

Sentencia T-396/18



Referencia: Expediente T-6.732.003

Acción de tutela instaurada por Manuela del Carmen Vivas Gulfo contra la Promotora Bananera S.A.

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., 25 de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín que confirmó la decisión del Juzgado 44 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Manuela del Carmen Vivas Gulfo contra la Promotora Bananera S.A. – en adelante Probán S.A.–

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

1. La señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo de 70 años de edad, trabajó desde 1971 hasta 27 de julio de 2014, con diferentes empresas del sector privado y con la Rama Judicial¹. Específicamente, entre el 20 de enero de 1982 y el 10 de febrero de 1990, prestó sus servicios a Agropecuaria Bahía Grande S.A., sustituida por Probán S.A.

2. El 8 de enero de 2013, la accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la que fue negada mediante Resolución n° GNR223703 del 2 de septiembre de 2013, por no acreditar el número de semanas cotizadas que exige la Ley 797 de 2017. Al respecto, se indicó:

¹ Con la Rama Judicial trabajó desde el 13 de enero de 1994 hasta el 27 de julio de 2014 –fol. 130–.

“... el interesado (sic) acredita un total de 7,365 días laborados, correspondientes a 1,052 semanas.

Que nació el 22 de agosto de 1947 y actualmente cuenta con 66 años de edad

(...)

Que una vez revisada la Historia Laboral del afiliado (sic), NO ACREDITA 1250 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones para el año 2013 (...)”

3. El 12 de febrero de 2014, interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, en el que manifestó no estar de acuerdo con los parámetros con los cuales se determinó la prestación económica solicitada, por considerar que cumple con los requisitos del régimen de transición por los aportes realizados al Sistema General de Pensiones. En este sentido, solicitó realizar el estudio bajo la Ley 546 de 1971.

4. Mediante Resolución n° 185178 del 26 de mayo de 2014, Colpensiones resolvió el recurso de reposición y confirmó la decisión. Señaló que si bien la peticionaria acreditó el tiempo de servicio exclusivo a la “*rama jurisdiccional o al Ministerio Público*”, también es cierto que no conservó el régimen transición, pues al 25 de julio de 2015 no contaba con las 750 semanas cotizadas, exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En este sentido, señaló que “*verificada la historia laboral de la asegurada cuenta con 1.114 semanas de cotización, las cuales no son suficientes para el reconocimiento de la prestación económica; teniendo en cuenta que no acredita 750 semanas al 25 de julio de 2005, ni 1250 semanas al 2013 que exige la Ley 797 de 2003*”.

5. La accionante arguye que Colpensiones no tuvo en cuenta el período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983, tiempo durante el cual trabajó para Agropecuaria Bahía Grande S.A., hoy Probán S.A., porque su empleador no realizó los aportes pensionales correspondientes.

6. Expuso que pese a solicitar en múltiples oportunidades la corrección de su historia laboral, a la fecha no ha sido posible materializar la petición, situación que desconoce sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, pues “*las semanas correspondientes al período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983 me permitirían reunir las semana mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez*”. Además, en la actualidad presenta “*diferentes padecimientos que agravan mi*

condición de salud y no cuento con una vinculación laboral que me permita obtener los recursos necesarios para mi subsistencia”².

Solicitud de tutela

La señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia *“se ordene a Probán S.A. pagar a Colpensiones el valor de las sumas actualizadas correspondientes a las cotizaciones para el seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte por el período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983, de modo que estas semanas sean validadas por Colpensiones para el reconocimiento de la pensión de vejez”*.

Traslado y contestación de la demanda

7. A través de auto del 5 de octubre de 2017 el Juzgado 44 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín admitió la acción de tutela, ordenó correr traslado del expediente a Probán S.A. y vincular a Colpensiones al trámite de la acción de tutela de la referencia.

Respuesta a la acción de tutela

8. El representante legal de Probán S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, manifestó no haber vulnerado ningún derecho fundamental.

Indicó que es cierto que la señora Manuela Vivas Gulfo prestó sus servicios para la sociedad Agropecuaria Bahía Grande S.A. (absorbida por Probán S.A.) entre enero de 1982 y diciembre de 1983, en el municipio de Apartadó, Antioquia. Para esta época, el régimen pensional vigente era el Código Sustantivo del Trabajo que paulatinamente fue sustituido por el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la extensión de cobertura territorial que esta entidad fuera determinando.

Señaló que la empresa no realizó el pago de las cotizaciones pensionales porque *“el período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983 en el municipio de Apartadó, el Instituto de los Seguros Sociales no realizó el llamamiento a afiliación obligatoria para los empleadores y empleados (...) Este hecho ocurrió hasta agosto de 1986, cuando entró en vigencia la Resolución N° 2362 de 1986 del Instituto de Seguros Sociales”*. En este orden, Probán S.A., cumplió con sus obligaciones como empleadora de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo.

9. Colpensiones solicitó ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues las pretensiones de la accionante se refieren a

² La accionante manifestó que padece de *“Afaquia, Degeneración de la Mucula y del Polo Posterior del ojo, ceguera de un ojo y sinusitis crónica”*.

“reclamaciones de acreencias laborales y demás obligaciones que se desprenden del vínculo laboral, derechos que se apartan de la competencia de Colpensiones como entidad administradora de los aportes a la seguridad social en materia pensional de sus afiliados”.

Para fundamentar su respuesta, hizo alusión a las obligaciones del empleador previstas en los artículos 22 de la Ley 100 de 1993; 11 del Decreto 692 de 1994 y en la jurisprudencia constitucional³.

Pruebas aportadas al proceso

10. Con el escrito de tutela, la peticionaria allegó copia de los siguientes documentos:

- Resolución n° GNR 223703 del 2 de septiembre de 2013, por medio de la cual Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Manuela Vivas Gulfo⁴.
- Resolución n° GNR 185178 del 26 de mayo de 2014, a través de la cual Colpensiones resolvió el recurso de reposición instaurado por la accionante contra el anterior acto administrativo⁵.
- Respuesta del derecho de petición presentado por la actora ante Colpensiones, de fecha de 2 de enero de 2014, relacionado con *“la actualización de datos- solicitud de corrección de la historia laboral”*, en la que le informan que *“no se encontró registro de las cotizaciones a su nombre para los períodos reclamados 1982/01 a 1992/12; por lo anterior, es necesario que nos suministre los documentos probatorios y/o soportes de afiliación (...) donde se evidencie su vínculo laboral con dicho empleador (...) para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar (...)”*⁶.
- Respuesta del derecho de petición de fecha de 16 de febrero de 2016, en el que le informan a la accionante que la solicitud con radicado n° 2016_1568807, relacionada con *“la actualización de datos- solicitud de corrección de la historia laboral”* será resuelta *“dentro de los siguientes 60 días hábiles, dada las actividades que demanda el proceso de investigación y corrección de las inconsistencias que pudiera presentar su historia laboral”*⁷.
- Respuesta a la solicitud de corrección de historia laboral presentada por la accionante ante Colpensiones, de fecha de 16 de febrero de 2017, en la que le informan que *“referente a la validación y cargue de los ciclos 1995/03, 1999/01, 2000/12 y 2001/04 con dicho empleador, no se evidencia pago efectuado para tales ciclos, razón por la cual no se contabilizan en su historia*

³ Sentencia T-347 de 2000.

