indigencia, motivan el actuar inmediato del juez constitucional.

De acuerdo con lo dicho, es evidente la afectación de los derechos al mínimo vital y a la vida digna del señor Potes Bolívar, derivada de la inexistencia de ingresos para la satisfacción de sus necesidades básicas y de la imposibilidad de cubrir su riesgo de vejez, con la pensión que no puede reconocer ninguna administradora de fondo de pensiones, pues su empleador, la persona que por ley estaba obligada a realizar esos aportes, nunca lo hizo.

iii. Los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional

El artículo 46 de la Constitución Política establece:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

Se ha dicho por la Corte, respecto de la protección constitucional especial a los adultos mayores, que “aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo” sus facultades físicas pueden verse disminuidas, dejándolos incluso en circunstancias de especial vulnerabilidad³¹.

De la misma forma, “las necesidades vitales del sujeto varían en esta etapa de la vida, todo lo cual torna imperante un especial amparo dirigido a garantizar el desarrollo en condiciones dignas de los adultos mayores y que tiene por sustento particular las disposiciones de los artículos 13 y 46 de la Carta Política”³².

Reconoce la misma jurisprudencia que “la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”. Y si bien, “no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la

sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Por tales razones, la Corte itera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora.

Entonces, la protección de la cual son acreedoras las personas de la tercera edad, con base en los artículos 1, 2, 13 y 47 de la Constitución Política, se convierte en un mandato al Estado y a la sociedad en general, para dispensar a aquellos sujetos un trato deferente, en atención a las particulares condiciones que por su edad deban soportar, que los convierte en titulares de necesidades especiales.

Al respecto, señaló esta Corporación que “en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema”³³.

En suma, cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del grupo de personas a quienes la Constitución les brinda una especial protección, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela debe realizarse con un criterio más amplio.

De hecho, el señor Ernesto Potes Bolívar es una persona de 87 años de edad,³⁴ motivo por el cual, la acción de amparo se erige como el mecanismo idóneo para conseguir la protección de los derechos fundamentales invocados, puesto que es inicuo y atentatorio de la dignidad humana, someter a una persona de la tercera edad, que no tiene medios económicos para asegurar su subsistencia, a la larga espera de una sentencia judicial, mientras sus derechos fundamentales se están vulnerando.

Por consiguiente, se requiere adoptar una pronta decisión judicial, debido a que el petente tiene una condición manifiesta de debilidad que le impide conseguir los medios para su solventar su vida en condiciones materialmente dignas.

iv. Cuando con base en las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama

Las solicitudes del accionante se fundamentan en el hecho de que su empleador no le realizó las cotizaciones debidas al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, y lo despidió injustificadamente, cuando ya se encontraba muy enfermo a causa de su avanzada edad, por lo cual solicita se aplique en su favor, la disposición contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que modificó el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo:

El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

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”

Esta figura jurídica, se erigió para sancionar, como su nombre lo indica, al empleador que trunca al trabajador su expectativa de jubilación, porque no lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones y lo despidió injustamente. Desde este punto de vista, la pensión se causa al momento de tal despido, relegando el requisito de la edad, solo a una condición para la exigibilidad del pago³⁵.

Es decir, para que esta norma tenga operancia, se necesita que haya habido una relación laboral, en el primer caso, de 10 años o más y menos de 15 años continuos o discontinuos, en el segundo caso, de más de 15 años.

Acreditado lo anterior, junto con la omisión del empleador en hacer los aportes al sistema general de pensiones y el despido sin justa causa; puede el trabajador reclamar el pago de la pensión sanción, una vez cumpla la edad que dispone la norma para cada caso respectivamente y siempre que se pueda derivar la aplicabilidad de la Ley 100 de 1993.

Analizará la Corte el caso concreto a la luz de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a efectos de determinar si el señor Ernesto Potes Bolívar, cumple los requisitos para que en su favor, el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga cancele la pensión sanción.

a. Contrato de trabajo

El contrato de trabajo, es un acuerdo verbal o escrito, mediante el cual una persona natural,

se obliga a prestar sus servicios personales a otra, que bien puede ser natural o jurídica, mediante una relación de subordinación o dependencia y a cambio de un salario o remuneración.

