REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.

ACCION DE TUTELA No. 11001310502920220014500
ACCIONANTE: FLOR ALBA BAREÑO NIETO
ACCIONADA: SOCIEDAD SALESIANA INSPECTORIA DE BOGOTÁ, INSPECTORÍA SAN PEDRO CLAVER CASA PROVINCIAL SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022)

ANTECEDENTES

La señora FLOR ALBA BAREÑO NIETO. Identificada con cédula de ciudadanía número 23.560.861 de Cocuy, Boyacá., por intermedio de apoderado judicial en interpuso acción de tutela en contra de la SOCIEDAD SALESIANA INSPECTORIA DE BOGOTÁ, INSPECTORÍA SAN PEDRO CLAVER CASA PROVINCIAL. SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL., por considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales de mínimo vital, integridad personal, física y psicológica, dignidad humana, salud.

HECHOS RELEVANTES

Refiere que la señora Floraba Bareño Nieto se desempeñó desde el mes de mayo de 1984 hasta el periodo de febrero de 1985 como enfermera auxiliar para la CASA DE SALUD MADRE MARÍA MAZZARELLO.

Indica que desde de febrero de 1985 hasta el mes de febrero de 1991 la señora Floralba Bareño Nieto, fue trasladada como auxiliar de enfermera a la CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS ubicada en la Calle 170 No. 08 – 60 de Bogotá D.

Comenta que la CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS se identificaba con el NIT No. 680.068.891-9, personería jurídica Res 479 de 07 – 02 – 79 del Ministerio de Salud, con código ante la secretaria distrital de salud 11-001-00427 y numero patronal/identificación ante Colpensiones 001008230213

Ilustra el 26 de julio de 2021 solicito RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR, por medio del cual descubrió que desde el periodo de noviembre del año 1985 hasta el periodo de enero del año 1989 no cotizó a seguridad social, por parte del empleador CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS

Reseña. Que por medio de apoderado juncial ha e solicitado a la comunidad Salesiana un registro de su tiempo laborado en la CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS

Glosa que en septiembre de 2021, remitió derecho de petición dirigido a la Secretaría Distrital de Salud, solicitando el registro laboral en esa entidad, pues esto fue lo que le indicó la comunidad salesiana.

Anota que el día ocho (08) de septiembre del 2021, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, mediante comunicación 2021EE85321 O 1 respondió, vía correo electrónico, el derecho de petición presentado, indicando que "revisados los archivos de la entidad no existe historial laboral de la señora Floralba Bareño Nieto, identificada con cédula de ciudadanía número 23.560.861; tampoco hay evidencia de trasferencia de historias

laborales de la liquidada clínica San Juan Bosco a esta entidad, razón por la cual no es posible tramitar su petición".

Comenta que actualmente la señora Floralba Bareño Nieto tiene cincuenta y siete (57) años de edad y, al corte de febrero del 2022, tiene novecientas setenta y siete punto veintinueve (977.29) semanas cotizadas., faltándole trescientas veintidós punto setenta y un (322,71) semanas.

Reseña la señora Floralba Bareño padece de tendinitis y bursitis de hombro y cadera, cervicalgia, EKG Bloqueo de Rama Izquierda, artralgia de rodillas, ruptura completa de Ligamento Cruzado Anterior que requiere cirugía, y lesión de meñisco, lumbosacralgia, hipercolesterolemia y dislipidemia. Todo lo anterior provoca dolores intensos en diferentes partes del cuerpo y conmina a tener un estilo de vida tranquilo.

Prevé que la a señora Floralba Bareño depende económicamente de la actividad independiente que realiza, esta es la venta de ropa en el centro de la ciudad (San Victorino), actividad que la obliga a realizar esfuerzos físicos para levantar, organizar, comercializar y vender su mercancía, además de tener largas jornadas de trabajo y muy exigentes

Invoca tutelar transitoriamente el derecho a la seguridad social en pensión y como consecuencia los derechos al mínimo vital, a la dignidad humana, y a la integridad física.

Requiere que vía constitucional se ordene emitir el certificado laboral, en el que conste que la señora FLORALBA BAREÑO NIETO laboró para la CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS en el periodo de tiempo comprendido entre el mes de diciembre del año 1985 hasta el mes de enero del año 1989.

Refiere que subideramente vía tutela ORDENE a COLPENSIONES y al respectivo EMPLEADOR, a que reconstruyan la historia laboral de la señora FLORALBA BAREÑO NIETO desde el año 1984 hasta la actualidad, integrando el periodo de tiempo de diciembre de 1985 hasta diciembre de 1989.

ACTUACIÓN PROCESAL Y CONTESTACIONES

Mediante auto del cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022) de se dispuso la admisión de la presente acción de tutela, ordenando la notificación a la entidad accionada SOCIEDAD SALESIANA INSPECTORIA DE BOGOTÁ, INSPECTORÍA SAN PEDRO CLAVER CASA PROVINCIAL. SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL con el fin que ejerciera su derecho a la defensa frente a las manifestaciones dadas por los accionantes.

Evacuado lo anterior, y dentro del término conferido por la autoridad judicial para ejercer su derecho de defensa. La SOCIEDAD SALESIANA INSPECTORIA DE BOGOTA dio contestación en los siguientes términos

Indica la Sociedad Salesiana inspectoría de Bogotá es una persona jurídica de origen eclesiástico, con NIT 860008010®, mientras al decir de la accionante la clínica San Juan Bosco es una entidad de salud con personería reconocida por la Secretaria de Salud, con NIT 6800688919. De tal modo que la Sociedad Salesiana inspectoría de Bogotá no tiene ninguna

legitimidad por pasiva pare ser llamada a esta tutela. E indica que nunca ha sido empleador de la accionante

> Refiera que la accionante no tiene legitimidad alguna para convocar en esta acci6n de tutela a la Sociedad Salesiana inspectoría de Bogotá, al no ser empleadora de la accionante. En recíproca, como accionada no tiene legitimación por pasiva, para ser convocada.

Por su parte MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,

> señalar que al Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.
>
> Se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas, en tanto el Ministerio de Salud y Protección Social no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno.
>
> Solicito DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN contra el Ministerio de Salud y Protección Social, y en consecuencia exonerarlo de toda responsabilidad que se endilgue durante el trámite de esta acción constitucional, toda vez que no es la entidad competente para resolver la solicitud del accionante y NO TUTELAR los derechos del mismo, por ausencia de vulneración

LA Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, frente a la misma se pronunció así:

> La Entidad no tiene conocimiento alguno de los hechos narrados dentro del libelo de la acción de tutela, en virtud de lo cual, en lo que tiene que ver con la vinculación de esta Entidad con la presente Acción.
>
> Y solicito al Despacho desvincular· Del presente trámite constitucional a la Secretaría Distrital de Salud por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no se encuentra probado la vulneración o la puesta en riesgo de derecho fundamental alguno por parte de esta Entidad que no es la encargada de resolver las pretensiones expuestas en el escrito de tutela.

- **<u>CONSIDERACIONES</u>**

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política constituye un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El carácter fundamental del derecho a la seguridad social

La honorable Corte Constitucional ha indicado que "La seguridad social está definida como un derecho y un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para los ciudadanos, conforme lo señala el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia[1], con fundamento en su contenido *ius fundamental* esta Corporación si bien, inicialmente, negó su carácter de derecho fundamental autónomo, estimó viable acudir a *"la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad) y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional"*[2],

En síntesis puede indicarse que: **(i)** la seguridad social es un derecho fundamental independiente y autónomo; **(ii)** dadas sus características podrá ser invocado directamente para obtener la protección vía tutela; y **(iii)** en la medida en que la seguridad social en

[1] **Artículo 48.** *"La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."*
[2] Sentencias T-327 de 2017 y T-474 de 2010.

personas recae en su mayoría en ciudadanos de la tercera edad los requisitos procedimentales deben flexibilizarse dado el carácter de sujetos de especial protección constitucional.

1. Obligaciones generales de los empleadores y deberes de observación legales en el Sistema Pensional

La Corte ha reiterado que el empleador tiene la responsabilidad con el trabajador de cumplir con todas las obligaciones laborales y pensionales hasta que ocurran los siguientes casos: "*(i) cuando cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de éstas consecuencias adversas.* ***Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador."***[3] (Negrilla fuera de texto).

El ordenamiento jurídico previó herramientas para materializar las obligaciones mencionadas en el párrafo anterior, ante el desconocimiento por parte del empleador, la Ley 100 de 1993 implementó con fundamento en los acuerdo del ISS las acciones de cobro y facultades que tiene una entidad como Colpensiones. Así:

> "[L]*as entidades administradoras de pensiones tienen la facultad legal* ***–y están en la obligación****- de utilizar los mecanismos judiciales procedentes para el cumplimiento de la misma, es decir las acciones de cobro constituyendo en mora al empleador e iniciando proceso ejecutivo u ordinario conforme con lo establecido con la Ley 100 de 1993.*
>
> "*El artículo 24 de Ley 100 de 1993, establece que las* ***ACCIONES DE COBRO****.* ***Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.*** *Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.*
>
> *El artículo 53 de Ley 100 de 1993, establece la* ***FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN****. Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen,* ***para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente Ley.*** *Para tal efecto podrán:*
>
> *a. Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;*
>
> ***b. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;***
>
> *c. Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes;*
>
> *d. Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones."*[4] (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, se considera que el empleador al <u>no afiliar o incumplir con el pago de las respectivas cotizaciones</u> desconoce su obligación legal y reglamentaria, al igual que vulnera el derecho fundamental a la seguridad social del trabajador, el cual no puede verse afectado por una obligación que incumple quien lo contrata, máxime cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, conforme con lo dispuesto antes en el Acuerdo 049 de 1990 y luego en la Ley 100 de 1993, pueden iniciar el cobro ejecutivo por los incumplimientos legales en los que incurran los empleadores, como por ejemplo ante la omisión en la afiliación

[3] Sentencia T-782 de 2014. Se trató de una persona de 75 años de edad, empleada doméstica y sus patrones no realizaron los aportes a seguridad social que establece la legislación, como tampoco la afiliación correspondiente.
[4] Sentencia T-1032 de 2010.

y/o la omisión en el pago de aportes a la seguridad social de sus trabajadores, lo cual está regulado como una obligación general de los empleadores.

En efecto, el articulado de la Ley 100 de 1993 que faculta a estas entidades a realizar los cobros indica explícitamente que podrá ser activada cuando el empleador incumpla las obligaciones (en general) contempladas en la reglamentación que expida el gobierno y no solo para omisión en el pago de las cotizaciones.

Por lo tanto, la omisión en la afiliación y la falta de pago de las cotizaciones, como el incumplimiento a todas las obligaciones contempladas en la legislación, por parte del empleador no puede ser imputable al trabajador, ni puede generar consecuencias negativas poniendo en peligro el derecho a la vida digna, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social, máxime cuando tal aspecto no le puede ser imputable.

2. ***Inobservancia del deber de pagar los aportes - mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales***

Está Corporación ha precisado en varias oportunidades[5] que el incumplimiento del empleador en la omisión de cotización, no podrá generar cargas al trabajador menos cuando éste certifica ante la entidad administradora de pensiones el vínculo laboral vigente durante los períodos reclamados.

El incumplimiento del patrono, en general, vulnera el derecho fundamental a la seguridad social de sus trabajadores y con ello impide el reconocimiento de los derechos pensionales. También se considera que las entidades administradoras de pensiones quebrantan los derechos fundamentales de las personas al negar semanas de trabajo que están certificadas y al trasladar este incumplimiento legal y reglamentario del empleador al trabajador, cuando la Ley 100 de 1993 ha dispuesto amplias facultades, a entidades como Colpensiones, para iniciar acciones pertinentes contra los empleadores que incumplen sus obligaciones legales.

En los casos de omisión en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la Corte ha establecido que no se puede justificar la negativa de la pensión de vejez por mora en el empleador cuando la legislación tiene todas las herramientas para que las Administradoras de Fondos de Pensiones inicien el cobro de lo adeudado sin trasladar dicha carga al trabajador. Se ha estimado que aceptar una conclusión contraria desconocería los derechos adquiridos por los solicitantes y las facultades que otorgó la Ley 100 de 1993 a los fondos de pensiones para utilizar los mecanismos jurisdiccionales y coactivos para recuperar lo adeudado sin trasladar dicha carga al trabajador, en efecto al tratarse de una obligación del empleador frente a la entidad de seguridad social, la tardanza o pago deficitario no puede ser oponible al trabajador afiliado para desconocer su derecho pensional.

Con fundamento en ello esta Corporación ha sostenido que en el caso en el que el empleador no pague los aportes y las Administradoras de Fondos de Pensiones no hayan iniciado los respectivos cobros contra el empleador moroso, "*se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador*"[6]. De lo contrario, se estaría vulnerando, se insiste, los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del empleado, toda vez que del pago oportuno de las aportes depende directamente el reconocimiento de la pensión de vejez siempre y cuando este cumpla con los requisitos legales establecidos para tal fin.[7]

En suma, la negligencia de la entidad de seguridad social y del empleador no puede generar una vulneración directa a los derechos adquiridos durante la vida laboral de los trabajadores.

3. ***Incumplimiento del deber de afiliación***

Sobre el incumplimiento del deber de afiliación la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, como tribunal de casación que unifica la jurisprudencia en materia laboral ha sostenido respecto de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores, que:

---

[5] Sentencias T-334 de 2011, T-543 de 2015 y T-037 de 2017. Los hechos en estas 3 sentencias comparten el fondo de la pretensión de los accionantes, en cuanto solicitan el reconocimiento de unos períodos laborados y no cotizados por el empleador, que son personas mayores de 60 años de edad y acuden a la acción de tutela por no encontrar eficacia en los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto es aplicable las reglas de la viabilidad de la acción de tutela en estos casos concretos, cuando los procesos ordinarios desarrollados para dirimir este tipo de conflictos resulta ineficaz para la protección de los derechos fundamentes de las personas de avanzada edad. La Sala resolvió este punto de procedibilidad, con el carácter no absoluto y se debe revisar cada caso concreto para determinar la excepcionalidad de la procedencia.

[6] Sentencia T-398 de 2013.

[7] Esta línea interpretativa ha sido acogida y reiterada en diversas decisiones adoptadas por esta Corporación, entre las que se encuentran las Sentencias T-979 de 2011, T-142 de 2013, T-451 de 2013, T-906 de 2013, T-300 de 2014, T-708 de 2014, T-543 de 2015 y T-079 de 2016.

> *La afiliación de los trabajadores particulares al ente de seguridad social recurrente constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que no fue a partir de ésta que se estableció tal obligación patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia de dicho ente de seguridad social, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico como lo vinieron a ser las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes"*[8].

Por su parte, el inciso primero del numeral 1° del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 —este último modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003— dispone que: ***"[s]erán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.*** *Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales*". (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 22 de la misma ley impone al empleador la obligación de descontar del salario el aporte a la seguridad social y aún si el contratante no descuenta lo pertinente a la pensión este deberá cubrir la totalidad de la contribución.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, y lo explicado en el acápite 5° de esta providencia puede sostenerse que la legislación social, desde el inicio de su implementación ha puesto en cabeza del empleador responsabilidades, con el fin de garantizar al trabajador que estas contribuciones sean reales y efectivas, pues el cumplimiento de los deberes de afiliar y de efectuar las cotizaciones es determinante para poder acceder al reconocimiento y pago de la pensión, al momento de cumplir la edad requerida.

Ahora bien, en lo que respecta a la omisión en la afiliación por parte del patrono y su tratamiento judicial frente a la solicitud del reconocimiento y pago de la pensión por parte de la trabajadora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha estudiado casos considerando que:

> "(…) *que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia,* ***todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado****, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos, tal y como lo dedujo el Tribunal."*[9] (Negrilla fuera de texto).

Igualmente, en la Sentencia del 31 de enero de 2018 (SL14388-2015), la Corte Suprema de Justicia –Sala Laboral– señaló:

> *"(…)* ***la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones****, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social,* ***que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones*** *(…).*

---

[8] Sentencia SL16086-2015 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

[9] Sentencia SL068-2018, Radicación No. 57026, Acta 03 de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral–. Este fue un proceso laboral que inició una ciudadana, la cual trabajó durante 22 años con el Banco de Bogotá S.A. **En el tiempo laborado no fue afiliada por el empleador por falta de cobertura en su zona de trabajo.** En 1994, la demandante fue asesorada para ingresar a Porvenir S.A. en el programa de ahorro individual. Por lo anterior, la tutelante solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual había sido negada por Porvenir S.A., ya que la demandante por error de conocimiento admitió afiliarse a este fondo de ahorro individual sin saber que perdería el beneficio del régimen de transición. Primera y segunda instancia del proceso ordinario ordenaron lo siguiente: *"SEGUNDO:* ***CONDÉNASE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a reconocer y pagar a la señora LUZ ELENA VILLA USUGA (sic) (…) la pensión de vejez en forma vitalicia****, con sus mesadas adicionales y sus reajustes anuales a partir del 11 de mayo de 2009, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, acorde a lo establecido en la ley (sic) 797 de 2003, para lo cual el Banco de Bogotá deberá proporcionarle la información sobre los salarios devengados por ésta (sic) durante todo el tiempo en que prestó sus servicios a la entidad financiera. Lo anterior conforme a lo expresado en la parte considerativa de esta decisión.* ***Se DISPONE, que a pesar de la obligación que aquí se le impone al Banco de Bogotá S. A., la administradora de Fondo de Pensiones del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL reconocerá el pago de la pensión de vejez a la señora LUZ ELENA VILLA USUGA (sic) (…), sin supeditarlo al cumplimiento de la obligación a cargo del Banco de Bogotá S. A. pues su deber es, por los mecanismos legales, obtener el pago del mencionado título pensional".*** (Negrilla fuera de texto) Lo anterior, existiendo empleador, pero reconociendo el derecho pensional de la demandada por el tiempo laborado.

> *(…)**De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.***
>
> *Dicho ello, la Sala reitera que, **ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado**, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.* (Negrilla fuera de texto).

En los casos enunciados, el máximo Tribunal Ordinario Laboral ha atribuido a la entidad de seguridad social la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez con independencia de que el empleador hubiese incumplido la normatividad legal. Además, ha estimado irrelevante para la protección del derecho que el patrono no haya sido sancionado y no se le haya cobrado el dinero de los parafiscales, fundado en que, esos problemas administrativos no pueden ser traslados a los afiliados, quienes sufren de manera desproporcionada tales inconvenientes, esa postura a juicio de esta Sala de Revisión es respetuosa de los derechos fundamentales de los trabajadores afiliados y está acorde con la jurisprudencia de esta Corporación que ha dispensado la protección constitucional ante la omisión en la afiliación.

En ese contexto, esta Sala de Revisión considera viable aplicar a la omisión de la afiliación el mismo trato que la jurisprudencia ha otorgado al incumplimiento del pago de las cotizaciones de los trabajadores por parte del empleador, máxime cuando el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003 parágrafo 1 literal d), dispone que para el computo de semanas se tendrá en cuenta *"el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador"*.

En este último caso a juicio de la Corte y a efectos de no gravar el sistema, deberá el afiliado: **(i)** avisar a la Administradora de Fondos de Pensiones sobre la omisión en la afiliación por parte del empleador; y **(ii)** certificar el vínculo laboral de las semanas reclamadas mediante el medio más idóneo posible a la Administradora."

CASO CONCRETO

La accionante requiere que por vía constitucional se ordene emitir el certificado laboral, donde conste que laboró para la CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS en el periodo de tiempo comprendido entre el mes de diciembre del año 1985 hasta el mes de enero del año 1989. Y subideramente vía tutela ORDENE a COLPENSIONES y al respectivo EMPLEADOR, a que reconstruyan la historia laboral de la señora FLORALBA BAREÑO NIETO desde el año 1984 hasta la actualidad, integrando el periodo de tiempo de diciembre de 1985 hasta diciembre de 1989.

Sin embargo con la documenta allegada con la presente acción, no se decanta, el vínculo o relación laboral entre la accionante y en especial la CLÍNICA SAN JUAN BOSCO DE LOS SALESIANOS entre los periodos del año 1985 hasta el mes de enero del año 1989, conllevando al convencimiento que en esta puede endilgarle a los accionados la legitimación por pasiva como empleador.

De esta manera se encuentra que el accionante, cuenta con un medio judicial idóneo, eficiente, expedito y eficaz como es el de instaurar la respectiva demanda laboral ante los jueces competentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, el cual prescribe 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.

Sobre este asunto, la Corte ha sido enfática en reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos.[10] Un vez decanta la relación laboral, entre los extremos legales, el accionante podrá requerir el ***deber de pagar los aportes - mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales, o su defecto imputarle el Incumplimiento del deber de afiliación.***

Ahora bien, cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.

Por su parte, el concepto de mínimo vital, debe ser analizado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, a fin de verificar si quien alega tal vulneración cuenta o no con la posibilidad de satisfacer sus necesidades vitales.[11]

Frente a la posibilidad de otorgar el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable, se advierte que en el plenario no aparece acreditada la afectación al mínimo vital del accionante. En efecto, la accionante), refiere en su escrito de tutela que actualmente satisface sus necesidades vitales mediante los ingresos que percibe de la actividad económica independiente que realiza, esta es la venta de ropa en el centro de la ciudad (San Victorino), hechos que permiten inferir que de la pensión a la cual presuntamente tiene derecho, no depende su subsistencia.

Por tanto, pese a que los ingresos del accionante provienen del ejercicio de una actividad que recibe mensualmente, lo cual no resulta ser el mejor escenario para la vejez, lo cierto es que sí cuenta con una fuente de recursos económicos que le permiten proveer un sustento mínimo para suplir sus necesidades vitales.

De otra parte y en relación al señalamiento del accionante de padecer afecciones de salud. La accionante, estando en la posibilidad de allegar documentos idóneos para demostrar la persistencia en el tiempo de su patología, no lo hizo. En consecuencia, su afirmación sobre su estado de salud, al no encontrar sustento probatorio actual, se desestima.

Ahora bien, en cuanto a la condición como sujeto de especial protección, debe señalarse, que conforme al documento de identificación[12] aportado con el escrito de tutela, el accionante tiene en la actualidad 57 años de edad, hecho que analizado a la luz de la sentencia T-047 de 2015 no permite ubicarlo dentro del grupo especial de protección de la tercera edad, el cual está restringido a las personas que superen la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE. En el caso de los hombres, esta expectativa supera en la actualidad los 70 años.

Por lo aquí expuesto, el JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – NEGAR la tutela instaurada por la señora FLOR ALBA BAREÑO NIETO **A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

[10] Corte Constitucional, sentencia T-746 de 2013.

[11] Corte Constitucional, sentencia T-581A de 2011.

[12] Folio 23 del cuaderno 1.

SEGUNDO: **-** **NOTIFÍQUESE** a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de **IMPUGNACIÓN**, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

TERCERO- En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONA**L para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO

Firmado Por:

Nancy Mireya Quintero Enciso
Juez Circuito
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 029 De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **37bfd3766d1e9f2064d6facee81a47f23c540b4f5b755316e6cbca69d988a8fd**
Documento generado en 16/05/2022 04:31:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica