

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A la Sentencia T-081-2013**

Referencia: Expediente T-4.549.923 y
T-4.561.042

Acción de tutela instaurada por MBBR,
actuando como agente oficioso de su hijo
OMMB y por PIPM

Magistrado Ponente:

**Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO
PÉREZ.**

Con el acostumbrado respeto, me permito expresar mi discrepancia con el criterio mayoritario esbozado por la Sala en el expediente T-4.549.923 en cuanto dejó sin efectos la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual resolvió el conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, planteado para conocer de la denuncia en contra del señor OMMB. Advierto que la decisión proferida en la cual se define que la autoridad competente lo es la jurisdicción ordinaria, tiene como fundamento la prevalencia del interés superior del menor, principio que debe proveer por la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente, las condiciones para el desarrollo de sus derechos fundamentales, su protección frente a riesgos prohibidos, la guarda del equilibrio con sus parientes y evitar al menor los cambios desfavorables en su desarrollo. Lo anterior, tiene sustento en el criterio objetivo¹ el cual constituye uno de los elementos definidos por el precedente de la Corporación a efectos de dirimir la competencia de la jurisdicción indígena, y que para este caso, fue definitivo al momento de decidir el conflicto de competencia entre las jurisdicciones.

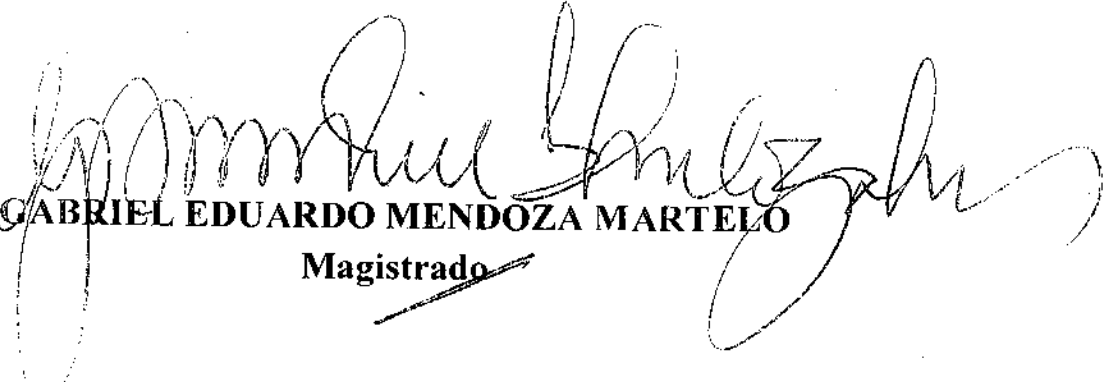
Cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, y, en los casos en que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar

¹ Hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado.

el alcance de los derechos de los niños indígenas, la labor del juez no se limita a evaluar desde la perspectiva occidental, la situación del menor indígena, sino que debe tener presente *“el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia”*²

De lo dicho emerge con nitidez, que no puede la Sala de Revisión llegar a la conclusión de que al no existir elementos de prueba que permitan deducir que la remisión del proceso a la jurisdicción indígena afecte el interés del menor involucrado el realizar dicho envío procura salvaguardar de mejor manera la situación del menor, atendiendo a los parámetros de diversidad cultural. Considero, que debió la Sala de Revisión controvertir el análisis que hace el juez especializado, al manifestar que dejar el caso en manos de la jurisdicción indígena implica una desprotección, como quiera que el juez debe velar por la integridad de la salud y supervivencia del menor en este caso indígena, lo que supone, a mi juicio, que en el caso *sub examine*, solo ante la existencia de pruebas que permitan llegar a la conclusión de que se asegura la integridad del menor de edad, es cuando podrá excluirse dicho elemento. Considero que ninguno de los procedimientos referenciados por la autoridad indígena señalan una efectiva protección en dicho sentido y se refieren al castigo o investigación, de los hechos, sin establecer la toma de medidas que permitan una efectiva protección, asistencia o ayuda conforme su cultura. Considero entonces que debió negarse el amparo, al observar que no existió una causal específica de procedibilidad, puesto que, la decisión consultó las reglas que hasta ahora ha fijado la jurisprudencia constitucional, atendiendo principalmente a la prevalencia del principio *proinfans*.

Fecha ut supra,


GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

- Sala Novena de Revisión -

SENTENCIA T- 014 de 2015

Ref.: Expediente T-4485/97

Acción de tutela instaurada por Elisa Quisoboni Catuche en contra de Deyánira Lozada de Gómez

Reiteración de jurisprudencia

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva.

Bogotá, DC., diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo expedido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Papayán, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos y la demanda.

Elisa Quisoboni Catuche, a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de Deyánira Lozada de Gómez, con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, y que en consecuencia, se ordene el

reconocimiento y pago de una pensión provisional equivalente a un salario mínimo legal de acuerdo con los siguientes hechos¹:

1.1. La demandante tiene 78 años de edad y refirió que presenta *"osteartrosis y frecuentes jaquecas"* que le impiden ejercer una actividad laboral que le generen algún ingreso económico.

1.2. Señaló la accionante, que trabajó como empleada doméstica en la casa de la señora Deyanira Lozada de Gómez, desde el 2 de enero de 1992 hasta el 7 de noviembre de 2012.

1.3. Dicha relación laboral, se encontraba regulada por un contrato de trabajo verbal. El horario era el siguiente: lunes, miércoles y sábado de 7:00 a.m. a 2:00 p.m. y los domingos de 7:00 a 11:00 a.m. El salario devengado era \$12.000 diarios.

1.4. Adujo, que la empleadora terminó el contrato de trabajo en forma unilateral y sin mediar justa causa. Además, que no le pagó la liquidación correspondiente.

1.5. Señaló la actora, que durante la vigencia de la relación laboral la empleadora no realizó los aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales. En razón a ello, en la actualidad no percibe pensión de vejez, ni otro ingreso económico que le permita subsistir y acceder al servicio de salud a través del régimen subsidiado.

1.6. El 2 de abril de 2013, se realizó una audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo. En esta oportunidad el apoderado de la empleadora, negó la existencia de una relación laboral y manifestó que las actividades desempeñadas por la accionante tenían como objeto pagar un préstamo que le efectuó la señora Lozada de Gómez.

2. Pruebas que obran en el expediente

2.1. Constancia de no conciliación número 161

2.2. Resultado de la consulta elevada por la accionante al Consultorio jurídico de la Universidad del Cauca

3. Intervención de la demandada.

El abogado Manuel Vicente Gómez Valencia, actuando como apoderado de la señora Deyanira Lozada de Gómez pidió al juez de tutela negar el

¹ Para abordar la situación fáctica se sigue la exposición de la accionante. La Sala igualmente, complementará la narración con los hechos relevantes que se desprenden de los documentos aportados por la peticionaria y la entidad demandada

amparo solicitado por la accionante, en razón a que aquella no ha agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios en la jurisdicción laboral.

3. Del fallo de tutela.

4.1. Mediante providencia del diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014), el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Popayán, negó el amparo solicitado por la accionante, bajo el argumento de que aquella no demostró la existencia de la relación laboral.

4.2. El juez de instancia, consideró la improcedencia de la acción de tutela en razón a que la accionante dispone de otras herramientas de defensa judicial, para reclamar la garantía de sus derechos constitucionales, en la jurisdicción ordinaria laboral.

4.3. Estimó, que el caso bajo estudio no cumple con el requisito de inmediatez, en razón a que los hechos que constituyen la vulneración de los derechos fundamentales invocados, ocurrieron el 7 de noviembre de 2012. Consideró, que al haber transcurrido más de dos años sin formular la demanda ordinaria laboral, la accionante demostró un desinterés en reclamar la garantía de sus derechos constitucionales y por lo tanto, su situación económica no tiene el grado de dificultad que señaló en la demanda.

4.4.El fallo de tutela no fue objeto de impugnación.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento al auto del ocho (8) de septiembre de dos mil catorce (2014), expedido por la Sala de Selección número nueve de esta Corporación, que escogió el expediente para revisión.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer, si en el presente asunto, procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión sanción teniendo en cuenta que: (i) la accionante es una persona de 78 años de edad dedicada al servicio doméstico, (ii) se dirige la acción de tutela en contra de un particular, (iii) se debate la existencia de un contrato de trabajo y el cumplimiento de la afiliación al sistema general de seguridad social.

Ref.: Expediente T-4485797
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En este marco, la Corte deberá determinar si la señora Deyanira Lozada de Gómez, vulneró el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante, al no efectuar la afiliación al sistema general de seguridad social en pensión durante el tiempo en que se desempeñó como empleada doméstica.

Con este fin, la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales relativas a: (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional; (ii) las circunstancias especiales de las partes que habilitan al juez constitucional a invertir la carga de demandar, que tiene el demandante, cuando se concede el amparo en forma transitoria. Reiteración de fórmula adoptada en la sentencia T-893 de 2008 (iii) la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares; (iv) el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades; (v) el desarrollo jurisprudencial de la obligación del empleador de realizar aportes pensionales, o en su defecto, de reconocer la pensión-sanción; (vi) el reconocimiento de la pensión-sanción es un derecho que pueden reclamar todos los trabajadores inclusive quienes desempeñan la labor de servicio doméstico.

La procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional², la garantía del derecho a la seguridad social no es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, pues el legislador dispuso de herramientas de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria, para solicitar la protección de este derecho cuando se hace efectivo a través del reconocimiento de la pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que de manera excepcional, se habilita la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio, para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando, de acuerdo con las particularidades de cada caso, se verifican los siguientes aspectos: (i) *no existe otro medio judicial de protección*; (ii) *a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable*; (iii) *el caso supone un problema jurídico de relevancia constitucional*; y (iv) *existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido*³.

En relación con el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, el inciso 3, del artículo 86 Superior, señala que la misma *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial"*, salvo

²Al respecto ver sentencias T-903 de 2012 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T- 378 de 2012 MP Adriana María Guillén, T-809 de 2011 MP Mauricio González Cuervo, T-897 de 2010 MP Juan Pabla Pinilla, T-474 de 2010 MP Juan Carlos Henao Pérez, T-235 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva. Entre muchas otras.

³Sentencia T-814 de 2011. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

que se formule “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Al respecto esta Corporación ha señalado que dicho perjuicio debe reunir los siguientes elementos: “*ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, lo que significa que implique la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, es decir, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales*”⁴.

Frente a la subsidiaridad de la acción de tutela, el numeral 1. del artículo 6, del Decreto 2591 de 1991, establece que, en principio, la acción de amparo se torna improcedente cuando existan “*otros recursos o medios de defensa judiciales*”. Sin embargo, señala una excepción a la regla general, en los casos en que dichas herramientas resultan ineficaces para enfrentar la amenaza o la vulneración a los derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, es posible señalar que aun cuando el actor disponga de mecanismos de defensa en la jurisdicción ordinaria laboral o administrativa, según sea el caso, para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional, el juez constitucional debe analizar las circunstancias del caso concreto a fin de verificar la idoneidad de estas herramientas para garantizar efectivamente la protección del derecho a la seguridad social.

En concreto, la Corte Constitucional ha establecido que se deben verificar los siguientes requisitos:

“*a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional. b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital. c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada. d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es inepto para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados*”⁵.

En relación con la condición de sujeto de especial protección constitucional, la Corte ha flexibilizado la verificación de los presupuestos que habilitan la

⁴ Sentencia T-018 de 2014 MP Luis Guillermo Guerrero.

⁵ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-140 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero, T-249 de 2006 MP Alfredo Beltrán Sierra, T-511 de 2003 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-600 de 2007 MP Jaime Córdoba Triviño, T-000 de 2007 MP Jaime Córdoba Triviño, T-235 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-678 de 2010 MP Nelson Pinilla Pinilla, T-021 de 2013 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-343 de 2014 MP Luis Ernesto Vargas Silva.

acción de tutela, como mecanismo principal o transitorio, para reclamar el amparo del derecho a la seguridad social⁶". Es por ello, que respecto de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, en razón de su edad, estado de salud, condición de madre cabeza de familia, entre otras circunstancias, es posible "*presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos*"⁷ para reclamar el reconocimiento de una prestación pensional.

En síntesis, procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, se constata que es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable o cuando existan los mecanismos de defensa judicial ordinarios pero aquellos no son idóneos para proteger, de manera efectiva, los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. De todos modos, la procedibilidad de la acción de tutela se fortalece, cuando quien reclama el amparo, es un sujeto de especial protección constitucional como es el caso de las personas de la tercera edad.

Las circunstancias especiales de las partes habilitan al juez constitucional a invertir la carga de demandar que tiene el demandante, cuando se concede el amparo en forma transitoria. Reiteración de fórmula adoptada en la sentencia T-893 de 2008⁸

Esta Corporación⁹ ha establecido que para determinar la fórmula que se adoptará en la parte resolutive de la sentencia, el juez constitucional debe efectuar un análisis de las condiciones particulares de las partes a fin de evitar que las cargas, que le correspondería asumir a cada una de ellas con las decisiones que se adopten, no sean desproporcionadas y guarden un equilibrio. En todo caso, que garantice de manera efectiva, la extinción de la situación que vulnera los derechos constitucionales que estén siendo amenazados o vulnerados.

De acuerdo con la problemática que se estudia, la Sala abordará el evento en el que se concede el amparo en forma transitoria, pues aquí surge para la parte demandada la obligación de ejecutar una acción dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales de la demandante y, para la accionante, el deber de presentar la demanda en la jurisdicción ordinaria dentro de cuatro meses siguientes a la notificación del fallo de tutela¹⁰.

Sin embargo, la distribución de estas cargas puede variar de acuerdo con las condiciones especiales que presente el destinatario de la orden. En este sentido, esta Corporación en la sentencia T-893 de 2008 resolvió el caso de

⁶ Sentencia T-414 de 2009 MP Luis Ernesto Vargas Silva

⁷ T-651 de 2009 MP Luis Ernesto Vargas Silva

⁸ MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁹ Sentencia T-073 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T-893 de 2008 de 2008 MP Manuel José Cepedas Espinosa.

¹⁰ Artículo 8 del Decreto 2591 de 1991

una señora de 92 años de edad quien reclamaba el pago de la pensión sanción que percibía su esposo antes de fallecer. En este caso, el empleador murió y fueron los herederos de aquel, quienes continuaron el pago de esta prestación pensional, pero habían dejado de proporcionar esta mesada pensional debido a que su condición económica se deterioró.

En esta oportunidad, la Sala Segunda de Revisión efectuó un análisis cuidadoso de las condiciones especiales que presentaban ambas partes, pues todos eran personas de la tercera edad y no todos contaban con los recursos económicos suficientes que permitiera a la demandante subsistir sin el pago de esta prestación pensional y a algunos de los demandados asumirla sin sacrificar su propia manutención. Frente a esta situación, indicó que la misma *“se traduce en el deber de buscar la solución que armonice los derechos constitucionales en conflicto, permita aplicar un remedio constitucionalmente equitativo (art. 230, C.P.) y sea lo menos lesiva para las personas involucradas (art. 2, C.P.).*

Para proponer una fórmula equitativa a la hora de resolver la problemática que ocupó la atención de la Corte Constitucional, la Sala desarrolló los aspectos que caracterizan *“la equidad como criterio de la actividad judicial”*. Para ello, abordó lo expuesto en la Sentencia SU-837 de 2002¹¹ transcribiendo el siguiente aparte:

“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas – El tercero – La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rígidamente deducida de la norma legal.”

Bajo este contexto, la Sala de Revisión resolvió invocar la carga que tiene generalmente el demandante de presentar la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral para que resolviera sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión-sanción, por tratarse de un amparo transitorio, y se la trasladó a los demandados. Advirtió, que en caso de que no cumplieran con este deber, entonces la decisión alcanzaría el carácter de definitivo.

¹¹ MP Manuel José Cepeda Espinosa

Para adoptar esta decisión, la Sala consideró que si bien ambas partes eran personas de la tercera edad y algunos de ellos en situación económica precaria, el extremo demandado se encontraba constituido por un número plural de personas, mientras que respecto de la accionante estimó lo siguiente: *“está sola en un extremo de la controversia, tiene tan solo una hija (Cloris Roldán Materón) y es una persona que supera ampliamente la expectativa probable de vida”*.

En suma, por regla general cuando se concede el amparo transitorio de los derechos fundamentales solicitado por el demandante, corresponde a la demandante presentar, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del respectivo fallo, la demanda ante la jurisdicción ordinaria para que se resuelva de manera definitiva sus pretensiones. No obstante, la Corte Constitucional, en forma excepcional ha trasladado esta obligación cuando se advierte que, de acuerdo con las circunstancias particulares que presenta la accionante, esta carga resulta desproporcionada para ella.

La procedibilidad de la acción de tutela contra particulares

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

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

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

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

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

De acuerdo con la materia del caso que se examina, la Sala se referirá únicamente al estado de subordinación.

Al respecto, esta Corporación¹² lo ha desarrollado como una alteración al principio de igualdad que se encuentra autorizada en la Ley, como es el caso de los estudiantes respecto de sus maestros, los hijos respecto de sus padres y los trabajadores de sus empleadores.

Frente a estos los últimos, la Corte Constitucional ha entendido “*que hay subordinación entre el tutelante y el empleador demandado incluso cuando, con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, la relación no existía para la fecha en que se interpuso la acción de tutela*”.

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

El principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades

A partir del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia esta Corporación¹³ ha desarrollado el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades para declarar la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren los elementos establecidos en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990 de la siguiente manera:

- a. *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.*
- b. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*
- c. *Un salario como retribución del servicio”.*

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

¹² Sentencia T-582 de 2013 MP Nilson Pinilla Pinilla

¹³ Sentencia T-276 de 2014 MP María Victoria Calle Correa

¹⁴ Sentencia T-903 de 2010 MP Juan Carlos Henao Pérez

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

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

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, deberán afiliarse al sistema general de seguridad social en pensiones, *"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"*.

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

En el caso de los trabajadores dependientes, el artículo 22 de dicha Ley establece que el pago de los aportes a pensión está a cargo del empleador. Al respecto señala: *"Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y transferirá 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".

Ahora bien, en los eventos en que el empleador omita este deber y decida terminar el contrato de trabajo de forma unilateral sin que medie una justa

causa y después de diez años de servicio, aquel deberá reconocer y pagar en favor del trabajador la pensión de vejez a la que tendría derecho si hubiera efectuado los aportes a seguridad social, esta prestación se denomina pensión-sanción.

En este sentido, el artículo 267 del código sustantivo del trabajo establece:
"PENSION-SANCION. Modificado por el art. 133 de la Ley 100 de 1993.
El nuevo texto es el siguiente:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

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

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

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

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

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

Bajo este marco normativo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que *"la legislación colombiana en materia laboral se ha caracterizado por imponer al empleador la obligación de asegurar a los trabajadores contra el riesgo de vejez. En la actualidad, la obligación referida se traduce en el deber del empleador de afiliarse al trabajador al Sistema General de Pensiones"*¹⁵.

De igual forma, ha desarrollado la pensión-sanción como un derecho prestacional *"que tiene como finalidad proteger al trabajador en su ancianidad"*¹⁶ propósito similar al que persigue la pensión de vejez. Así, la Corte se aleja del carácter sancionatorio que inicialmente el legislador dio a esta figura en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961¹⁷. En este sentido, la sentencia T-371 de 2003¹⁸ 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 si lo son la pensión de vejez y la pensión por despido injusto o sanción"*.

Además, la Corte Constitucional ha establecido varias alternativas para que los empleadores garanticen esta prestación, las cuales fueron resumidas en

¹⁵ Sentencia T-814 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁶ Sentencia T-580 de 2009 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁷ *"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00) después de haber laborado para la misma, o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido."*

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

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión oficial de jubilación."

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos de los departamentos, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial."

¹⁸ MP Álvaro Tafur Galvis

la sentencia T-580 de 2009¹⁹ 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) *commutar la pensión con el seguro social*”.

En síntesis, siguiendo lo expuesto en la sentencia T-935 de 2012²⁰ los requisitos que debe cumplir un trabajador del sector privado, para reclamar el reconocimiento de la pensión-sanción, se pueden resumir de la siguiente forma: (i) la existencia de un contrato de trabajo (ii) la vigencia de la relación laboral, superior a diez años (iii) la ausencia de la afiliación al régimen de seguridad social en pensión y por lo tanto la omisión del pago de los aportes (iv) la terminación del contrato sin justa causa (v) el cumplimiento de la edad según el tiempo de servicio prestado, de 10 a 15 años, debe acreditar la edad de 60 años si es hombre y 55 años si es mujer y para una vigencia superior a 15 años, la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer.

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

El reconocimiento de la pensión-sanción es un derecho que pueden reclamar todos los trabajadores inclusive quienes desempeñan la labor de servicio doméstico

En armonía con el artículo 1º del Decreto 824 de 1988, esta Corporación ha definido el trabajo doméstico como “*todas las actividades que una persona adelanta en un hogar de familia, incluyendo el aseo del espacio físico y sus muebles y enseres, la preparación de alimentos, el lavado y planchado del vestido, servicios de jardinería y conducción, y el cuidado de miembros de la familia o de los animales que residen en casas de familia. El trabajo doméstico es, por regla general, contratado por otro particular, quien acude a los servicios de un tercero para tener la posibilidad de salir de casa en busca de la generación de ingresos propios*”²¹

Aunque el servicio doméstico presenta los elementos esenciales de un contrato de trabajo “*actividad personal, remuneración y subordinación*” y que la Constitución no excluye del ejercicio de las garantías mínimas e

¹⁹ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁰ MP Luis Guillermo Guerrero

²¹ Sentencia C-871 de 2014 MP María Victoria Calle Correa

renunciabiles de los trabajadores (artículo 53 Superior) a aquellos dedicados al servicio doméstico, en Colombia se ha dado un trato diferenciado, en perjuicio de las personas que son empleadas para esta labor, quienes por lo general, son mujeres que atraviesan difíciles situaciones económicas y que no cuentan con un nivel de instrucción suficiente que les permita ejercer otra actividad económica.

Esto ocurre, generalmente porque los empleadores no consideran que esta labor constituya un trabajo formal pues la conciben como una actividad informal que permite a las personas de escasos recursos obtener algún ingreso económico para sobrevivir. A partir de ello, ofrecen salarios inferiores al mínimo legal, imponen jornadas laborales que exceden la máxima permitida, desconocen la obligación de la afiliación al régimen de seguridad social, entre otras conductas que no ejecutarían frente a otra clase de trabajadores, por ejemplo, aquellos que trabajan en una empresa.

Frente a ello, esta Corporación ha desarrollado la garantía de condiciones de trabajo dignas y justas para todos los trabajadores, incluyendo a aquellos que no laboran en pequeñas o grandes empresas, sino que ejercen una labor dentro de los hogares de aquellas personas que si lo hacen. Al respecto, en la sentencia C-871 de 2014 la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

“37. Las personas incorporadas al servicio doméstico deben gozar de los mismos derechos que los demás trabajadores. En este orden de ideas, el servicio debe desarrollarse en condiciones dignas y justas (artículo 25 CP) y son aplicables en este ámbito los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta, tales como la existencia de una remuneración adecuada, mínima y móvil; la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos definidos en las normas laborales, la aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho laboral y la primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas por los contratantes, entre otros.

“38. el artículo 13 de la Carta Política, referente al principio y derecho a la igualdad, adquiere especial relevancia para las trabajadoras del servicio doméstico, pues no solo exige la aplicación igualitaria de todos los derechos (incluidos los laborales), sino que prescribe la adopción de medidas afirmativas con el propósito de desterrar las desigualdades de hecho.

Sin embargo, a pesar de la protección que la Constitución Política y otras fuentes legales otorgan a estas personas, el servicio doméstico ha sido históricamente uno de los espacios en los que resulta más difícil incorporar el pleno respeto por las normas del derecho al trabajo, y donde más se perpetúa la desigualdad social y la discriminación hacia grupos vulnerables”.

Entonces, todos los trabajadores y trabajadoras domésticas tiene derecho a que se les garantice condiciones de trabajo dignas y justas. Ello implica, que como mínimo, 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 invalidez²²; (iii) la jornada laboral permitida; (iv) la permanencia en el trabajo²³ y en general todas las garantías mínimas e irrenunciables que el ordenamiento jurídico colombiano ponga a disposición de los trabajadores.

Bajo lo expuesto, la Sala considera relevante señalar algunos casos en los que la Corte ha amparado el derecho a la seguridad social y mínimo vital a través del reconocimiento de la pensión-sanción, en eventos en los cuales el empleador omitió su deber de afiliación y pago de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

De esta manera, la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU-062 de 1999²⁴ resolvió el caso de una trabajadora de la tercera edad que se desempeñó como empleada doméstica durante dieciocho años, fue despedida sin justa causa y su empleadora, durante la vigencia de la relación laboral no efectuó la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional analizó el caso concreto a partir de aspectos que conforman el principio de la dignidad humana, que se materializa a partir de los elementos que conforman el mínimo vital necesario para subsistir. Al respecto expresó:

"La Corte encuentra que en el caso bajo examen, por no haberse reconocido, durante el tiempo que duró la relación laboral, unas condiciones de trabajo justas, y finalizada esa relación, un mínimo vital que le permita a la tutelante sobrevivir en condiciones acordes con su situación de persona de la tercera edad, se ha desconocido su dignidad. La normatividad jurídica de rango legal aplicable al servicio doméstico, consagra mecanismos de previsión social que tienden a proteger a las personas de la tercera edad cuando han perdido su capacidad laboral. Estas normas, desde el año de 1988 imponen al empleador el deber de afiliar al servicio doméstico al régimen de pensiones, obligación que se ha mantenido en las disposiciones de la Ley 59 de 1990 y de la Ley 100 de 1993, y cuyo incumplimiento hace responsables a los empleadores, quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta a los trabajadores no afiliados oportunamente, o a pagar la denominada por la ley "pensión sanción". Y aun por fuera de estas prescripciones legales, cuya aplicación al caso presente debe ser decidida por la justicia ordinaria, el deber constitucional de solidaridad que se impone a todo

²² SU-062 de 1999 MP Vladimiro Naranjo Mesa

²³ Sentencia T-528 de 2008 MP Jaime Araujo Rentería

²⁴ MP Vladimiro Naranjo Mesa

ciudadano en virtud de lo dispuesto por el artículo 95 superior, obligaba a los demandados a atender el mínimo vital de subsistencia de la persona de la tercera edad que, viviendo bajo su mismo techo, les prestó sus servicios personales durante más de diecisiete años”.

Así, esta Corporación amparó en forma transitoria el derecho a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social. En consecuencia, ordenó a la empleadora “cancelar mensualmente una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente a la señora María Cleofe Rodríguez Vda de Ruiz, obligación que deberá cumplirse en lo sucesivo 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. Dicho pago deberá hacerse en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Cuatorce de Familia de Bogotá, juez de primera instancia en la presente tutela, el cual verificará el cumplimiento de todas las ordenes aquí impartidas, advirtiéndolo a los demandados que si incumplieren se harán acreedores a las sanciones establecidas por los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

En igual sentido, la Sala Quinta de Revisión²⁵ amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de dos señoras de la tercera edad, que habían laborado como trabajadoras del servicio doméstico por un periodo superior a veinte años y que fueron despedidas sin justa causa. Además, se constató que los respectivos empleadores no efectuaron la afiliación al sistema general de seguridad social en pensión lo que les impidió obtener el reconocimiento de una pensión de vejez.

En esta oportunidad, la Corte analizó las circunstancias especiales de vulnerabilidad en las que frecuentemente se encuentran las personas que prestan el servicio doméstico, a causa de la ausencia de condiciones dignas de trabajo, tales como (i) la omisión de los aportes a la seguridad social (ii) pago de salarios inferiores al mínimo legal (iii) horarios que superan las jornadas legales (iv) trato cruel, entre otras.

Situaciones que se presentan, por el desconocimiento de los deberes principales de los empleadores respecto de los trabajadores, a partir de una diferenciación inadecuada, entre la labor desempeñada en el servicio doméstico y en la actividad comercial de una empresa. Además, en muchos casos, obedece al grado de familiaridad que se alcanza con aquellas personas con las que se convive.

En desarrollo de lo anterior, la Sala Quinta de Revisión acudió a lo expuesto por la OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 2014, de la siguiente manera:

²⁵ Sentencia T-387 de 2011 MP Jorge Iván Palacio Palacio

"Esta clase de trabajadores se han visto expuestos a condiciones de mayor vulnerabilidad. Así lo resaltó la O.I.T. en la Conferencia Internacional de Trabajo del año 2004, al destacar que las trabajadoras del servicio doméstico se encuentran dentro de la categoría de trabajadores más vulnerables, expuestos a diversos factores de riesgo; en este sentido, señaló que:

"las condiciones de trabajo de los trabajadores de servicio doméstico varían: se los trate a veces como miembros de la familia de sus empleadores, pero en otros casos se los explota, en condiciones que equivalen a las de la esclavitud y trabajo forzoso. A menudo la jornada de trabajo del personal del servicio doméstico es larga e incluso excesiva (15 ó 16 horas al día, por término medio), sin días de descanso ni compensación por sus horas extraordinarias, su salario suele ser muy bajo y tiene una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico (...). Se los somete también al acoso físico o sexual, a la violencia y los abusos y, en algunos casos, se les impide física o legalmente salir de la casa del empleador recurriendo a amenazas o a la violencia, o a la retención del pago de salarios o de sus documentos de identidad."

Adicionalmente, el organismo destaca una serie de carencias sobre la materia, tanto a nivel normativo y de regulación, como de inspección y vigilancia, sumado al desconocimiento por parte de los y las trabajadoras del servicio doméstico de sus derechos mínimos, lo cual genera la transgresión sistemática de derechos fundamentales".

Bajo esta misma línea, en un reciente pronunciamiento, la Sala Séptima de Revisión²⁶ amparó transitoriamente los derechos constitucionales al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer que prestó sus servicios personales como empleada doméstica en la casa de una familia, entre mediados del año 1977 hasta agosto de 2011 y en consecuencia, ordenó reconocer la pensión sanción a la trabajadora, en forma transitoria, mientras el juez ordinario se pronunciaba de manera definitiva, para ello, impuso a la accionante la obligación de presentar la demanda respectiva dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la sentencia. En esta oportunidad, la Sala Constató que la mujer de 75 años de edad se encontraba en una deplorable situación económica y que no podía acceder al reconocimiento de una pensión de vejez a causa de que su empleador, durante los 34 años de relación laboral, no efectuó la afiliación al sistema general de seguridad social en pensión.

En esta sentencia, la Corte Constitucional resaltó que la garantía del derecho a la seguridad social, que se materializa a través de la vinculación al sistema general de seguridad social en pensiones y al cumplimiento con el pago de los aportes, no excluye a aquellos trabajadores que desempeñan la labor del servicio doméstico. En este sentido, concluyó: *"El trabajo*

²⁶ Sentencia T-782 de 2014 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral merecedora equitativamente de los derechos respectivos".

En suma, la Corte Constitucional ha ordenado, de manera transitoria a los empleadores, que reconozcan y paguen la pensión-sanción a los trabajadores domésticos, respecto de quienes no efectuó la afiliación al sistema general de seguridad social en pensión, siempre que se verifique: (i) la existencia de un contrato de trabajo, (ii) que el despido se produjo sin justa causa (iii) que laboró por un lapso superior a diez años (iv) que cumple el requisito de edad en los términos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

El caso concreto.

La controversia planteada en el presente caso, surge por la omisión de la señora Deyanira Lozada de Gómez de efectuar la afiliación al régimen de seguridad social en pensión de la señora Elisa Quisoboni Catuche, durante la vigencia del contrato de trabajo verbal. Por lo tanto, cuando se produjo el despido sin justa causa, la trabajadora quedó en una situación económica precaria, pues no pudo obtener el reconocimiento de la pensión de vejez y por razón a su edad -78 años- y estado de salud, le ha sido imposible ejercer una actividad económica que le genere los ingresos necesarios para subsistir.

Examen del requisito de subsidiaridad

El Juez de instancia no encontró satisfecho el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, por cuanto refirió que existen otros mecanismos de defensa judicial para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión-sanción.

A su juicio, la demandante no demostró la existencia de una relación laboral y no desvirtuó lo manifestado por el apoderado de la parte accionada en la conciliación celebrada el 2 de abril de 2013 en el Ministerio de Trabajo, en el sentido de que la actividad desempeñada por la accionante se originó en un préstamo de dinero.

Al respecto, en el presente caso la Sala observa que se reúnen los requisitos señalados por la Corte Constitucional para que la acción de tutela, resulte procedente para el reconocimiento y pago de un derecho prestacional, toda vez que: (i) por razón de su edad -78 años- la señora Elisa Quisoboni Catuche es un sujeto de especial protección constitucional, (ii) por su avanzada edad y el deterioro de su estado de salud en razón de la enfermedad que presenta "*esteartrosis y frecuentes jaquecas*", la accionante no tiene la capacidad para ejercer una labor que le permita la

consecución de los recursos económicos que garanticen su subsistencia. Tampoco, puede obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, porque no cumple los requisitos para adquirir este derecho (iii) previo a la presentación de la demanda de tutela, la actora solicitó a la demandada el pago de esta prestación sin obtener una respuesta favorable, (iv) la acción de tutela es el mecanismo idóneo para amparar el derecho a la seguridad social del accionante, que se hace efectivo a través del pago de la mesada pensional, ya que por razón de su edad los recursos ordinarios de defensa judicial no son idóneos para lograr de manera eficaz la garantía del derecho a la seguridad social y al mínimo vital.

Frente a la situación económica de la señora Quisoboni Catuche, la Sala advierte que aquella no tiene un ingreso económico, pues en afirmación que no fue controvertida²⁷, refiere que actualmente no percibe una mesada pensional, ni desempeña una actividad laboral, hipótesis que se fortalece al considerar la edad de la accionante y que permite establecer que su capacidad laboral disminuyó, lo cual impide la consecución de los recursos económicos para su subsistencia, ya sea a través de un trabajo formal o en la informalidad.

Examen del requisito de inmediatez

El juez de tutela estimó que el presente caso no cumple con el requisito de inmediatez, pues la terminación del contrato se produjo desde el 7 de noviembre de 2012. Esto significa, que si esperó más de un año para formular la acción de tutela, la situación de la señora Quisoboni no presenta un alto grado de dificultad y calamidad, que permita al juez constitucional relevar al juez ordinario de la competencia que tiene para resolver la solicitud de la actora.

Frente a ello, la Sala rechaza el argumento expuesto por el juez de instancia, por cuanto en el expediente se observa que la actora puso en marcha la actividad administrativa a través del Ministerio de Trabajo desde el 7 de marzo de 2013²⁸, es decir transcurridos cuatro meses desde el momento en que se produjo el despido sin justa causa. Luego, el 30 de octubre de 2013, buscó el apoyo del consultorio jurídico de la Universidad del Cauca²⁹ en donde le negaron la atención jurídica por razón de la cuantía.

Lo anterior, pone de presente el esfuerzo de la accionante por buscar en la vía administrativa la protección de sus derechos constitucionales, además evidencian la imposibilidad económica de contratar los servicios profesionales de un abogado titulado lo que la llevó a buscar asesoría jurídica a través de los servicios gratuitos de un consultorio jurídico.

²⁷ Folio 30

²⁸ Folio 10

²⁹ Folio 19

En suma, la acción de tutela formulada por la accionante como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, procede en este caso, porque se constató que, la señora Elisa Quisoboni Catuche es una persona de la tercera edad que se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad en razón a su avanzada edad y a que no cuenta con los recursos económicos necesarios para subsistir mientras que la jurisdicción ordinaria laboral decide, de manera definitiva, sobre el reconocimiento de esta prestación pensional.

Superado el examen de procedibilidad formal de la acción de tutela, la Sala constatará, en el caso bajo estudio, el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para obtener el reconocimiento y pago de la pensión-sanción.

Advierte la Sala que, aunque la demandante formuló la acción de tutela como mecanismo transitorio, se definirá si se trata de un amparo transitorio o definitivo de acuerdo a la fórmula que ha adoptado la Corte Constitucional en estos casos (*supra* páginas 9 y 10) y atendiendo a la competencia que tiene el juez laboral para resolver la materia del presente asunto.

En la existencia de un contrato de trabajo

Teniendo en cuenta que existe discrepancia entre las señoras Quisoboni Catuche y Lozada de Gómez respecto de la existencia de un contrato de trabajo verbal. La Sala deberá analizar si el presente asunto, cumple los presupuestos que permiten declarar la existencia de un contrato realidad de conformidad con las consideraciones desarrolladas en esta sentencia. (*supra* página 7).

Actividad personal

Al respecto, la accionante manifestó que trabajó como empleada del servicio doméstico mediante un contrato verbal, desde el 2 de enero de 1992 hasta el 7 de noviembre de 2012.

Frente a ello, en la contestación de la demanda, la accionada no realizó algún pronunciamiento. Dedicó su escrito, a señalar que la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el amparo de un derecho prestacional por cuanto existen otros mecanismos de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la Sala observa que en la conciliación celebrada el 2 de abril de 2013 el apoderado de la señora Deyanira Lozada de Gómez reconoció la actividad desempeñada por la actora, aunque consideró que la misma obedeció al pago de un préstamo.

Ahora bien, la demandada no indicó, durante el trámite de la conciliación ni de la presente acción, cuáles fueron las condiciones en las que se produjo dicho contrato de mutuo, tales como el monto y plazo pactados, que permitieran constatar que durante los veinte años que la señora Quisoboni afirma haber prestado los servicios como empleada doméstica, cubrió dicha obligación económica.

Por lo tanto, la manifestación hecha en tal sentido por la parte demandada es imprecisa y no desvirtúa lo expuesto por la accionante respecto de que la actividad personal que prestó la accionante en favor de la demandada se reguló por un contrato de trabajo verbal de conformidad con el artículo segundo de la Ley 50 de 1990.

Subordinación

Como se estableció anteriormente, la actividad desempeñada por la señora Quisoboni Catuche, consistió en la prestación del servicio de aseo en la casa de la señora Lozada de Gómez.

Esta labor, supone un estado de subordinación porque generalmente las tareas del hogar son dirigidas por los empleadores, lo cual implica el establecimiento de órdenes dirigidas al trabajador para el cumplimiento de sus deberes o del objeto del contrato, el cumplimiento de un horario, entre otras características.

Remuneración

De acuerdo con lo manifestado por la señora Quisoboni Catuche, el pago que recibía como contraprestación de su labor como empleada doméstica en casa de la señora Lozada de Gómez, correspondía a \$12.000 diarios.

En contraste, en la conciliación celebrada el 2 de abril de 2011 el apoderado de la señora Deyanira Lozada de Gómez señaló que la labor desempeñada por la accionante obedeció al pago de un préstamo. En esta oportunidad señaló: *"no existió una relación laboral, lo que se dio entre las partes fue un préstamo de dinero a cambio de unos servicios de aseo"*.

Ahora bien, aunque para la parte demandada la contraprestación que recibió la accionante por el trabajo desempeñado consistió en el pago de una deuda, que según el relato del apoderado de la demandada, tenía la accionante en favor de la empleadora, la misma no deja de tener la naturaleza de remuneración.

En suma, de acuerdo con los relatos de la demandante y de la demandada, es claro que las partes coinciden en reconocer que la señora Quisoboni

Catuche desempeñó una actividad personal en favor de la señora Lozada de Gómez.

Entonces, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 50 de 1990 se presume que dicha actividad se encuentra regulada por un contrato de trabajo y que por lo tanto correspondería a la accionada probar lo contrario. Situación que en el presente trámite no se produjo.

(ii) la vigencia de la relación laboral, superior a diez años

Al respecto, la accionante manifiesta que la relación laboral se desarrolló desde el 2 de enero de 1992 hasta el 7 de noviembre de 2012. Esta manifestación, no fue controvertida por la accionada y por lo tanto la Sala en virtud del principio de buena fe tendrá por cierto lo narrado por la señora Quisoboni Catuche.

La Sala advierte que la demandada ha tenido oportunidad, para controvertir los extremos laborales indicados por la señora Quisoboni Catuche, tanto durante el trámite de la conciliación administrativa como de la acción de tutela, sin embargo sus manifestaciones han estado dirigidas a la improcedencia de la acción de tutela y a que dicha actividad personal se reguló por un contrato de mutuo.

A partir de ello, la Corte considera el presente caso se cumple este requisito porque la actividad laboral desempeñada supera los 10 años.

(iii) la ausencia de la afiliación al régimen de seguridad social en pensión y por lo tanto la omisión del pago de los aportes

Según la afirmación de la demandante, que no fue controvertida por la accionada, durante el periodo en que prestó el servicio de aseo, aquella no la afilió al régimen general de seguridad social.

Ahora bien, la negación de la existencia de un contrato de trabajo por parte de la demandada supone el no pago de los aportes al régimen de seguridad social.

Asimismo, la Corte consultó a través de la aplicación RUAF³⁰, disponible en la página web del Ministerio de Salud y Protección Social, y no se encontraron aportes al sistema general de seguridad social en pensión, durante la época de la relación laboral.

³⁰ [http://www.minsalud.gov.co/consultar-sispro/](#) consulta realizada el 26 de noviembre a la 1:32 p.m.

(iv) la terminación del contrato sin justa causa

A partir de las manifestaciones hechas por las partes en la demanda como durante el trámite de la conciliación administrativa, la Corte concluye que a la fecha, la relación laboral no está vigente.

Ahora bien, como quiera que la empleadora no explicó una razón que justifique dicha situación, la Corte considera que el despido se produjo sin justa causa.

(v) el cumplimiento de la edad según el tiempo de servicio prestado, de 10 a 15 años 60 años si es hombre y 55 años si es mujer y para una vigencia superior a 15 años 55 años si es hombre y 50 si es mujer.

En relación con este requisito, la Sala constató en la cédula de ciudadanía³¹ que al momento en que la accionante afirma que se presentó la terminación del contrato laboral tenía 76 años de edad.

Bajo este escenario, resulta evidente que el presente asunto cumple con los requisitos, desarrollados en las consideraciones de esta providencia, para que proceda, en forma transitoria, el reconocimiento y pago de la pensión-sanción.

En efecto, siguiendo la fórmula adoptada por esta Corporación al resolver casos similares al que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad (*supra* páginas 9 y 10), y atendiendo a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra la actora como consecuencia de la ausencia de recursos económicos que le permitan su subsistencia, esta prestación será reconocida en forma provisional mientras que la jurisdicción ordinaria resuelve sobre el reconocimiento definitivo de la misma.

En relación con el monto de esta prestación, y en consideración de que el salario devengado por la demandante era de \$ 1.000 mensuales trabajando tres días y medio a la semana y en armonía con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que la pensión de vejez no podrá ser inferior al salario mínimo, la Sala ordenará el reconocimiento provisional de la pensión-sanción en un monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, pues este sería el monto de la pensión que hubiera reconocido un fondo de pensiones, si la empleadora no hubiera omitido su deber de afiliar a la trabajadora al régimen de seguridad social en pensión.

Ahora bien, podría pensarse, que como quiera que el salario devengado por la trabajadora era inferior al salario mínimo, ya que no trabajaba todos los días de la semana, la pensión a la que tiene derecho debe ser proporcional. No obstante, es preciso aclarar que si bien en principio el artículo 18 de la

³¹ Folio 9

Ley 100 de 1993 preveía la posibilidad de que se pudieran realizar cotizaciones al sistema de seguridad social con un base de cotización inferior al salario mínimo, la Ley 797 de 2003³² modificó este precepto y determinó que los aportes a seguridad social no podrían ser inferiores a un SMLMV.

Por lo tanto, la cotización que debió efectuar la señora Deyanira Lozada de Gómez respecto de su trabajadora, no podía ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Procedibilidad de la acción de tutela en contra de un particular

El JEP analizó el cumplimiento de los aspectos generales de procedibilidad formal de la acción de tutela y posterior a ello, verificó el cumplimiento de los presupuestos jurisprudenciales que permiten amparar el derecho a la seguridad social que se materializa, en este caso, a través del reconocimiento de la pensión-sanción. Ahora bien, es importante analizar si el caso bajo estudio, cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación respecto a la procedencia de la acción de tutela en contra de un particular.

En este sentido, observa la Sala que la accionante se desempeñó como empleada del servicio doméstico para la señora Deyanira Lozada de Gómez, lo que supone un estado de subordinación que habilita la acción de tutela en contra de un particular, de acuerdo con las consideraciones señaladas en esta providencia (*supra* página 6).

Es preciso señalar que si bien la accionada manifestó que la actividad personal ejercida por la señora Quisoboni Catuche en su casa, obedeció al pago de una deuda, para la Sala es claro que independientemente de las condiciones que se hubieren pactado como remuneración del trabajo doméstico, existe una situación de desventaja de la trabajadora respecto de la empleadora no solo al momento de pactar las condiciones de trabajo sino también, durante el desarrollo de la relación laboral.

Formula que adoptará la Sala conforme a las reglas empleadas en la sentencia T-893 de 2008

De acuerdo con las consideraciones desarrolladas en esta providencia (*supra* páginas 16 a 18) la Sala examinará las condiciones especiales de las partes, antes de determinar la fórmula que adoptará en la parte resolutive.

³² Inciso final del artículo 5 de la Ley 797 de 2003: “en ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

Como se ha expuesto, la señora Quisoboni Catuche es una persona de la tercera edad -78 años- y no cuenta con los recursos económicos necesarios para garantizar su subsistencia, pues dadas las condiciones de salud y su avanzada edad, no puede desarrollar alguna actividad laboral. Así tampoco, percibe una pensión de vejez debido a que durante los últimos veinte años que laboró para la señora Deyanira Lozada de Gómez, ella nunca efectuó la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.

Por su parte, respecto de la señora Deyanira Lozada de Gómez observa la Sala que dentro de los argumentos principales expuestos para justificar la negativa del reconocimiento de esta prestación pensional, nunca ha puesto de presente algunas condiciones especiales que le impidan asumir esa obligación, tales como: (i) imposibilidad económica; (ii) avanzada edad; (iii) grave deterioro de su estado de salud, entre otras circunstancias que permitan a la Corte Constitucional, concluir que al asumir el pago de la pensión sanción, por haber omitido su deber de afiliación al sistema de seguridad social, ponga en riesgo su propia subsistencia.

A partir de lo expuesto, es claro que la señora Deyanira Lozada de Gómez, es la parte que se encuentra en mejor posición para asumir la carga de presentar la demanda ordinaria laboral, que surge a partir de la decisión de amparar transitoriamente los derechos fundamentales de la señora Quisoboni Catuche, para que se resuelva en forma definitiva la solicitud de reconocimiento de la pensión-sanción.

En contraste, estima la Sala que aquella obligación resulta gravosa para la accionante, pues implica un esfuerzo económico que no está en la capacidad de asumir, así como el sometimiento a una incertidumbre respecto del resultado del proceso que alteraría las condiciones necesarias para garantizar una vejez tranquila, finalidad que persigue la pensión de jubilación.

Entonces, de acuerdo con la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la señora Elisa Quisoboni Catuche respecto de la señora Deyanira Lozada de Gómez, la Sala considera que en este caso se debe aplicar la fórmula adoptada en la sentencia T-893 de 2008 y por lo tanto, invertir la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se defina sobre el reconocimiento de la prestación pensional a la demandada Deyanira Lozada de Gómez, y en caso de que aquella no cumpla con esta obligación, esta decisión alcanzará el carácter definitivo.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia proferida por el Juez Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Popayán, a través de la cual negó el amparo de los derechos constitucionales de la señora Elisa Quisoboni Catuche y en su lugar le concederá en forma transitoria el amparo de los derechos a la seguridad

social y al mínimo vital. En consecuencia, ordenará a la señora Deyanira Lozada de Gómez, pagar una pensión provisional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente dentro de los cinco primeros días de cada mes hasta que la justicia ordinaria laboral decida sobre el reconocimiento definitivo de esta prestación.

Teniendo en cuenta que el amparo se concede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la presente sentencia, la señora Deyanira Lozada de Gómez, deberá iniciar el correspondiente proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral a fin de que determine si la señora Elisa Quisoboni Catuche tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión-sanción.

III. DECISIÓN

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

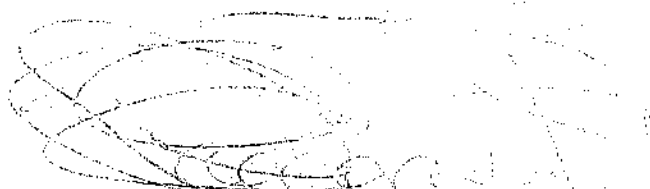
RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Popayán, el diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014) mediante la cual se negó el amparo solicitado, para en su lugar, **CONCEDER** la tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Elisa Quisoboni Catuche.

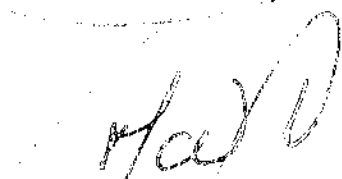
Segundo.- ORDENAR a la señora Deyanira Lozada de Gómez que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, comience a pagar a la señora Elisa Quisoboni Catuche una pensión provisional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Dicha prestación deberá pagarse durante los cinco primeros días de cada mes, en la forma que indique la accionante, hasta que el juez ordinario laboral se pronuncie en forma definitiva respecto al reconocimiento de este derecho. Para tal efecto, la señora Deyanira Lozada de Gómez contará con un término de cuatro meses desde la notificación de este fallo, para formular la demanda laboral ya que de lo contrario, esta decisión alcanzará el carácter definitivo.

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

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



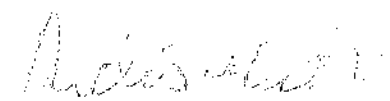
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente



MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada



MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado



ANDRÉS MUTIS VENEGAS
Secretario (E)

Expediente T-4485797