No hay dudas que entre los señores Ernesto Potes Bolívar y Camilo Antonio Sarria Zúñiga se celebró un contrato de trabajo verbal, pues efectivamente ese hecho lo explicita el petente y lo acepta el accionado.

Quedó demostrado en el proceso que entre las partes existió una relación laboral, en la cual el accionante prestaba sus servicios personales en la finca La Heredad -de propiedad del accionado-, como mayordomo, y a cambio, recibía una remuneración equivalente al salario mínimo legal mensual de la época. Las dudas radican, en las fechas de inicio, terminación y duración de la relación laboral.

b. Duración de la relación laboral y motivo de la terminación de la misma

Como se dijo anteriormente, no se tiene certeza sobre las fechas de inicio y duración del contrato de trabajo que existió entre las partes, ni el motivo por el cual éste se terminó. Así las cosas, esta Corporación, pasará a establecer los hechos desconocidos, partiendo de los hechos conocidos y probados existentes en el expediente. En otras palabras, mediante indicios, establecerá la Corte cuáles fueron las fechas en las que trabajó el señor Ernesto Potes Bolívar bajo las órdenes del señor Camilo Antonio Sarria y por qué se acabó la relación laboral.

El indicio, es un hecho conocido del cual se infiere otro desconocido.³⁶ El indicio debe partir de la existencia de un hecho conocido, denominado también hecho indicador, el que en los términos del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, “deberá estar debidamente probado en el proceso”, es decir, deberá acreditarse por otros medios de prueba³⁷.

i. Hechos conocidos y probados debidamente dentro del proceso

i.i. El señor Ernesto Potes Bolívar tiene 87 años de edad, trabajó como mayordomo para el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga en la finca La Heredad, y su empleador no lo afilió al sistema integral de seguridad social.

i.ii.El accionante, en la ampliación de su acción de tutela, indicó que ingresó a trabajar el 20

de abril de 1975 en la finca La Heredad, y lo hizo en forma continua hasta el año 2004, fecha en la que el accionado lo vio muy enfermo y le dijo que debía abandonar la finca.

i.iii. Si se cuenta este tiempo, serían aproximadamente 29 años en los que el señor Ernesto Potes trabajó para el señor Camilo Sarria. Lo anterior coincide con lo dicho en el escrito de tutela y su correspondiente ampliación, cuando el señor Potes Bolívar afirma que trabajó 27 años para el hoy accionado. Súmese a esto, lo manifestado en las declaraciones extraprocesales, que en notaría rindieron los señores Hernando Cabrera Garzón, Edgar Henry Fajardo Girón y Víctor León Narváez Zea, quienes bajo la gravedad del juramento manifestaron que saben y les consta, que el accionante trabajó para el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga por 27 años.

i.iv. El señor Potes Bolívar nació en el año de 1925, o sea para 1975, fecha en la que inició a trabajar con el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, tenía 50 años, y para el año 2004, fecha en la que presuntamente fue despedido injustamente, tenía 79 años.

i.v. El señor Camilo Antonio dice no recordar la fecha en la que el señor Potes Bolívar empezó a trabajar con él, pero sí recuerda puntualmente que no trabaja con el señor Potes desde el año 2002, y que el actor no trabajó 27 años continuos para él, entre otras cosas, porque sí tiene memoria de que el señor Potes Bolívar ha tenido otros trabajos, así como también los nombres de los mayordomos que ha tenido él en remplazo del accionante.

i.vi. El señor Camilo Sarria en el escrito mediante el cual describió el traslado de la apelación de la tutela, dijo que el accionante maliciosamente no mencionó las personas para las que trabajó, ni los periodos en que lo hizo, pero, el señor Ernesto Potes en el video, sí narró que trabajó desde muy pequeño, porque quedó huérfano siendo niño, y contó que trabajó en el corregimiento de Mondomo, en Morales en ganadería, y que laboró el resto del tiempo con el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga.

i.vii. A lo anterior súmese, que el despido injustificado aducido por el señor Ernesto Potes, se debió al hecho de estar enfermo. Nótese cómo, el señor Potes Bolívar dijo que lo despidió el señor Camilo Antonio Sarria en el año 2004, quien le comunicó “así de enfermo no va a poder seguir trabajando”, y efectivamente, en el mes de junio del año 2004³⁸, según las pruebas que reposan en el expediente, iniciaron de manera recurrente las citas medicas del anciano en el Hospital Universitario San José de Popayán, Clínica la Estancia, Hospital Susana López

de Valencia de la ciudad de Popayán y Hospital Nivel I de Piendamó. Por lo que efectivamente se probó que para el año 2004, la salud del anciano se empezó a deteriorar.

i.viii. Ahora bien, de las confusas explicaciones dadas por el señor Camilo Antonio, pasa esta Corte a analizar el testimonio del señor Bertulfo Hernández Calambas, quien coincide con el accionante en señalar que la relación laboral entre las partes terminó en el año 2004, que el señor Potes iba y venía de la finca La Heredad, nunca trabajó en ella 27 años continuos y que él ha sido empleado allá durante 16 años, tiempo en el cual el anciano Potes solo era contratado de lunes a viernes, y en ocasiones solo por dos o tres días.

i.ix. Dijo el señor Hernández Calambas, de 42 años de edad, que conoce al señor Potes Bolívar hace 25 años, desde que trabajó para la señora Natividad Zúñiga, madre del accionado, pero no recuerda cuánto tiempo trabajó allá, ni en qué año inició y terminó esa relación laboral.

i.x. Que después de ese trabajo, el señor Ernesto Potes empezó a prestar sus servicios en la finca La Heredad. En este punto, al inicio de su declaración, manifestó no recordar en qué año empezó a laborar el actor en la finca la Heredad. En todo caso, continuó relatando que ingresó a trabajar como mayordomo, y duró aproximadamente 3 años, luego dejó este trabajo y estuvo donde el señor Edgar Correa, con quien laboró aproximadamente 5 años. Dijo que para esa fecha él tenía entre 15 o 16 años, o sea, estamos hablando del año de 1983 aproximadamente.

i.xi. Informó el señor Hernández Calambas, que en el año 1987 volvió el señor Potes a la Finca del señor Sarria Zúñiga, y duró aproximadamente 2 años más.

i.xii. Según las cuentas del señor Hernández Calambas, en 1989 aproximadamente, se fue el actor por un periodo de 2 años a donde un señor de nombre Ernesto, quien tiene finca en la vereda el Pital, y estuvo hasta el año de 1991, fecha en la que regresó a La Heredad, donde permaneció hasta el año de 1994. En 1994, se fue hasta 1996, a una finca de La Elvira - Valle, de propiedad de un señor Hernán Buriticá. Finalizó su primera parte resaltando que el señor Potes si trabajó unos 30 años en el departamento del Cauca, mas no continuamente en La Heredad.

i.xiii. Mencionó que desde 1994 el señor Potes Bolívar fue cada 4 o 5 meses, si el señor

Camilo Antonio Sarria lo requería para algún trabajo extra, y así, trabajó en La Heredad por días, en oficios varios. Que entre 1996 y el año 2004, el señor Potes Bolívar, fue de lunes a viernes y se le pagó el salario mínimo de la época. Al final de su relato, el testigo dijo que desde hace 16 años, el señor Potes Bolívar no ha sido mayordomo allá, y que efectivamente él ha trabajado con otros mayordomos.

ii. Hechos desconocidos probados a través de hechos conocidos

ii.i. Extraña que el señor Hernández Calambas dé datos tan exactos sobre los demás trabajadores que han existido en La Heredad, y la situación laboral del señor Potes Bolívar, si él solo ingresó a La Heredad en el mes de septiembre del año de 1996, y en su testimonio dijo conocer al señor Potes 25 años atrás, o sea, tan solo lo conoce desde 1987.

ii.ii. Lo anterior, es contradictorio con lo que manifestó al comienzo de su relato, donde dijo saber que el señor Potes trabajó en La Heredad 3 años, luego se fue por 5 años donde Edgar Correa, y luego volvió a la Heredad en 1987 y que para esa época él tenía entre 15 o 16 años, o sea estamos hablando del año 1983.

ii.iii. Si al año de 1983, le restamos 8 años, que serían los tres años en los que el señor Ernesto Potes trabajó en La Heredad, y los 5 años, en los que supuestamente se fue para donde Edgar Correa, tenemos que el tiempo nos ubica en el año de 1975, es decir, el año exacto, en el cual el señor Ernesto Potes Bolívar manifestó haber ingresado a trabajar a la finca La Heredad, fecha que coincidió con la anunciada en el relato del señor Potes Bolívar y sus testigos, sobre el año de iniciación de su contrato laboral.

ii.iv. No hay duda de que el señor Ernesto Potes tuvo otros trabajos así como él lo afirma, pero trabajó desde 1975 hasta el 2004 en donde el señor Camilo Antonio Sarria, pues no puede pensarse, que su primer trabajo lo tuvo a los 50 años de edad, menos aún por haber quedado huérfano desde muy niño y haber tenido que trabajar para subsistir él y sus hermanos, así como él lo narró.

ii.v. Ahora bien, el señor Hernández Calmabas dijo tener 42 años de edad, lo que significa que para el año de 1975 tenía tan solo 5 años de edad, por lo cual, sería casi imposible que el testigo único del accionado recordara los hechos en los que funda sus bases la acción de tutela, hechos en cambio, que pueden conocer mejor los testigos del actor, que tienen 85, 73

y 47 años de edad y afirman, bajo la gravedad de juramento, que el tutelante trabajó 27 años en la finca La Heredad.

ii.vi. Es así, como debe señalar esta Corporación, que a través de los hechos indicadores (Supra iv), los cuales existen y se encuentran debidamente demostrados por los medios probatorios admitidos en la legislación procesal (testimonios, declaraciones, interrogatorios y documentos), es que se va a realizar la inferencia lógica que permite llegar al hecho indiciario, el cual es que efectivamente el señor Ernesto Potes Bolívar, trabajó para el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, desde el año de 1975 hasta el año 2004, fecha en la cual, fue despedido, a causa de su avanzada edad y deteriorado estado de salud.

c. De la no afiliación a la seguridad social

Está probado que el señor Ernesto Potes Bolívar trabajó para el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, sin que este último lo hubiera afiliado al sistema integral de seguridad social. Así lo afirmó el actor, y así lo reconoció el tutelado, lo cual tiene efectos de confesión en los términos del artículo 19439 del Código de Procedimiento Civil. Por lo cual, la anterior situación de hecho, se encuentra probada dentro del expediente de tutela.

Si bien, el demandado manifiesta que el señor Potes Bolívar se negó a que lo afiliara, pues este último se rehusó a autorizar el descuento del porcentaje que por ley debe aportar al sistema integral de seguridad social; esa actitud del hoy accionante no eximía a su anterior empleador de hacer los aportes obligatorios a salud, pensión y riesgos profesionales de su empleado, en atención a que tales disposiciones son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

El artículo 48 de la Constitución Política dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio y es un derecho fundamental irrenunciable. En el artículo 3 de la Ley 100 de 1993, se establece igualmente⁴⁰ que “El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

Por su parte, el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone:

“Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los

casos expresamente exceptuados por la ley”.

De tal forma, el poder de disposición de los particulares, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en derecho laboral es bastante restringido. El artículo 340 del mismo Código Sustantivo, dispone que “las prestaciones sociales establecidas en este código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables (...)”

Entonces, el legislador a través de la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral para, entre otros fines, garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema”⁴¹<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-631-10.htm> - _{ftn21#_ftn21}. Dentro de esas prestaciones que se garantizan a través del sistema de seguridad social integral, se encuentra el reconocimiento de las pensiones que amparan a los afiliados contra los riesgos de la vejez, la invalidez o la muerte, derechos que son irrenunciables.

No obstante lo anterior, en el sistema de seguridad social en pensiones, el derecho a la pensión que ampara a las personas contra los riesgos de la vejez, la invalidez o la muerte, se reconoce y paga solamente a las personas afiliadas al sistema, quienes están en la obligación de realizar los aportes por ley establecidos para el caso.

Cuando el trabajador es dependiente, el empleador de aquel, es quien tiene la obligación de pagar las cotizaciones de su trabajador en el sistema, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993⁴², y está autorizado, por ministerio de la ley, para descontarle a los trabajadores de su salario, el porcentaje de las cotizaciones que ellos deben asumir.

Así las cosas, el incumplimiento a ese deber legal le acarrea la consecuente obligación al empleador de asumir la pensión sanción, toda vez que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para tal.

Resalta la Corte, que la acción de tutela se torna en el medio judicial de mayor efectividad para la protección de los derechos fundamentales que se le vulneran actualmente al accionante, pues en relación con las personas de la tercera edad, a quienes se les ha reconocido una especial protección constitucional por encontrarse en estado de debilidad manifiesta, el amparo se erige como la forma más adecuada para evitar la configuración de

un perjuicio irremediable. Así pues, en el caso concreto, el principio de subsidiaridad cede ante la prevalencia de los derechos fundamentales que están siendo vulnerados, para entrar esta Corte, como juez constitucional, a amparar los derechos que le asisten al señor Ernesto Potes Bolívar.

Dicho lo anterior, la Corte encuentra que en el caso concreto se cumplen los requisitos del inciso 2 artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Los mismos consisten en: i) el tiempo de servicio al empleador más de 15 años; ii) dentro de este interregno el trabajador debió haber sido despedido sin justa causa; y iii) el empleado debe tener 55 años de edad para exigir el pago de la pensión sanción.

Según las pruebas obrantes en el plenario se puede concluir que: i) el Señor Ernesto Potes Bolívar prestó sus servicios personales para el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga casi 27 años, sin que su empleador lo afiliara al sistema integral de seguridad social, asimismo, ii) el señor Sarria Zúñiga despidió a causa de su avanzada edad y su deteriorado estado de salud al señor Potes Bolívar; y, iii) el petente tiene 87 años, por lo cual, ya tiene la edad, que sería un requisito exclusivo para solicitar el pago de la prestación a la que tiene derecho, esto es la pensión sanción, que equivalente a un salario mínimo legal mensual, debe pagar el accionado.

Por lo tanto, el accionante adquirió el derecho de la pensión sanción, al ser despedido sin justa causa en el año 2004, cuando llevaba aproximadamente 27 años laborando a las órdenes del tutelado.

6.2. Como se ve de las pruebas recaudadas, es claro establecer que los elementos constitutivos de los derechos fundamentales que fueron esgrimidos por el agenciado, están siendo transgredidos por el tutelado, por lo cual, la Sala debe entrar a ampararlos para evitar un perjuicio irremediable, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional, más aún, tratándose de una persona de la tercera edad, a quien su situación actual le impide llevar su vejez en condiciones aceptables⁴³.

En consecuencia, se ordenará al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, i) afiliar al señor Ernesto Potes Bolívar, a una EPS, escogida por el accionante, que preste los servicios en el municipio de Piendamó Cauca, pagando el accionado los aportes de ley correspondientes y descontándole al accionante los

que por ley debe asumir.

De igual forma, se ordenará al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, ii) pagar la pensión sanción al señor Ernesto Potes Bolívar, mediante consignación en la cuenta de depósitos judiciales que tenga el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó Cauca, ante el Banco Agrario de esa municipalidad, los cinco primeros días de cada mes, en un monto equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, actualizado cada año conforme al índice de precios al consumidor (IPC), respetando la prohibición de que ninguna pensión será inferior al salario mínimo legal vigente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 14 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, que decidió, a su vez, confirmar la sentencia del 4 de mayo de 2012 del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó Cauca, al considerar improcedente la acción de amparo interpuesta por el señor Ernesto Potes Bolívar contra el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, en atención a que el señor Ernesto Potes Bolívar tiene otros mecanismos de defensa ante la jurisdicción ordinaria para hacer valer sus derechos, no se encuentra en una situación ni de indefensión ni de subordinación y no satisfizo el requisito de la inmediatez.

SEGUNDO.- CONCEDER la acción de tutela, como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida en condiciones dignas y la seguridad social del señor Ernesto Potes Bolívar.

TERCERO.- ORDENAR al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a afiliarse al señor Ernesto Potes Bolívar, a una EPS escogida por el accionante, que preste los servicios en el municipio de Piendamó

Cauca, pagando el accionado los aportes de ley correspondientes y descontándole al accionante los que por ley debe asumir.

CUARTO.- ORDENAR al señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar la pensión sanción al señor Ernesto Potes Bolívar, mediante consignación en la cuenta de depósitos judiciales que tenga el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó Cauca, ante el Banco Agrario de esa municipalidad, los cinco primero días de cada mes, en un monto equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, actualizado cada año conforme al índice de precios al consumidor (IPC), respetando la prohibición de que ninguna pensión será inferior al salario mínimo legal vigente.

Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Cuaderno No. 1, folios 3 y 4.

3 Edad actual del señor Ernesto Potes Bolívar, según su fecha de nacimiento.

4 Cuaderno No. 1, folios 5 al 42.

5 Siguiendo al folio 42 del cuaderno No. 1.

6 Cuaderno No. 1, folios 52 al 61.

8 *Ibidem*.

9 Cuaderno No. 1, folio 62.

10 Cuaderno No. 1, folio 60.

11 Cuaderno No 1, folios 68 al 70.

12 Manifestó el señor Camilo Antonio Sarria Zúñiga, que tenía liquidaciones por escrito, de las realizadas al accionante, pero aproximadamente un año atrás las quemó.

13 Cuaderno No. 1, folio 70.

14 Cuaderno No. 1, folios 71 al 73.

15 Aporta certificado de consulta en línea de antecedentes judiciales (folio 128 del cuaderno principal).

16 Sentencia T-333 de 2011.

17 Sentencia T-290 de 1993.

18 Sentencia T-384 de 2011.

19 Sentencia T-900 de 2004, reiterada en sentencias T- 541, T- 675 y T- 678 todas de 2006, entre otras.

20 Sentencia T- 678 de 2006.

21 Sentencias T- 01 y T- 418 de 1992, T-392 de 1994, T- 575 de 2002.

22 Sentencia T-173 de 2002

23 En este sentido se pronunció la Sentencia SU-961 de 1999. M.P., Vladimiro Naranjo Mesa, siendo posteriormente esbozados los supuestos mencionados en la. Sentencia T-315 de 2005, reiterada en las T-419 y T-541 de 2006.

24 Cuaderno No. 1, Folio 42.

25 Tal situación la expone la apoderada judicial en la acción de tutela y el señor Ernesto Potes en su audiencia de ampliación y en el video aportado.

26 Sentencia C-198 de 1999:“El Legislador puede entonces consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del derecho constitucional. Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 14.184, 26 de septiembre de 2000, y, de la Corte Constitucional, las sentencias C-624 de 2003, C-230 de 1998, SU-430 de 1998, T-274 de 2007, T-932 de 2008, entre otras.

27 T-401 de 2009.

28 Cfr. T-1019 de octubre 17 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

29 Sentencias T-063 de febrero 9 de 2009 y T-855 de 2011, entre otras.

30 T-572 de 2011.

31 T-835 de 2011.

32 Ibídem.

33 Sentencia T-1109 de 2004.

34 De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009 adulto mayor es “aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 30058, de enero 29 de 2008.

36 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, Ediciones Dupré, Ed. 2001, página 272.

37 “(...) Bien se observa entonces que el hecho conocido, o sea aquel a partir del cual se va a realizar la inferencia, debe estar cabalmente probado dentro del proceso, por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo pueda el juez arribar al hecho desconocido, de manera tal que no sería atendible la prueba indiciaria si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el juez al realizar el análisis crítico haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le llevan certeza a cerca del hecho conocido del cual parte su inferencia.”. (Ibídem, página 273).

38 Cuaderno No. 1, folio 42.

39 Artículo 194 CPC: “Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio”.

40 Sentencia T-631 de 2010.

41 Sentencia T-610 de 2009.

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

43 Al respecto, ver Sentencia SU-995 de 1999.