⁴ Folio 7-11 del cuaderno principal.

⁵ Folio 13-16 del cuaderno constitucional.

⁶ Folio 17 y 18 del cuaderno constitucional.

⁷ Folio 19 y 20 del cuaderno principal.

laboral. Es de aclarar que al respecto, es posible que se haya dado el pago por parte del empleador, pero que el mismo presente inconsistencias como error en los datos o falta de detalle respecto de los afiliados sobre los cuales se efectuó (sic) el pago, y en tal sentido nuestro sistema no registra la aplicación de los mismos, mostrándose una deuda (...). Por lo anterior (...) hemos requerido al empleador el pago o aclaración de los ciclos pendientes (...)”⁸.

- Certificado de información laboral correspondiente al período comprendido entre el 13 de enero de 1994 al 31 de julio de 1994, donde consta que la peticionaria prestó sus servicios a la Rama Judicial y estuvo afiliada a Cajanal⁹.

- Historia clínica de la señora Manuela Vivas Gulfo en la que consta que padece de “*afaquia, degeneración de la macula y del polo posterior de ojo y ceguera de un ojo*”¹⁰.

Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

11. El 23 de octubre de 2017, el Juzgado 44 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados. A su juicio, la controversia suscitada debe ser dirimida ante la jurisdicción ordinaria laboral, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela.

De otro lado, señaló que no se le puede reprochar a la accionada la actitud frente al no pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de los años 1982 y 1983, toda vez que la actora no ha realizado ninguna solicitud tendiente a corregir los yerros ocasionados por dicha omisión.

Impugnación

12. La señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo impugnó la decisión, al considerar que el mecanismo ordinario es ineficaz, dada las particulares del caso (edad, salud y situación económica) y la duración del proceso, que por su congestión, dura más de dos (2) años.

Alegó haber trabajado con Probán S.A., desde el 20 de enero de 1982 hasta el 10 de febrero de 1990 y, en este sentido, corresponde a esta empresa “*aprovisionar los recursos necesarios para efectos pensionales de sus trabajadores, aun en los sitios donde el ISS no tenía cobertura*”¹¹.

⁸ Folio 21y 22 del cuaderno principal.

⁹ Folios 23 y 24 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 25 -126 del cuaderno principal.

¹¹ Sentencia T-194 de 2017.

Luego de transcribir apartes de la sentencia T-194 de 2017 sobre *“la acumulación de tiempos de servicios prestados y el deber de aprovisionamiento de los empleadores, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional y ordinaria”*, solicitó ordenar a (i) Probán S.A., realizar *“los aportes pensionales causados entre el 20 de enero de 1982 hasta el 10 de febrero de 1990, conforme al cálculo actuarial”* y; (ii) Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez.

Segunda instancia

13. El 4 de diciembre de 2017, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín confirmó el fallo de primera instancia. Luego de hacer un análisis sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y cobro de acreencias laboral y pensional, estimó que en el caso *sub examine* no se cumple con el requisito de subsidiaridad, por cuanto la accionante cuenta con la jurisdicción ordinaria laboral, de la cual no ha hecho uso.

Indicó que si bien la accionante narró una serie de situaciones en relación a que no cuenta con sustento económico para velar por sus gastos, lo cierto es que dicha manifestación carece de sustento probatorio, pues no se encontró documento alguno que acredite una afectación grave a su mínimo vital, que amerite una protección inmediata del juez constitucional.

Agregó que *“no se evidencia la violación a los derechos fundamentales invocados (...), ni mucho menos el de petición pues no existe certeza de la presentación de un derecho petición ante Probán S.A. lo que impide hacer un análisis de fondo acerca del respeto de términos para responder (...).”*

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

14. Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Problema jurídico

15. Corresponde a la Sala Octava de Revisión, en primer lugar, determinar si la presente acción de tutela es procedente para examinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas invocados por la accionante. En caso de superar el estudio de procedibilidad procederá, en segundo lugar, a establecer si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, por haber omitido el deber de aprovisionar

y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez, bajo el pretexto que para la época en que prestó sus servicios no estaba obligada a cotizar para dicha prestación.

16. Para dar respuesta al problema jurídico planteado, esta Sala abordara los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela en materia pensional; y (ii) la obligación de los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para efectos pensionales de sus trabajadores. Posteriormente, asumirá el estudio del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela en materia pensional

17. El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un recurso para la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las entidades públicas o, en algunos casos, por las privadas. Esta Corporación ha señalado que por regla general la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de las pensiones por tratarse de una acreencia laboral, respecto de la cual existen otros medios judiciales que deben utilizarse de manera previa al amparo constitucional¹².

18. No obstante, esa regla general puede modificarse cuando se trata de garantizar los derechos fundamentales que precisan de protección inmediata, puesto que el trámite de un proceso ordinario puede constituirse en una carga desproporcionada para el sujeto de especial protección constitucional o el accionante que, por otros motivos, se encuentra expuesto a sufrir un perjuicio irremediable¹³.

19. La Corte Constitucional ha sujetado el reconocimiento de las prestaciones pensionales a través de la acción de tutela a las siguientes reglas:

“(i) Cuando aun existiendo otro medio de defensa judicial ordinario disponible, la acción de tutela se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁴, mientras el juez ordinario decide el fondo del caso de forma definitiva.

(ii) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes no resultan eficaces ni idóneos para el caso concreto, la acción de tutela procederá como mecanismo principal y la decisión será definitiva^{15,16}.

¹² “Así, la persona que considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales debe acudir, en primer lugar, a las vías ordinarias idóneas de defensa para lograr la protección de aquellos y, en segundo lugar, podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable”. Sentencia T-1088 de 2005.

¹³ Sentencia T-079 de 2016.

¹⁴ La jurisprudencia ha dicho que el perjuicio irremediable se caracteriza: “(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.” Sentencia T-549 de 2014.

¹⁵ Sentencia T-235 de 2010.

20. Así mismo, ha señalado que los sujetos de especial protección constitucional son los niños, las madres cabeza de familia, las personas con discapacidad, la población desplazada, los adultos mayores *“y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”*¹⁷.

21. Adicionalmente, se ha señalado que la idoneidad de los medios judiciales para reclamar los derechos pensionales se debe analizar de cara a las circunstancias del caso concreto. En ese sentido, deberá establecerse la edad, la composición del núcleo familiar, el estado de salud, su situación económica, el grado de escolaridad y su posible conocimiento sobre los derechos, la forma de hacerlos efectivos y el tiempo que lleva esperando su derecho¹⁸.

22. En sentencia T-194 de 2017 la Sala Sexta de Revisión sostuvo que la acción de tutela es el mecanismo ideal para la defensa de los derechos de las personas de la tercera edad, puesto *“que no resulta proporcional someterlos a un proceso ordinario cuya decisión se difiere en el tiempo y, por tanto, sería prolongar la incertidumbre acerca del derecho fundamental que se busca proteger, tornándose el recurso de amparo en ese evento como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz”*¹⁹.

23. En torno a la acción de tutela contra las decisiones de los fondos de pensiones, la Corte ha considerado que debe demostrarse *“un grado mínimo de diligencia* al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado por parte del actor, y la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho pensional. Asimismo, para la prosperidad material de la acción (presupuesto de fondo), la Corporación ha exigido que se presente un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y titularidad del derecho reclamado”²⁰.

24. En suma, si bien la acción de tutela no procede para reclamar prestaciones pensionales, excepcionalmente se admite su procedencia cuando el accionante es una persona de especial protección constitucional.

¹⁶ Sentencia T-245 de 2017. Ver igualmente las sentencias T-002A de 2017, T-012 de 2017, 205 de 2017 y T-241 de 2017, entre otras.

¹⁷ Sentencias T-194 de 2017, T-736 de 2013 y T-495 de 2010.

¹⁸ Sentencia T-079 de 2016.

¹⁹ Sentencia T-194 de 2017 y T-549 de 2012.

²⁰ Sentencia T-194 de 2017.

La obligación de los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para efectos pensionales de sus trabajadores

25. La seguridad social en materia pensional ha sido reconocida por esta Corporación como un derecho fundamental autónomo²¹ e irrenunciable, que tiene por objeto garantizar a la población colombiana una calidad de vida en condiciones dignas, cuando esta se encuentre en la imposibilidad de obtener los medios de subsistencia necesarios²².

26. La Observación General n° 191 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³ dispone que el derecho a la seguridad *“incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”*. (Énfasis agregado)

27. De igual manera lo estipula el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*²⁴

28. En Colombia, la Ley 6 de 1945 *“por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”* reguló la materia sobre las prestaciones patronales mientras se organizaba el seguro social obligatorio. En este sentido, determinó que, entre otras obligaciones, correspondía al empleador lo siguiente:

(i) El pago de: (a) indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional; (b) un auxilio por enfermedad no profesional, (c) los gastos indispensables de entierro del trabajador; (d) 15 días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio que se preste a partir del 16 de octubre de 1944; y (e) el reconocimiento de 1 mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea

²¹ Sentencia T-327 de 2017.

²² Sentencia T-722 de 2017.

²³ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 19 El derecho a la seguridad social (Artículo 9), 39º período de sesiones 5 – 23 de noviembre de 2007. Ginebra. Párrafo 1.

²⁴ Al respecto, ver también el Protocolo Adicional al PIDESC -Protocolo de San Salvador-, que establece que *“[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”*.

originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato, entre otras. – Art. 12–

(ii) Los empleadores del sector privado, cuyo capital empresarial excediera un millón de pesos (\$1.000.000) estaban obligados a pagar una pensión vitalicia de jubilación al trabajar que hubiese prestado sus servicios durante veinte (20) años y tuviese cincuenta (50) años de edad–Art. 14–.

(iii) Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente tenían derechos a un auxilio de cesantía, una pensión de jubilación/ invalidez, un seguro por muerte, un auxilio por enfermedad no profesional, una asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria en los casos a que haya lugar y a los gastos indispensables del entierro del empleado u obrero. –Art. 17–.

29. Con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales –Ley 90 de 1946– se dio inicio a un sistema de seguridad social en el que se consagraron mayores prerrogativas a favor de los trabajadores, trasladando a dicha entidad la obligación de asumir los riesgos que por concepto de vejez, invalidez, muerte, enfermedades profesionales y no profesionales, maternidad y accidentes de trabajo acaecieran los empleados nacionales y extranjeros que desarrollaran una actividad laboral en el sector privado, en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje. En cuanto a la pensión de vejez, señaló lo siguiente:

“ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.”

Así mismo, estipuló que la afiliación al Instituto Colombiano de Seguros Sociales sería gradual y progresiva, mientras la entidad realizaba el llamamiento a los empleadores para que efectuaran la respectiva inscripción

de sus trabajadores²⁵. En este orden, el artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo estableció que los empleadores estaban obligados a pagar las prestaciones patronales hasta que *“el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto”*.

30. En concordancia con lo anterior, el Decreto 3041 de 1966²⁶ determinó que *“las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestas en este reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez.”*²⁷.

31. Finalmente, se expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral que tiene por objeto *“garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*.

El literal c) del artículo 33 de la citada norma estableció que para efectos del cómputo de las semanas para acceder a la Pensión de Vejez se tendrá en cuenta *“el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*.

32. Con fundamento en el marco normativo expuesto, la Corte Constitucional, a través de sus diferentes Salas de Revisión, ha señalado el deber de los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para el reconocimiento y pago de las pensiones de sus trabajadores, como se expondrá a continuación.

33. En **sentencia C-506 de 2001**, este Tribunal estudio una demanda de inconstitucionalidad contra el literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la que se alegaba que exigir que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la ley 100, para efectos del cómputo de semanas tendiente al reconocimiento de la pensión de vejez de los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión ponía en desventaja manifiesta a estos trabajadores, *“pues en la ley 100 a los demás trabajadores no se les pone tal condición, discriminación que viola en forma directa el derecho fundamental a la igualdad”*.

²⁵ Artículo 72 de la Ley 90 de 1946.

²⁶ Por medio del cual se aprueba el reglamento general del seguro de invalidez, vejez y muerte, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales mediante el acuerdo número 224 de 1966.

²⁷ Artículo 62.

En aquella oportunidad se determinó que el derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía antes de la Ley 100 de 1993. En este sentido, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, tenían una simple expectativa de este derecho, que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos.

Con fundamento en lo anterior, la Corte consideró que sí existían “*elementos objetivos que establecen una diferencia de situación en relación con estos trabajadores y, la diferencia de trato que establece la norma atiende a esta circunstancia, sin que ello pueda considerarse irrazonable o desproporcionado dentro del marco preciso en que se inscribe el derecho prestacional a la seguridad social al que se hizo referencia, así como de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico*” y, en consecuencia, declaró exequible la expresión “*siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley*”, contenida en el literal c) del párrafo 1º, del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

34. No obstante lo anterior, en **sentencia T-784 de 2010** la Sala Octava de Revisión estudió el caso de un señor de 66 años, que trabajó para la compañía Texas Petroleum Company y/o Chevron Texaco, entre el 16 de julio de 1984 y el 15 de junio de 1992, sin que la empresa hubiese realizado las cotizaciones para seguridad social, porque en esa época no se tenía la obligación de hacerlo.

La Sala señaló que desde la Ley 6 de 1945 se creó la obligación de los empleadores de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos, hasta cuando el instituto asumirá esta obligación²⁸, la cual, si bien sería de forma progresiva, no exoneraba al patrono de su deber de realizar los aportes que por concepto pensional tenían derecho el trabajador, por el tiempo laborado²⁹.

De conformidad con el marco normativo en materia de seguridad social, indicó lo siguiente:

“i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.

²⁸ Artículo 12 de la Ley 6 de 1945.

²⁹ Artículo 72 de la Ley 90 de 1946.

iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946-.”

Así mismo, manifestó que de aceptarse la tesis, según la cual, “*para la época no tenía la obligación de cotizar*”, se vulneraría el derecho fundamental a la igualdad, pues el tiempo que deberían cotizar los trabajadores en esas condiciones sería mayor al de otras personas en similares circunstancias y, además, se despojaría al trabajador de una garantía que le permita una vida digna frente a escenarios de “*social distress*” como es la vejez, porque exigirle a un adulto mayor que trabaje para que cotice los aportes del tiempo que en otrora laboró para la petrolera es desproporcionado.

Aclaró que no debía confundirse la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar el aporte correspondiente al Instituto de Seguros Sociales, una vez este asumiera la obligación del pago de las prestaciones patronales, con la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, pues cada una implica derechos distintos para los terceros beneficiados por las mismas, es decir, los trabajadores de dichas empresas.

Conforme con lo anterior, concluyó que:

(i) Desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 los empleadores tenían el deber de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar el aporte correspondiente al Instituto de Seguros Sociales, una vez este asumiera la obligación del pago de la pensión de jubilación.

(ii) La interpretación más ajustada a la Constitución es aquella que ordena tener en cuenta el tiempo laborado por el trabajador y computarse para efectos de la pensión, incluso si el contrato de trabajo había terminado antes de empezar a regir la Ley 100 de 1993, garantizando de esta forma el derecho a la seguridad social.

Por lo anterior, concedió el amparo constitucional y ordenó al Instituto de Seguros Sociales liquidar las sumas actualizadas, de acuerdo con el salario que devengaba el actor durante el período laborado para las empresas accionadas, las cuales, deberían, a su vez, transferir al Instituto el valor actualizado de la suma por éste liquidada.

35. Más adelante, en **sentencia T-712 de 2011**³⁰ se analizó la acción de tutela instaurada por Julio César Ariza Pinilla contra Texas Petroleum Company –

³⁰ En esa oportunidad, la Sala Primera de Revisión resolvió estarse a lo considerado y decidido en el fallo antes citado y, en consecuencia, ordenó a: (i) Citi Colfondos liquidar las sumas actualizadas, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en los períodos en que trabajó con las accionadas y, (ii) Texas Petroleum Company– Chevron Texaco Petroleum Company, Perenco Colombia Limited y Occidental de Colombia transferir a Citi Colfondos el valor actualizado de las sumas liquidadas por este.

Chevron Petroleum Company, Perenco Colombia Limited y la Occidental de Colombia Inc, debido a que estas se negaron a realizar los aportes pensionales por el tiempo laborado, argumentado que para la época, las compañías no fueron llamadas por el ISS a cotizar el riesgo de vejez y, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es válido computar el tiempo trabajado antes de entrar el Sistema General de Seguridad Social Integral, cuando la relación laboral había terminado.

La Sala sostuvo que si bien la obligación de todos los empleadores de afiliar a sus trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones surgió a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 *“desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste”*.

Explicó que el precedente contenido en la sentencia C-506 de 2001 no era aplicable al caso concreto, toda vez que el demandante no buscaba completar el tiempo de servicios exigido por la ley para pensionarse, sino que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, vulnerados por las empresas demandadas, por el no pago de los aportes correspondientes por los servicios prestados durante unos períodos que no están en discusión.

36. En esta misma línea, en **sentencia T-770 de 2013**, este Tribunal constitucional revisó la acción de tutela instaurada por un señor de 84 años, quien solicitaba se ordenara a Cajanal liquidar las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba en el período laborado en Bavaria S.A. y con base en ello, el empleador transfiriera dicho valor, con el objetivo que le fuese reconocida la pensión de vejez junto con el correspondiente retroactivo. Para ello, el accionante se apoyó en la sentencia T-784 de 2010.

La Sala Quinta de Revisión luego de hacer un recuento del desarrollo normativo de la seguridad social en pensiones en Colombia y de realizar un análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia al interior de la Corte Constitucional, concluyó que *“todo empleador particular estaba en la obligación de aprovisionar el capital necesario para responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores, una vez el Instituto hiciera el llamado a afiliación”*.

Indicó que desde el comienzo el legislador previó la obligación del empleador privado -con independencia del número de años servidos por el trabajador o del capital total de la empresa- de aportar las cuotas proporcionales de aquellas relaciones laborales que ya venían ocurriendo para el momento en el que el instituto asumiera el riesgo de vejez de esos trabajadores.

Advirtió que aunque no era responsabilidad de la empresa realizar los aportes a pensión al Instituto de Seguros Sociales, antes de 1967, por cuanto no había entrado en funcionamiento, sí constituía un deber jurídico de cada empleador realizar los aprovisionamientos necesarios para hacer las transferencias al instituto una vez la entidad hiciera el llamado a afiliación (Ley 90 de 1946, art. 72 y 76). Lo anterior, porque aunque el llamado de afiliación se hizo con posterioridad a su creación, ello “no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales”³¹.

En cuanto al precedente dispuesto en la Sentencia C-506 de 2001, manifestó que:

“Las conclusiones presentadas en esta providencia no contravienen lo dispuesto por la Sala Plena en sentencia C-506 de 2001, en donde se declaró exequible un apartado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual para efectos de computar el tiempo de servicios con miras a obtener la pensión, podía tenerse en cuenta el tiempo trabajado con empleadores privados que hubieran tenido a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral estuviera vigente, o se iniciara con posterioridad a la entrada de esa ley.

*El ejercicio del control abstracto de constitucionalidad efectuado en aquella ocasión no cobijó situaciones como la presente, en la que una persona ya goza de un derecho adquirido, es decir de una situación jurídica individual que ha quedado definida y consolidada bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entiende incorporada válida y definitivamente o pertenece al patrimonio de una persona*³².

En efecto, en casos como el de Humberto Agamez Cally quien cumplió la edad requerida y el tiempo mínimo de servicio antes del 1º de abril de 1994, no se busca sumar el número de semanas pasadas con las que se causen bajo la nueva norma de seguridad social; ni se pretende invocar la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, sino el estatuto general del I.S.S. dispuesto en la Ley 90 de 1946, bajo el cual se consolidó el derecho de pensión”

En este sentido, la Sala ordenó a Colpensiones liquidar las sumas actualizadas, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el período comprendido entre el 25 de febrero de 1962 al 22 de julio de 1963, durante el cual laboró para Distribuidora Águila S.A., hoy Bavaria S.A.

³¹ Sentencia T-784 de 2010.

³² Sentencia SU-130 de 2013.

37. En **sentencia T-410 de 2014**, la Sala Novena de Revisión conoció la acción de tutela instaurada por el señor Raúl Alberto Tovar Pulido contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se alegó la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y seguridad social, debido a que la autoridad accionada negó el traslado de los aportes que la Federación Nacional de Cafeteros dejó de cotizar al ISS entre el 22 de noviembre de 1973 y el 1 de octubre de 1986, porque para la fecha no recaía la obligación de realizar aportes para pensión.

En aquella oportunidad, luego de referirse a las dos (2) tesis planteadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, relacionada con la posibilidad de tomar en consideración para efectos pensionales los tiempos laborados ante empleadores particulares que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación³³, la Sala cambió de posición y, en este sentido, concluyó que *“si bien los empleadores no incurrieron en omisión de afiliación obligatoria de sus trabajadores en tanto no fueron llamados en su debido momento por el seguro social para el efecto, sí tienen la carga de trasladar el aporte previo respectivo ante el llamamiento general de afiliación obligatoria efectuado a través de la Ley 100 de 1993, incluso si las relaciones laborales ya habían finalizado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, pues los artículos 72 de la Ley 90 de 1946 y 259.2 del CST habían advertido al empleador que cumplido el llamamiento con arreglo a la ley en un plazo indeterminado, tendrían que trasladar los mencionados recursos al sistema de pensiones”*.

Así mismo, aclaró que el condicionamiento fijado en el literal ‘c’ parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 relativo a la vigencia del contrato de trabajo al momento de entrada en vigor del sistema general de pensiones para efecto de ordenar el traslado de los aportes correspondientes al tiempo de servicio prestado por el trabajador, hizo tránsito a cosa juzgada relativa, por lo tanto hay lugar a aplicar, en los casos concretos, la excepción de inconstitucionalidad frente al mencionado requisito y ordenar al empleador el traslado al régimen de pensiones del trabajador, del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por este.

Específicamente expresó que la sentencia C-506 de 2001 hizo tránsito a cosa juzgada relativa, por las siguientes razones:

³³ *“La primera de ellas fue plasmada en la sentencia T-784 de 2010 en la que la Sala Octava sostuvo que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 72 de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, sí era posible ordenar al empleador el traslado de la suma correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador, incluso si el vínculo laboral finalizó con anterioridad a la entrada en vigor del sistema general de pensiones. La segunda posición se derivó de juicios concretos que interpretando lo dispuesto en las providencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, sentenciaron la imposibilidad de acumular para efectos pensionales los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 ante empleadores que no tenían la obligación de afiliar a sus trabajadores al seguro social y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones”*.

(i) Materialmente solo estudió un cargo por la presunta infracción del principio de igualdad entre los trabajadores que se les exigía la pervivencia del vínculo laboral a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y aquellos a los que no se les hacía dicha exigencia, para efecto de acumulación de los tiempos laborados respecto de un empleador que antes de la vigencia del sistema general de pensiones tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones;

(ii) Si bien la sentencia aludió al artículo 48 superior y al derecho a la seguridad social contenido en este, realmente no analizó cargo alguno relativo a dicha disposición jurídica;

(iii) Si en gracia de discusión se sostuviera que la sentencia aplicó el artículo 48 superior para resolver el problema jurídico allí formulado, dicha disposición fue modificada en aspectos esenciales por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, al incorporar expresamente la garantía a los derechos adquiridos en materia de seguridad social y de efectividad de las cotizaciones y los tiempos servidos para efectos pensionales;

(iv) La sentencia no estudió la probable infracción de los derechos adquiridos de los trabajadores (Art. 48 y 58 C.P.) en que podría incurrir el literal “c” párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con la exigencia de pervivencia del vínculo laboral.

En este sentido, sostuvo que había lugar a aplicar la excepción de constitucionalidad frente al condicionamiento fijado en el literal “c” párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que el mismo vulnera “(i) *el derecho adquirido de los trabajadores al cómputo de los periodos causados para efectos pensionales, en atención a lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 6 de 1945, 72 de la Ley 90 de 1946, 259.2 y 260 del CST y 13 Lit. 2 de la Ley 100 de 1993. Este derecho goza de expresa protección superior a la luz de los artículos 48 y 58 constitucionales que amparan los derechos adquiridos con arreglo a la ley; (ii) el principio constitucional de efectividad de las cotizaciones y los tiempos servidos para efectos pensionales y; (iii) el principio constitucional de eficiencia de la seguridad social*”.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Novena de Revisión amparo los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social y ordenó al Tribunal accionado proferir una nueva sentencia en la que tome en cuenta las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

38. La anterior posición, fue acogida por la Sala Octava de Revisión, en **sentencia T-665 de 2015**, que luego de analizar la jurisprudencia constitucional y el marco normativo que regula a los empleadores del sector privado en seguridad social antes y después de la Ley 100 de 1993, encontró que efectivamente, es deber del juez constitucional aplicar la excepción de

inconstitucionalidad del literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La Sala advirtió que: (i) la sentencia C-506 de 2001 únicamente analizó el literal c, párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a la luz del derecho fundamental a la igualdad, razón por la cual, el juez constitucional puede aplicar la excepción de constitucionalidad por otros cargos diferentes al estudiado en esa oportunidad; y (ii) la disposición en comento vulnera el derecho a la seguridad social y la protección a los derechos adquiridos de los trabajadores.

39. En pronunciamientos más recientes, la **sentencia T-194 de 2017** estudió el caso del señor Luis Arturo Noriega, quien alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la vida digna, debido a que: (i) el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora- no realizó el traslado de aportes obrero-patronales de pensiones al Seguro Social –hoy Colpensiones- y (ii) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, no lo afilió al fondo de pensiones y, por tanto, no canceló los aportes pensionales.

En esa ocasión, la Sala Sexta de Revisión reiteró el precedente constitucional sobre la acumulación de tiempos de servicios prestados y el deber de aprovisionamiento de los empleados, establecido en las sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012, T-492 de 2013, T-518 de 2013, T-676 de 2013, T-770 de 2013, T-410 de 2014, T-665 de 2015 y T-714 de 2015, en las que se sostuvo que:

(i) El deber de aprovisionamiento de los empleadores surgió desde 1946, sin importar la fecha en que entró a funcionar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme con el artículo 72 de la Ley 90 de 1946.

(ii) La tesis, según la cual, el contrato de trabajo debía estar vigente a la entrada del Sistema General de Seguridad Social Integral –Ley 100 de 1993– para poder acumular el tiempo de servicio, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social.

Sostuvo que pese a que la sentencia C-506 de 2001 declaró exequible la expresión “*siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley*”, contenida en el literal c) del párrafo 1º, del artículo 33 de la ley 100 de 1993, dicha norma es contraria a la Constitución, razón por la cual, hay lugar a “*aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Carta, según el cual ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”³⁴.

³⁴ Sentencia T-719 de 2011, T-890 de 2011, T-020 de 2012.

Con fundamento en lo anterior, ordenó a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez del accionante, conforme con el régimen ordinario, contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pagar a Colpensiones el valor correspondiente a los períodos que el accionante laboró para cada una de ellas, debidamente indexados al monto presente.

40. En síntesis, si bien el requisito de vigencia de la vinculación laboral que exige el literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no desconoce el derecho a la igualdad –Sentencia C-506 de 2001– sí vulnera el derecho a la seguridad social y al mínimo vital, razón por la cual, hay lugar a aplicar la excepción de constitucionalidad y, en este sentido, ordenar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador³⁵.

Caso concreto

41. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión estudia el caso de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, quien considera vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, debido a que Probán S.A., empresa para la cual laboró, no realizó los aportes pensionales correspondientes al período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983.

42. La accionada manifiesta que para la época antes referida, la empresa no se encontraba en la obligación de realizar los aportes pensionales solicitados, pues el llamamiento por parte del Instituto de los Seguros Sociales ocurrió con la entrada en vigencia la Resolución n° 2362 de 1986.

43. Con el fin de abordar el estudio de la presente acción de tutela, esta Sala procederá, en primer lugar, a determinar si la misma cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Estudio de procedibilidad

Legitimidad por activa

44. El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela podrá ser ejercida por cualquiera persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales: (i) a nombre propio; (ii) a través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; o (iv) mediante agente oficioso.

45. En la presente acción de tutela encuentra la Sala que la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo se encuentran legitimada para presentar la solicitud de

³⁵ Sentencia T-714 de 2015.

amparo constitucional, en la medida que actúa en nombre propio y en defensa de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Legitimación por pasiva

46. Conforme con el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y/o particulares que violen o amanecen el goce efectivo de los derechos fundamentales.

47. Ahora bien, tratándose de acciones de tutelas contra particulares, el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 estipula que esta procede *“cuando la solicitud sea para tutelar a 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”*.

48. Al respecto, en sentencia T-430 de 2017, la Corte Constitucional sostuvo que *“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”*³⁶.

49. En materia laboral, esta Corporación ha señalado que aunque la relación empleado-trabajador haya culminado, si el desconocimiento de los derechos se produjo dentro del marco de la misma, debe considerarse de suyo subordinante para el trabajador³⁷.

50. En el caso que se analiza, si bien la accionante ya no era empleada de la empresa accionada, el presunto desconocimiento de sus derechos se originó en el marco de esa relación laboral, razón por la cual, encuentra esta Sala acreditado el requisito de legitimidad por pasiva.

Subsidiariedad

50. En el caso *sub examine*, la Sala encuentra que si bien el asunto objeto de litigio se enmarca dentro de las competencias atribuidas a la jurisdicción

³⁶ Sentencia T-290 de 1993.

³⁷ Sentencia SU256 de 1996, T-1218 de 2005, T-707 de 2008; T-451 de 2017 entre otras.

ordinaria laboral³⁸, la cual no ha sido activada por la accionante, se entrara a determinar si la misma es idónea y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria.

51. La Corte Constitucional ha señalado que la idoneidad y eficacia de los medios de defensa judicial debe evaluarse conforme a las circunstancias del caso concreto, con el fin de determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Así las cosas, el análisis debe ser sustancial y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario³⁹. Al respecto, la sentencia T-471 de 2017 sostuvo lo siguiente:

*“En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999** indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.*

*En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.”*

52. En esta oportunidad, se analiza el caso de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, sujeto de especial protección constitucional, toda vez que se trata de una persona de 70 años que presenta un deterioro en su salud, conforme a la historia clínica aportada al expediente de tutela⁴⁰, que carece de los recursos para cubrir sus necesidades⁴¹ y, quien a pesar de adelantar diversas actuaciones administrativas tendientes a que se corrija su historia laboral, no ha sido posible obtener una solución al problema.

Es preciso resaltar que la accionante desde el año 2013 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero la misma fue negada por no acreditar el mínimo de semanas cotizadas para acceder a dicha

³⁸ El artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, estipula que la Jurisdicción Ordinaria Laboral conoce, entre otras, de las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, asuntos que se tramitan mediante el sistema judicial de oralidad.

³⁹ Sentencia T-095 de 2018.

⁴⁰ A folios 25 y siguientes del cuaderno principal se constata que la actora padece de “*afauia, degeneración de la macula y del polo posterior del ojo, ceguera de un ojo, sinusitis crónica*”.

⁴¹ Afirmación hecha por la accionante que no fue controvertida por la parte accionada y vinculada al trámite de tutela.

prestación, razón por la cual, interpuso recurso de reposición que fue resuelto de forma desfavorable. Ante esta negativa, en diversas oportunidades, ha requerido a la administradora de pensiones la corrección de su historia laboral, sin que hasta a la fecha haya sido posible computar las semanas previamente señaladas, por cuanto la empresa accionada no ha hecho el traslado de estos recursos.

53. Así mismo, se observa que el derecho a la pensión de vejez, el cual ve coartado la accionante, es una garantía de orden legal que busca proteger a las personas de las contingencias propias de la edad proveya, que tras largos años de trabajo, desgaste físico, psíquico y/o emocional, su producción laboral disminuye y, en este sentido, requieren de dicha prestación para llevar un nivel de vida digna.

54. Por lo anterior, para la Sala resulta claro que someter a la accionante a un proceso ante la jurisdicción ordinaria es desproporcionado e irrazonable, pues la prolongada duración de este tipo de juicios no brinda de forma oportuna la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y, además, desconocería la finalidad de la pensión de vejez, dada las circunstancias fácticas de la peticionaria.

55. En cuanto al argumento esbozado por los jueces de instancias, relacionado con la negligencia de la accionante de solicitar a Probán S.A., el pago de los aportes pensionales de enero de 1982 a diciembre de 1983 y la imposibilidad de imputar a esta última empresa una omisión que no le ha sido reclamada, observa esta Corporación lo siguiente:

(i) Probán S.A., tenía conocimiento del trámite adelantado por la señora Vivas Gulfo ante Colpensiones, pues, el 22 de agosto de 2016, la peticionaria solicitó a la empresa el certificado laboral del tiempo comprendido entre el 20 de enero de 1982 al 10 de febrero de 1990, con el fin de “*allegar dicha documentación al trámite pensional*”⁴².

(ii) Pese a no obrar en el expediente prueba de la actuación alegada por los jueces de instancia, en la contestación de la acción de tutela, la empresa manifestó que para la época “*el Instituto de Seguros Sociales no realizó el llamamiento a afiliación obligatoria (...) por tanto, no se realizó aprovisionamiento de recursos por ese concepto*”.

En este sentido, la Sala reprocha la conclusión de los jueces de instancia, pues contrario a lo afirmado, la actora agotó las cargas que le eran legalmente exigibles al acudir ante la administradora de pensiones con el fin de lograr la corrección de su historia laboral, sin que resulte admisible que dicha entidad traslade a la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo la carga de asumir el cobro de las cotizaciones que corresponden a su ex empleador.

⁴² Folio 220 del cuaderno principal.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional⁴³ ha concluido que, de conformidad con la Ley 100 de 1993, a las administradoras de pensiones corresponde asegurar el pago de los aportes que no han sido efectivamente cancelados por los empleadores, razón por la cual, *“resulta inaceptable que ante la negligencia en el efectivo del ejercicio de sus funciones, las AFP trasladen al trabajador (parte más débil entre los sujetos que participan en el S.G.S.S.P.) la carga de asumir el cobro de los dineros adeudados, o, aún peor, el pago de estos; pues dicha conducta equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador, así como la correlativa omisión de la AFP en su cobro”*⁴⁴.

56. De acuerdo con las circunstancias fácticas expuestas, la Sala concluye que la accionante no cuenta con un medio de defensa judicial ordinario idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, dada su condición de sujeto de especial protección constitucional, razón por la cual se encuentra acreditado el requisito de subsidiaridad.

Inmediatez

57. Según la jurisprudencia constitucional para que proceda la tutela, entre el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción debe haber transcurrido un término razonable, puesto que la finalidad del mecanismo es la protección inmediata de las garantías constitucionales⁴⁵.

58. Con el fin de analizar este requisito, la Sala relacionara las actuaciones adelantadas por la accionante, tendientes a corregir el yerro vulnerador de sus derechos fundamentales.

(i) El 2 de enero de 2014, Colpensiones le informó a la actora que no se encontró registró de cotizaciones a su nombre para los periodos reclamados 1980/01 a 1992/12, por lo que requirieron el suministro de documentos que soporte la afiliación.

(ii) En el año 2016, nuevamente, presentó dos (2) solicitudes de corrección de historia laboral, de las cuales no recibe respuesta de fondo sobre el período comprendido entre enero de 1982 a diciembre de 1983.⁴⁶

(iii) El 22 de agosto de 2016, la accionante solicitó a Probán S.A., el certificado laboral del tiempo comprendido entre el 20 de enero de 1982 al 10 de febrero de 1990, con el fin de *“allegar dicha documentación al trámite pensional”*, sin obtener respuesta alguna.

⁴³ Ver Sentencias T-526 de 2014, T-173 de 2016 y T-241 de 2017 entre otras.

⁴⁴ Sentencia T-173 de 2016, con fundamento en las sentencias C-177 de 1998, T-363 de 1998, T-106 de 2006, T-920 de 2010, T-855 de 2011 y T-726 de 2013.

⁴⁵ Ver Sentencias T-834 de 2005 y T-887 de 2009.

⁴⁶ La última respuesta, data del 16 de febrero de 2017 –Folio 21 del cuaderno constitucional–.

59. Conforme con lo anterior, advierte la Sala que si bien desde la última actuación –22 de agosto de 2016– hasta la presentación de la acción de tutela –26 de mayo de 2017– transcurrieron 9 meses, nos encontramos ante una vulneración que permanece en el tiempo, por cuanto el derecho a la seguridad social es imprescriptible y, a la fecha, la no realización de los aportes pensionales reclamados impiden a la accionante acceder a la pensión de vejez⁴⁷. Además, la accionante ha demostrado una actividad diligente tendiente a corregir el problema aquí planteado.

60. En este sentido, la Sala encuentra satisfecho los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, razón por la cual, abordará el estudio de fondo.

Estudio de fondo

61. La señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo trabajó para Agropecuaria Bahía Grande S.A., (sustituida por Probán S.A.) desde el 20 de enero de 1982 hasta el 10 de febrero de 1990⁴⁸, como jefe de personal de oficina en el Municipio de Apartadó, Antioquia.

La accionante alega que, en el estudio de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, Colpensiones no tuvo en cuenta el período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983, porque su empleador no realizó los aportes pensionales correspondientes. Agregó que pese a solicitar en múltiples ocasiones la corrección de su historia laboral, esta no ha sido posible, situación que, a su juicio, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

62. En el escrito de contestación, Probán S.A., arguyó que no estaba en la obligación de realizar el aprovisionamiento de los recursos necesarios para efectos pensionales de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, porque *“durante el período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983, en el Municipio de Apartadó, Antioquia, el Instituto de Seguros no realizó el llamamiento a filiación obligatoria para los empleadores y empleados”*.

63. La Sala reitera que si bien la sentencia C-506 de 2001 precisó que era imposible acumular los periodos laborados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la referida prestación, cuando el contrato de trabajo había expirado a la entrada en vigencia del Sistema General en

⁴⁷En Sentencia T-072 de 2013, la Corte Constitucional sostuvo que *“la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que resulta admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”*.

⁴⁸ Según certificado laboral expedido por Agropecuaria Bahía Grande S.A. –Folio 205 del cuaderno principal–.

Pensiones –1º de abril de 1994–, también lo es que, en atención al derecho a la seguridad social, es necesario inaplicar por inconstitucional el requisito de la vigencia del vínculo laboral previsto en el literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

64. Conforme con lo anterior, la Sala Octava de Revisión encuentra que la posición de Probán S.A., vulnera los derechos fundamentales de la accionante, pues los empleadores, desde la Ley 90 de 1946, tenían la obligación de aprovisionar el capital necesario para el traslado de los aportes cuando el Instituto de Seguros Sociales asumiera el pago de la pensión de vejez⁴⁹.

65. El desconocimiento del deber previsto en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, relacionado con el aprovisionamiento de capital para efectos pensionales de los trabajadores, desconoce el derecho a la seguridad social que se materializa a través del derecho adquirido al reconocimiento de los aportes o de los tiempos laborados y a la efectividad de las cotizaciones de los trabajadores que, por causa del desconocimiento de los tiempos laborados en el sector privado antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, encuentran frustrado el reconocimiento de la pensión de vejez⁵⁰.

Así mismo, vulnera el derecho al mínimo vital de aquellas personas que tras prestar sus servicios a determinadas empresas, no pueden acceder a la pensión de vejez, debido a que estas no hicieron los aprovisionamientos pensionales y, en este sentido, al llegar a su vejez no podrán disfrutar de una vida verdaderamente digna y humana.

Al respecto, resalta esta Sala que “...la pensión de vejez, en término generales, se constituye como garantía del mínimo vital para el pensionado que una vez agotada su etapa productiva en principio depende de ella para vivir”⁵¹.

66. En este sentido, la Sala concluye que la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo tiene derecho a que Probán S.A., pague los aportes pensionales correspondientes al tiempo trabajado, así, el Instituto de los Seguros Sociales haya realizado el llamamiento para la afiliación obligatoria mediante Resolución n° 2362 de 1986.

Decisiones por adoptar

67. En consideración a la naturaleza fundamental de los derechos amparados a través de la acción de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que el juez constitucional cuenta con amplias facultades oficiosas que debe asumir de forma activa, con el fin de procurar una adecuada protección de

⁴⁹ Sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012, T-492 de 2013, T-518 de 2013, T-676 de 2013, T-770 de 2013, T-410 de 2014, T-665 de 2015, T-714 de 2015 y T-194-2017.

⁵⁰ Sentencia T-714 de 2015.

⁵¹ Sentencia T-549 de 2012.

estas garantías⁵². En este sentido, corresponde a dicha autoridad, a partir de una valoración detenida de los hechos de la demanda, “*determinar cuáles son los derechos fundamentales vulnerados y/o amenazados, disponiendo lo necesario para su efectiva protección*”⁵³.

Al respecto, en sentencia T-104 de 2018, la Sala Séptima de Revisión sostuvo⁵⁴ que

“(...) dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.” (Énfasis agregado)

Por esta razón, en esta oportunidad, la Sala considera que si bien la accionante solo reclamó el pago de los aportes correspondientes al período comprendido entre enero de 1982 y diciembre de 1983, se hace necesario extender la protección invocada y, en este sentido, exigirle a Colpensiones que determine qué periodos, entre el 20 de enero de 1982 al 10 de febrero de 1990 no reportan cotización, debido a que la vinculación laboral con la empresa Agropecuaria Bahía Grande S.A., sustituida por Probán S.A., fue para esa época y, de acuerdo con el escrito de contestación de tutela, la empresa argumentó que no tenían la obligación de aprovisionar estos recursos porque el Instituto de Seguros Sociales tan solo hizo el llamado a afiliación en el año 1986.

68. Con fundamento en lo expuesto, la Sala Octava de Revisión amparará los derechos fundamentales de la accionante a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. En consecuencia, ordenara a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe el cálculo actuarial de los aportes a pensión a que tiene derecho la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, por el tiempo laborado a la empresa

⁵² Sentencia T-368 de 2017.

⁵³ Sentencia SU-484 de 2008.

⁵⁴ Con fundamento en las sentencias SU-484 de 2008 y T-310 de 1995.

Agropecuaria Bahía Grande S.A., sustituida por Probán S.A., esto es, del 20 de enero de 1982 a 10 de febrero de 1990. Para ello, deberá verificar qué aportes no se encuentran registrados durante ese período. Cumplido lo anterior, notificará dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a Probán S.A., el cálculo actuarial para que esta a su vez traslade el valor correspondiente, en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas después de la notificación.

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que, en un término no superior a cuatro (4) meses, realice un nuevo estudio de la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez incluyendo en la historia laboral, estos periodos de cotización.

Conclusiones

69. La Sala Octava de Revisión estudió la acción de tutela instaurada por la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo contra Probán S.A., debido a que esta empresa no realizó el aprovisionamiento de los recursos para efectos pensionales de la accionante, por el tiempo laborado para la empresa, esto es, entre el 20 de enero de 1982 al 10 de febrero de 1990, situación que a su juicio, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

70. En esta ocasión, la Sala reiteró que desde la Ley 90 de 1946 los empleadores tenían el deber de aprovisionar el capital necesario para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, cuando el Instituto de Seguros Sociales asumiera el pago de la pensión de jubilación. En este sentido, sostuvo que si bien la Corte Constitucional en el sentencia C-506 de 2001 declaró exequible el literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que establece como requisito para computar tiempo de servicios que *“la vinculación laboral se encontrara vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley”*, la misma hizo tránsito a cosa juzgada relativa, en la medida en que solo estudio el precepto en atención al derecho a la igualdad, razón por la cual, hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucional, en pro de garantizar el derecho a la seguridad social.

71. Con fundamento en lo anterior, se amparó los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la accionante y se ordenó a Colpensiones: (i) efectuar el cálculo actuarial de los aportes a pensión a que tiene derecho la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, por el tiempo laborado a la empresa Agropecuaria Bahía Grande S.A., sustituida por Probán S.A., y (ii) realizar un nuevo estudio de la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez incluyendo en la historia laboral, estos periodos de cotización. Así mismo, se ordenó a Probán S.A., transferir, de conformidad al cálculo actuarial, la suma adeudada.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la decisión proferida el 4 de diciembre de 2017 por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín que, confirmó el fallo emitido el 23 de octubre de 2017 por el Juzgado 44 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo contra Probán S.A. En su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la accionante, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, conforme a la historia laboral de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, determine qué periodos, entre el 20 de enero de 1982 al 10 de febrero de 1990, no reportan cotización y, en este sentido, realice el cálculo actuarial correspondiente a los aportes pensionales dejados de efectuar por la empresa Probán S.A., de acuerdo con el salario que devengaba la accionante para la época.

TERCERO. ORDENAR a Colpensiones que, dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes al vencimiento del término previsto en el numeral anterior, notifique a la empresa Probán S.A., el resultado de la liquidación del cálculo actuarial relacionado en el numeral segundo de esta sentencia.

CUARTO. ORDENAR a Probán S.A. pagar a Colpensiones el valor de la suma liquidada por esta última, en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas después de que Colpensiones notifique la correspondiente liquidación.

QUINTO. ORDENAR a Colpensiones que, en un término no superior a cuatro (4) meses⁵⁵, contados a partir del vencimiento término contemplado en el numeral anterior, efectúe un nuevo estudio de la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo, incluyendo en el cómputo de las semanas cotizadas, los tiempos laborados para Probán S.A.

SEXTO. Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

⁵⁵ Artículo 19 del Decreto 656 de 1994.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-396/18**

Referencia: Expediente T-6.732.003

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión, en el asunto de la referencia, presento Salvamento de Voto, fundado en que (i) no se satisface el requisito de inmediatez para la interposición de la acción de tutela y (ii) no se cumple con el requisito de subsidiariedad, porque el proceso ordinario laboral es idóneo y eficaz.

1. En cuanto al requisito de inmediatez

En el presente asunto está acreditado que la presunta vulneración surgió con ocasión de la negativa de Proban S.A. de remitir los aportes a Colpensiones para el reconocimiento de la prestación, solicitud formulada el 22 de agosto de 2016 por la señora Vivas Gulfo a su ex empleador. Sin embargo, la actora interpuso la tutela el 26 de mayo de 2017, es decir, transcurrieron más de 9 meses entre el hecho generador de la supuesta vulneración del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo.

Difiero del argumento expuesto por la sentencia para dar por satisfecho el requisito de inmediatez en tales circunstancias. Considerar que en el presente caso se configuró *“una vulneración que permanece en el tiempo, por cuanto el derecho a la seguridad social es imprescriptible y, a la fecha, la no realización de los aportes pensionales reclamados impiden a la accionante acceder a la pensión de vejez”*, no es fundamento suficiente para flexibilizar el requisito de procedibilidad. Ello conllevaría soslayar una exigencia inherente a la naturaleza de la acción de tutela, toda vez que la inmediatez se refiere a la urgencia de protección efectiva y actual que demandan los derechos invocados, esto es, al criterio de oportunidad.

A lo anterior, debe agregarse que la actora solicitó a Colpensiones, desde el 2 de enero de 2014, la corrección de su historia laboral orientada al reconocimiento de la pensión de vejez, periodo a partir del cual ha podido acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral para reclamar el derecho pretendido. Sobre todo cuando se infiere el conocimiento de la tutelante acerca de la posibilidad de acudir ante las instancias judiciales competentes, como quiera que trabajó en la Rama Judicial desde el 13 de enero de 1994 hasta el 27 de julio de 2014.

2. En cuanto al requisito de subsidiariedad

Las circunstancias del caso dan cuenta de que la vía ordinaria es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos a la seguridad social, mínimo vital, y a la vida en condiciones dignas de la señora Manuela del Carmen Vivas Gulfo.

Si en gracia de discusión se admitiera que “la accionante ha demostrado una actividad diligente tendiente a corregir el problema aquí planteado”, dicha actuación fue adelantada en sede administrativa, a pesar de que Colpensiones negó la pensión de vejez desde el 2 de septiembre de 2013. Es decir, desde la presentación de la tutela, transcurrieron aproximadamente 4 años sin que la actora acudiera ante la jurisdicción competente para el reconocimiento de la pensión solicitada. Sumado a lo anterior, en el expediente no se encuentra probada la incapacidad económica de la actora para garantizar su subsistencia.

Por otra parte, en este tipo de asuntos los términos del proceso ordinario son razonables y oportunos. La duración, que no es desproporcionada, se justifica en virtud del debate probatorio que debe desarrollarse para establecer la obligación pensional a cargo del empleador, y por consiguiente, el reconocimiento de la prestación a cargo del fondo de pensiones. De admitirse lo contrario, implicaría vaciar las competencias del juez laboral en razón a la duración de los procesos dirigidos al reconocimiento pensional.

Respetuosamente,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado