



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala de Decisión No 3

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, agosto diez (10) de dos mil veinte (2020)

Accionante: Mariela Ávila Ávila

Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A.

Expediente: 15001-33-33-008-2020-00071-01

Acción: Tutela

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por Mariela Ávila Ávila (archivo 18), contra la sentencia de tutela proferida el 6 de julio de 2020 (archivo 15) por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda (archivo 1 -enlace escrito de tutela).

En ejercicio de la acción constitucional de tutela Ana Betulia Bernal Carreño, actuando en nombre propio, acudió a la jurisdicción para solicitar se tutelaran sus derechos fundamentales a la vida, vida digna y salud, presuntamente vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones S.A., la solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos:

- Que la accionante labora desde el año 1998 en la Clínica Los Andes, realizó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al Fondo de Pensiones Porvenir desde ese año hasta el 2009.
- Que en el año 2009, se trasladó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- administrado por Colpensiones, donde realiza aportes a la fecha de presentación de tutela.
- Que ha solicitado en varias oportunidades a Colpensiones adelante la devolución a Porvenir, para que ese Fondo de Pensiones proceda a realizar la reinversión en Colpensiones y así contar con la totalidad de las semanas de cotización para acceder al derecho a la pensión.
- Que cuenta con la edad y tiempo de servicios para ser acreedora de la pensión de vejez bajo los supuestos del RPM.
- Que el 22 de abril de 2020 Colpensiones al contestar un derecho de petición formulado el 16 de abril de este año con el fin de actualizar su historia laboral,

le informó que “los ciclos 199503, 199504, 199801, 199804 a 199806, 199809 a 199811, 199901 a 199909, 199911, 199912, 200004, 200008, 200010, 200102 a 200104, 200106 a 200302, 200304, 200305, 200307 a 200405, 200607 a 200609, 200611 a 200701, 200703 a 200812, 200902 y 200909 no corresponden a COLPENSIONES dado que fueron trasladados a la AFP PORVENIR donde para la fecha de dichas cotizaciones me encontraba afiliada” (pág. 1 Archivo 1-enlace).

- *Que, en virtud de lo anterior, elevó derecho de petición ante la AFP Porvenir S.A. con el fin de obtener la actualización de la historia laboral, el Fondo de Pensiones a su vez indicó que realizó traslado de aportes a Colpensiones de las cotizaciones realizadas desde el año 1994 a 2009, para el efecto envió la respectiva relación que se encuentra en el Sistema de información de Administradora de Pensiones.*
- *Que ha realizado múltiples solicitudes a Colpensiones para obtener la actualización de la historia laboral con la relación de las semanas cotizadas.*
- *Que es una persona de la tercera edad y madre cabeza de familia, por lo tanto, se encuentra en estado de indefensión.*
- *Que la omisión de Colpensiones le genera perjuicios pues, sin que se realice la devolución a Porvenir, ésta no puede efectuar la reinversión y por tanto tenerse las semanas de cotización que requiere para acceder al derecho de pensión.*

Con base en ese marco fáctico, solicitó que se ordene a Colpensiones realice el procedimiento correspondiente para el reconocimiento de la pensión, y que le sea cancelado el retroactivo respectivo (Pág. 4 Archivo 1 -enlace).

Allegó con la solicitud de amparo constitucional, derechos de petición dirigidos a Colpensiones y Porvenir junto con sus respectivas respuestas (Págs. 7-43 Archivo 1 -enlace), solicitud de licencia no remunerada (Pág. 44 Archivo 1-enlace), denuncia por inasistencia alimentaria formulada por accionante en contra del padre de su hijo (Pág. 45 Archivo 1-enlace), Acta de Conciliación fallida (Pág. 42 Archivo 1-enlace).

1.2. Trámite:

Mediante auto proferido el 19 de julio de 2020 (archivo 4)), la juez de primera instancia (i) admitió la acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, (ii) vinculó a la AFP Porvenir y concedió el término de dos (2) días, para que se pronunciaran sobre los hechos del amparo constitucional; (iii) tuvo como pruebas los documentos aportados con el escrito de tutela, y, (iv) requirió a las entidades accionada y vinculada para que aportaran la totalidad de semanas

cotizadas por la accionante así como que informaran quien es la responsable de dar solución a los requerimientos señalados en la acción de tutela.

1.3. Contestación de la demanda:

La accionada y vinculada se pronunciaron en los siguientes términos:

1.3.1. Colpensiones (archivo 7)

La Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones presentó informe requerido en el auto admisorio de la demanda de tutela, indicó que mediante la Comunicación Externa radicado BZ 2020_5495072-1229587 de 16 de junio de 2020 emitida por la DIRECCION DE HISTORIA LABORAL, esa entidad emitió respuesta de fondo a las solicitudes de corrección de historia laboral con lo cual se contestó, sin ambigüedades o confusiones, lo requerido pues la comunicación es concordante con lo peticionado.

Agregó que, de conformidad con lo dispuesto en Circular No. 29 de 2014 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, una vez aprobado el traslado de régimen pensional le corresponde a la administradora anterior trasladar la información y recursos dentro del plazo de 30 días siguientes a la aprobación, en esa medida, manifestó que la responsable de tal gestión es la AFP a la que se encontraba afiliada la accionante, previo el traslado al RPM.

Además, manifestó que el proceso de traslado lleva inmerso un procedimiento¹ que garantiza la eficacia de los derechos de los administrados, como lo prevé el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, que debe ser observado por Colpensiones para la adecuada solución y corrección de los problemas de los afiliados.

¹ *En la respuesta de Colpensiones se relacionó el siguiente procedimiento: “1. Se realiza la verificación y actualización de la información relativa a los traslados y vinculaciones del ciudadano al régimen general de seguridad social en pensiones, para definir -posteriormente- el trámite a seguir de acuerdo con la casuística presentada en cada caso en específico; las cuales pueden ser RECUPERACIÓN, TRASLADO O TRASLADO POR NO VINCULADOS. 2. El proceso de recuperación de aportes se realiza teniendo en cuenta las fechas de afiliación al Régimen de Ahorro Individual - RAIS, de acuerdo con dichas fechas se procede a recuperar por TRASLADO todos los aportes cotizados en vigencia de la afiliación en el RAIS; en caso de que el ciudadano estuviere afiliado al Régimen de Prima Media -RPM y el aporte haya sido enviado a un Fondo Privado, deberá ser recuperado mediante el proceso establecido para aportes de NO VINCULADOS (aportes de vigencia de Colpensiones cotizados erróneamente al RAIS). 3. De acuerdo con el tipo de recuperación de aportes es necesario verificar que el depósito y la información coincidan con lo reportado vía Asofondos y con el reporte que se va a cargar en la historia laboral de Colpensiones. 4. En caso de presentarse errores se debe realizar la validación de los mismos con la AFP, al respecto es preciso aclarar que no se realizan cargues parciales de información, por cuanto, se realiza validación antes de integrarla a la historia laboral en Colpensiones. 5. Cuando el ciudadano estuvo en RPM fue al RAIS y volvió a COLPENSIONES, se debe tener en cuenta que los pagos recibidos en Colpensiones correspondientes a la vigencia RAIS, deben ir al RAIS y, posteriormente, recuperarse.”*

Sostuvo que de acuerdo a los artículos 32 de la Ley 100 de 1993 y 53 del Decreto 1406 de 1999, establecieron el trámite de imputación de pago de los aportes al RPM, que están resguardados por el principio de sostenibilidad financiera conforme a lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, entonces que, si se procede al cargue de tiempos en la historia laboral sin efectivo recaudo, se presentaría detrimento de los recursos públicos de Colpensiones afectando el pago de las prestaciones de quienes ostentan la calidad de pensionados.

Invocó la imposibilidad de dar respuesta de fondo, en tanto a AFP Porvenir debe trasladar, tanto la información como los recursos de la accionante al RPM, ante la cual señaló, ha adelantado las gestiones respectivas para que sea solucionado de fondo la corrección de la historia laboral.

Dijo que la accionante cuenta con la posibilidad de acudir a procedimientos administrativos y judiciales para obtener solución a las peticiones formuladas en el escrito de tutela, en esa medida cuenta con mecanismos ordinarios para obtener la protección de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, debe declararse la improcedencia de la tutela en virtud del principio de subsidiariedad, además sostuvo que no se demostró una condición de vulnerabilidad que haga posible la intervención del juez de tutela en el trámite de las peticiones de la accionante, pues no es una persona de la tercera edad, dado que cuenta con 57 años y no sufre ninguna enfermedad, en consecuencia, no puede flexibilizarse los requisitos de procedencia de la acción de tutela, pues la gestora del amparo cuenta aún con la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria para dirimir la controversia suscitada en su caso, como lo prevé el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Sostuvo no existe hecho vulnerador, pues no media solicitud previa para el reconocimiento de la prestación cuyo reconocimiento se pretende por vía de tutela, que no es responsabilidad de esa entidad dar solución a la petición de la actora, pues para ello se entrelazan una serie de procedimientos que deben adelantarse de manera conjunta con los demás actores del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Que en caso de accederse a las peticiones de la accionante, el Juez Constitucional estaría desconociendo el derecho a la igualdad, al conocer de manera anticipada asuntos que incumbe a procesos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, más aún cuando no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable. Por último, destacó que el Juez Constitucional debe velar por la salvaguarda del patrimonio

público de Colpensiones y por ello no puede dar órdenes que atenten contra la protección de un patrimonio colectivo, por lo cual se ha exigido al Juez de tutela extremar su análisis en relación con el requisito de subsidiariedad a fin de no afectar con sus decisiones el tesoro público.

Con la respuesta allegó oficio de asignación de funciones a la Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones (Archivo 8), oficio de 16 de junio de 2020 por medio del cual emitió respuesta a la accionante a un derecho de petición sobre actualización de datos y corrección de historia laboral (Archivo 9) y certificación de aportes al Sistema General de Seguridad Social (Archivo 10).

1.3.2. Administradora de Fondo de Pensiones - AFP Porvenir S.A. (archivos 11)

La representante judicial de Porvenir S.A. al contestar la demanda de tutela manifestó que la accionante no se encuentra afiliada a ese fondo de pensiones, que ante la viabilidad de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS al RPM., ésta se trasladó a ese régimen desde septiembre de 2009, que ese fondo giró los aportes realizados por Mariela Ávila Ávila a Colpensiones y remitió las novedades respectivas a SIAFP -Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensiones.

En virtud de lo anterior, sostuvo que se configura el hecho superado porque esa entidad ya efectuó las gestiones a su cargo y, en consecuencia, hay la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues Colpensiones es la llamada a responder a las peticiones realizadas por la accionante. Solicitó declarar la improcedencia de la tutela respecto de ese Fondo de Pensiones. Adjuntó a la respuesta reporte de los valores trasladados por ese fondo a Colpensiones (Archivo 14).

II. SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de 6 de julio de 2020 (archivo 15), declaró la improcedencia de la acción de tutela.

La Juez de primera instancia contrajo el problema jurídico a determinar “si en el presente asunto la señora MARIELA ÁVILA ÁVILA es un sujeto de especial protección constitucional, que haga procedente el trámite de la acción de tutela y si existe otro mecanismo jurídico eficaz que pueda ejercer la Accionante a fin de resolver su situación pensional; de igual manera el Despacho evaluará si se está ante un perjuicio irremediable que haga procedente transitoriamente el amparo constitucional” (Pág. 4 Archivo 15).

Señaló que en el presente caso la accionante indicó vulnerados varios derechos fundamentales, cumpliendo así el requisito indicado en jurisprudencia de la Corte Constitucional; en cuanto a la legitimación en la causa, indicó que la accionante se encuentra legitimada para solicitar la protección de los derechos que considera conculcados y Colpensiones está legitimada por pasiva, en tanto es la entidad a la que se le endilga tal vulneración y por su parte, AFP Porvenir fue vinculada al proceso al considerar el Despacho que le asiste interés directo en las resultas del proceso.

En relación con la subsidiariedad el a-quo señaló que en el presente caso no concurren elementos para concluir que se presente perjuicio irremediable, en la medida que la accionante no se encuentra en el rango de edad aceptado por la jurisprudencia como de la tercera edad y tampoco se observa que la accionante padezca enfermedad o quebranto de salud.

De otra parte, manifestó la accionante tiene contrato de trabajo vigente con la Clínica de Los Andes, siendo su último salario registrado la suma de \$1.264.999 en el mes de abril de 2020; que la accionante, por cuenta propia, solicitó licencia no remunerada, es decir, está demostrada capacidad económica; tampoco puede invocar la calidad de madre cabeza de familia en razón a que, de acuerdo con la denuncia allegada con la demanda, se pudo establecer que su hijo arribó a la mayoría de edad y no hay prueba que se encuentre adelantando estudios superiores.

Con base en lo anterior declaró la improcedencia de la acción de tutela.

III. IMPUGNACIÓN.

3.1. De la impugnación propuesta por la accionante.

Inconforme con el fallo de tutela, la accionante presentó impugnación (archivo 18), en el cual indicó:

Que allegó prueba sobre su condición de madre cabeza de familia; que aunque una persona adquiera la mayoría de edad no implica que adquiera independencia económica, ese solo hecho no desvirtúa la calidad de madre de cabeza de familia; que su hijo se encuentra cursando estudios de derecho en la Universidad Juan de Castellanos y ella está a cargo de su mantenimiento.

Que en efecto está vinculada laboralmente a la Clínica de Los Andes y solicitó una licencia remunerada hasta el mes de agosto de 2020 por razón de la emergencia sanitaria derivada del COVID-19 para protegerse del contagio dada su edad y el sector donde labora; que lo anterior agrava su condición pues de abril a agosto no percibirá ingresos que le permitan salvaguardar su integridad y salud, y seguir velando por el sostenimiento de su hijo.

Resaltó que “(...) Por esta razón, he venido solicitando en infinidad de oportunidades a Colpensiones para que agilice mi pensión y pueda adquirir dicho derecho fundamental que por ley tengo derecho, toda vez que mis intenciones son las de renunciar a mi cargo que ostentó actualmente con la Clínica de los Andes por el temor a ser contagiada por el virus, sin embargo dicho sueldo es mi único sustento económico y me he visto afectada emocionalmente, ya que el tiempo de mi licencia no remunerada se está agotando y temo por mi salud y mi vida”. (Pág. 3 Archivo 18).

Que Colpensiones y la AFP Porvenir se responsabilizan mutuamente de la actualización y rectificación de su historia laboral pero ninguna señala la solución definitiva, es decir, la decisión impugnada mantiene la situación vulneradora de sus derechos, al respecto expresó “(...) siento vulnerados mis derechos fundamentales al mínimo vital, dado que existe una clara omisión por parte de las entidades y muestran que han omitido realizar de manera eficaz el trámite de las semanas cotizadas lo cual se puede catalogar en un hecho irremediable ya que trabajo en una entidad prestadora de salud y en el momento de que no se arregle mi situación pensional tendré que exponerme al contagio del Covid 19 habiendo cumplido ya mis requisitos de pensión”. (Pág. 4 Archivo 18).

3.2. De la coadyuvancia del recurso (Págs. 7-9 Archivo 18).

*Andrés Felipe Sepúlveda Ávila en condición de hijo de la accionante presentó escrito de coadyuvancia al recurso de apelación, manifestó bajo la gravedad de juramento que depende económicamente de su progenitora, en ese escrito se lee: “(...) informo que dependo económicamente de mi señora madre **MARIELA AVILA AVILA** quien a la fecha me ha cubierto mi educación, alimentación, vestuario, transporte entre otras cosas y que si bien es cierto en la actualidad soy mayor de edad, aun me encuentro estudiando en educación superior cursando sexto semestre de derecho en la Universidad Juan de Castellanos.” (Pág. 7 Archivo 18).*

Además, invocó la protección de su derecho a la educación que se vería afectado por la demora en el reconocimiento de la pensión derivada de la omisión de las accionadas, puesto que, por conservar la salud la accionante solicitó licencia no

remunerada, adjuntó recibo expedido a su nombre por la Universidad Juan de Castellanos en la carrera de derecho.

IV. CONSIDERACIONES.

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la accionante, contra la sentencia de tutela proferida el 6 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

3.2. De la naturaleza de la acción de tutela:

La acción de tutela (prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1983 de 2017) es un mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, que permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, siempre que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Así pues, esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable².

3.3. Del tema de la apelación.

De acuerdo con la impugnación y demás elementos que obran en el plenario, corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia fue acertada al declarar la improcedencia de la acción de tutela por no configurarse perjuicio irremediable que haga viable la protección constitucional solicitada y, por ende, acceder al reconocimiento de la pensión de la accionante; para ello evaluará: i) la jurisprudencia sobre la procedencia excepcional, ii) la actividad probatoria desplegada en sede de tutela así como las condiciones particulares del caso y la situación actual derivada de la pandemia por COVID-19, para establecer si la decisión de primera instancia debe ser confirmada o por el contrario hay lugar a revocarla y acceder al amparo deprecado.

² Sentencia T-012 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3.4. De la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de reconocimiento de prestaciones de carácter pensional:

El artículo 86 de la Constitución Política estableció la acción de tutela como un dispositivo jurídico de naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, a través del cual, se logra el amparo de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

*En tal virtud, solo resulta procedente cuando no existen otros medios de defensa a los cuales acudir, o cuando existiendo, no resultan eficaces e idóneos para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues “(...) la ley determina las competencias para definir cada asunto y por tanto **no puede pretenderse que a través de un mecanismo preferente y sumario como la tutela, se decidan los temas que corresponden de manera específica a otras especialidades (...)**”³. – Negrilla fuera del texto original –.*

Por tal razón, en los eventos en los cuales se presenta la acción de tutela con el fin de debatir temas que corresponden a otras especialidades propias de la jurisdicción ordinaria, corresponde al juez constitucional, analizar la idoneidad o eficacia de los mecanismos ordinarios frente a la situación concreta de quien invoca la protección, a fin de determinar si con el ejercicio de dichos mecanismos se logra el resguardo efectivo de los derechos invocados⁴.

*De manera concreta, en lo relacionado con el **reconocimiento de prestaciones sociales en materia pensional**, tal como lo advirtió el a quo, la jurisprudencia constitucional ha sido constante en señalar que **la acción de tutela resulta improcedente**, en tanto, existen mecanismos judiciales ordinarios que pueden presentarse ante la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa, según corresponda, a través de los cuales, pueden debatirse dichos asuntos.*

*No obstante, ha admitido de **forma excepcional su procedencia** cuando, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, las acciones ordinarias pierden eficacia jurídica para alcanzar el objeto pretendido.*

*Así, por ejemplo, se considera la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones, cuando se pretende evitar la ocurrencia de un **perjuicio***

³ Corte Constitucional, Sentencia T 337 de 2018.

⁴ En ese sentido, 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,

irremediable derivado de la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos fundamentales, que no pueden ser protegidos oportunamente a través de los mecanismos ordinarios.

Dicha excepción, adquiere mayor fuerza cuando el titular del derecho en discusión es un **sujeto de especial protección constitucional**, que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de **debilidad manifiesta** y demanda en su favor un tratamiento especial y preferente. Tal es el caso de los niños, niñas y adolescentes, **las personas cabeza de familia** o en situación de discapacidad, personas de la tercera edad o población desplazada, entre otros; pues someterlos a los rigores de un proceso judicial en dichas circunstancias, puede resultar desproporcionado y lesivo de sus derechos.

En ese panorama, ha insistido el Máximo Tribunal Constitucional, que la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales, debe establecerse a partir de una **evaluación exhaustiva del panorama fáctico, jurídico y probatorio que sustenta la pretensión de amparo**. Se ha supeditado en esa medida, la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares que rodean al accionante.

Por tal razón, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), **la composición del núcleo familiar** (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado de salud (condición de discapacidad), **las condiciones socioculturales y las circunstancias económicas** (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de **manera injustificada**.

En dichos eventos, el examen de procedencia de la acción se torna menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos, **sin que la condición de la persona por sí misma implique su procedencia**. Sobre el particular, el Máximo Tribunal Constitucional, en Sentencia T-245 de 2017, (M.P. Doctor José Antonio Cepeda Amirís), sostuvo:

“(…) En conclusión, para determinar si la acción de tutela es procedente de forma excepcional para reclamar un derecho pensional, es necesario analizar por lo menos los siguientes cuatro elementos:

(i) Que no exista otro medio de defensa judicial, o que el existente no resulte idóneo ni eficaz para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales del accionante, a partir de las condiciones específicas del caso; en caso de que el medio de defensa sea idóneo y eficaz, la tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable;

(ii) Que conste prueba de la existencia y titularidad del derecho pensional reclamado;

(iii) Que el accionante haya ejercido una actividad judicial o administrativa diligente para acceder a la protección del derecho invocado;

(iv) Que se establezca que con el no reconocimiento del derecho pensional se está afectando el mínimo vital del accionante.

3.6. Ahora bien, respecto del análisis de la idoneidad y la eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios de defensa disponibles para acceder al reconocimiento de derechos pensionales, en la Sentencia T-021 de 2013⁵, se estableció que, el juez de tutela debe verificar que aun existiendo otras herramientas de defensa judicial, éstas no son suficientes para garantizar oportunamente el derecho a la seguridad social del demandante. Para ello, la jurisprudencia ha determinado unos presupuestos que se deben tener en cuenta: “a. **Que se trate de sujetos de especial protección constitucional;** b. **Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital;** c. **Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada;** d. **Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.**”⁶. - Destaca la Sala-

Bajo ese entendido, para que una acción de tutela en la que se pretenda el reconocimiento de derechos pensionales -como ocurre en el sub iudice -, proceda, es necesario que concurren las siguientes condiciones:

- ✓ Que se trate de sujetos de especial protección constitucional;
- ✓ Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital;
- ✓ Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada;

⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Sentencia T-021 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- ✓ Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Presentes dichas condiciones, se infiere la necesidad de intervención del juez de tutela a fin de garantizar el derecho fundamental invocado, quien podrá otorgar la prestación de manera transitoria o definitiva⁷. La primera opción procede cuando existe tal gravedad y urgencia que es necesaria una decisión judicial, al menos con efectos temporales, para **evitar un perjuicio irremediable**⁸; la segunda, cuando **se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente no es idóneo para solicitar la prestación o resulta ineficaz para dirimir las controversias planteadas**⁹.

En el sub lite, Mariela Ávila Ávila acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción constitucional de la referencia, para solicitar “(...)se ordene de forma inmediata a COLPENSIONES realice el procedimiento para correspondiente y se reconozca mi pensión a la cual tengo derecho al haber cumplido los requisitos de Ley (...) me sea pagado el retroactivo de mi derecho a mi pensión, dado que a la fecha tengo cumplidos los requisitos que se requieren para la misma y que por negligencia de COLPENSIONES, no se ha podido tener el reporte total de mis semanas cotizadas y son hechos que no estoy en la obligación de soportar” (Pág. 4 Archivo 1-enlace). Así pues, su intención no es otra diferente a la de reclamar un derecho pensional.

La juez de primera instancia declaró improcedente la acción al no encontrar acreditados los requisitos mínimos de procedencia excepcional. A su juicio, la accionante dispone de otros mecanismos de defensa judicial a los cuales puede acudir para solicitar el reconocimiento de sus derechos, máxime cuando no se advierte la intención de evitar la configuración de un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez de tutela.

Sin embargo, mediante escrito de impugnación el recurrente defendió la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso concreto, e insistió en la vulneración de derechos fundamentales por parte de la accionada, refirió su condición de madre cabeza de familia y que su mínimo vital se ve afectado con la demora en reconocimiento de la pensión, pues las condiciones actuales de la pandemia hace difícil continuar laborando en la Clínica a la que ha estado vinculada desde el año 2007, por riesgo de contagio al COVID-19 dada su edad, petición que coadyuvó el hijo de la accionante quien, además, dijo que con la demora en el reconocimiento además se pone en riesgo su derecho a la educación.

⁷ Ver sentencias: T-479 de 2008 y T-276 de 2010, entre otras.

⁸ Ver sentencias: T-1291 de 2005 y T- 668 de 2007.

⁹ Sentencia T-276 de 2010.

Por tal razón, tal como fue advertido en el acápite denominado ‘Del tema de la apelación’ corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia fue acertada al negar por improcedente el amparo constitucional de la referencia o si, por el contrario, debe revocarse. Sólo en caso de establecer que la acción constitucional tiene vocación de excepcionar la regla general de improcedencia para abordar controversias pensionales¹⁰, se procederá a examinar si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y el mínimo vital de la accionante, al no actualizar las semanas de cotización y proceder a la corrección de la historia laboral luego que se trasladara del RAIS al RPM administrado por Colpensiones.

Para tal fin, se analizará si tal como lo afirmó la recurrente, los presupuestos de procedencia antes referidos, se encuentran plenamente acreditados en el sub examine. Veamos:

1. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional:

Como quedó expuesto en los párrafos anteriores, a efectos de estudiar la procedencia de la acción constitucional de tutela en materia de reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, debe tenerse particular cuidado con los sujetos que son titulares de una especial tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico.

Por ello, ha considerado la Corte Constitucional como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, **a los adultos mayores**, y a todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta se ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; que obliga un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos.

En el sub iudice, asegura el recurrente que ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional “(...) teniendo en cuenta que soy una persona de la tercera edad, madre cabeza de familia y mi estado de indefensión (...)” (Pág. 1 Archivo 1-enlace). Lo cual refuerza al formular el recurso al señalar que por su edad se vio en la necesidad de solicitar una licencia no remunerada ante la posibilidad de contraer el Coronavirus y que su hijo es menor de 25 años y se encuentra estudiando derecho, así las cosas, es madre cabeza de familia y el sostenimiento de éste depende de su trabajo.

¹⁰ Por satisfacer los requisitos específicos dispuestos para tal efecto.

En otras palabras, la gestora del amparo considera que es sujeto de especial protección por dos razones principales, **primero**, por ser una persona de la tercera edad que se encuentra en riesgo de contraer un virus por el cual se declaró una pandemia a nivel mundial y, **segundo**, por ser madre cabeza de familia.

En ese orden, para resolver los cuestionamientos realizados en contra de la sentencia de primera instancia, procederá la Sala a analizar, de forma separada, cada una de estas circunstancias.

1.1. De la edad y vulnerabilidad al contagio del COVID-19:

En este sentido, lo primero que advierte la Sala es el objeto de estudio, **determinar si el accionante es un sujeto de especial protección, por pertenecer a la tercera edad, a partir de la realización de una actividad riesgosa a contraer el virus COVID-19, para garantizar el reconocimiento de derechos pensionales mediante el amparo constitucional excepcional.**

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia T-015 de 2015), los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros grupos poblacionales.

Sin embargo, a la luz de la misma providencia, en consonancia con lo expuesto por el juez de primera instancia, ha de tenerse en cuenta que para determinar la edad en la que una persona puede catalogarse como de la tercera edad, **se debe acudir a la esperanza de vida certificada por el DANE**, pues ha asumido que la tercera edad inicia cuando una persona supera la expectativa de vida por aquel organismo público, misma que varía periódicamente. A esta se le conoce como **la tesis de la vida probable**.

Tal como lo indica la Corte, durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” expedido por el DANE, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), **se encuentra estimada en los 76 años**. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico.

A página 43 Archivo 1-enlace, obra copia de la cédula de ciudadanía de Mariela Ávila Ávila, se observa que nació el **6 de noviembre de 1962**, es decir que, a la fecha, cuenta con **57 años y 8 meses de edad**, circunstancia que impide prima facie sea considerada, para este caso, como una persona de la tercera edad, como ya se dijo, esta calidad se adquiere a partir de los 76 años.

Ahora la accionante al recurrir puso de presente que la licencia no remunerada a la que hizo alusión el a quo en su sentencia, fue solicitada ante la probabilidad de contagio del COVID-19 dada la edad que ostenta y la labor a la que se dedica como trabajadora de una entidad de salud.

En un caso de similar contorno, en el cual el accionante consideraba vulnerados sus derechos fundamentales por la negativa de Colpensiones en reconocer la pensión de vejez por alto riesgo, la Corte Constitucional sostuvo *in extenso* (sentencia T-015 de 2019):

*“16. En relación con la edad, Marceliano Neme Esquinas afirma ser una persona de la tercera edad **porque actualmente tiene 62 años.**”*

16.1. Como quedó expuesto en las sentencias T-339 y T-598 de 2017, según el criterio de la Sala Plena de esta Corporación, las personas de la tercera edad se consideran sujetos de especial protección constitucional, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo. En razón de él, no solo el Estado debe proveerles un trato diferencial, sino que con arreglo al principio de solidaridad incluso los particulares han de esforzarse para lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellas.

Al respecto conviene recordar que la Corte ha aplicado la edad como criterio de evaluación de la eficacia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial cuando se trata de personas de la tercera edad. Ha encontrado que exigirles a estas personas acudir a la administración de justicia por la vía ordinaria, puede ser desproporcionado, toda vez que supone someterlas a una espera que puede no tener resultado, como quiera que existe la posibilidad de que la persona fallezca antes de que el trámite concluya con una decisión.

*El análisis de subsidiariedad debe hacerse de modo flexible cuando se trata de una persona de la tercera edad, puesto que **“cuando una persona sobrepasa el promedio de vida de los colombianos (...) por su avanzada edad [es dable suponer que], ya su existencia se habría extinguido para la fecha de una decisión dentro de un proceso judicial ordinario.”***

*16.2. En este punto conviene precisar que el término **“persona de la tercera edad”** y el concepto **“adulto mayor”**, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos.*

*16.3. El concepto **“adulto mayor”** fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de **“vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida.** De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será **adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar***

esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”.

Dicha definición opera para los efectos de esa norma, a saber, para la “atención integral del adulto mayor en los centros vida” y según lo ha precisado esta Corporación, solo es aplicable en ese ámbito y no de forma genérica.

16.4. Por su parte, la calidad de “**persona de la tercera edad**” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, **sino que ha superado la esperanza de vida**. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor.

Para efecto de precisar a qué edad una persona puede catalogarse en la tercera edad, esta Corporación ha acudido a la esperanza de vida certificada por el DANE. Ha asumido que **la tercera edad inicia cuando la persona supera la expectativa de vida fijada por aquel organismo público**, misma que varía periódicamente. A esta se le conoce como la tesis de la vida probable, que en este caso concreto fue aplicada por el ad quem.

Durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” emitido por el DANE, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los **76 años**. Por lo tanto, **una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico.**

16.5. La distinción entre adultos mayores y los individuos de la tercera edad implica el reconocimiento de la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que, entre aquellas, presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo.

El efecto útil de esta separación fijada por la jurisprudencia constitucional en desarrollo el principio de igualdad, se presenta al valorar en cada caso concreto la eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios que tiene a disposición el accionante. **Pero cobra especial relevancia cuando se debaten asuntos asociados a la pensión de vejez, en relación con los cuales la mayoría de los interesados habrá superado los 60 años y tendrá la calidad de adulto mayor.**

De considerarse que todos los adultos mayores requieren una especial protección constitucional y un análisis más flexible en relación con el principio de subsidiariedad, sería necesario concluir que todas las peticiones de vejez que ellos hagan a través de la acción de tutela son procedentes. Tal perspectiva, terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial laboral en esa materia en particular queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela y comprometería el sistema de distribución de las competencias judiciales y jurisdiccionales, **pues implica indirectamente asumir que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para reclamar pensiones de vejez de personas con más de 60 años.**

Reconocer entre los adultos mayores a quienes están en una condición de mayor vulnerabilidad por un criterio etario, permite identificar a las personas que precisan especial apoyo para la realización de sus derechos, por el desgaste biológico que implica el paso del tiempo y así, concretar el principio a la igualdad y conservar la acción de tutela como un medio excepcional y

subsidiario de protección de los derechos fundamentales, en los casos en los que se debate una pensión de vejez.

16.6. Respecto a este asunto concreto a pesar de que Marceliano Neme Esquinas afirmó, tanto en el escrito de tutela como en el de impugnación, que él era una persona de la tercera edad, **la Sala encuentra que él es un adulto mayor, pero definitivamente no es una persona de la tercera edad, al no haber superado la expectativa de vida y, por lo tanto, no precisa un trato especial en razón de su edad.**” (Resaltado fuera de texto)

El criterio vertido en la providencia citada ya había sido decantado por la misma Corporación en la sentencia **T-138 de 2010** con ponencia del Magistrado Doctor Mauricio González Cuervo en la cual, en concordancia con el argumento plasmado en el recurso de apelación, explicó:

“Un segundo criterio consistiría precisamente **en considerar que son personas de la tercera edad las que cumplen el requisito de edad para pensionarse.** Este criterio tiene una cierta fuerza lógica: si el legislador ha considerado que al llegar a cierta edad –la que legislativamente se define-, la persona adquiere el derecho a recibir un ingreso sin trabajar –a pensionarse-, es porque considera que a partir de dicha edad, y presuponiendo que aportó al sistema durante el tiempo suficiente, sus capacidades no le permiten seguir generando ingresos como fruto de su trabajo y por lo tanto, la sociedad, como corresponde en un Estado Social de Derecho, le compensa los largos años de trabajo con una garantía de ingreso periódico, que no es ya la remuneración por su trabajo inmediato, sino el reconocimiento a su trayectoria laboral de largo plazo, y su garantía al mínimo vital. **En otras palabras, podría lógicamente afirmarse que al llegar a la edad de pensionarse, la persona pierde, al menos por presunción legal, su capacidad de laborar; precisamente por ello tiene derecho a la pensión.** De lo contrario, el sistema estaría creando una carga absurda al pensionar a personas que todavía pueden trabajar, producir y aportar al sistema. Luego, la equiparación entre el arribo a la edad de pensión y el concepto de “tercera edad”, que amerita una especial protección constitucional, tendría sentido.

Sin embargo, de lo que aquí se trata es de establecer un concepto de “tercera edad” como primer, pero no único presupuesto que permita de manera excepcional que la dilucidación del derecho a la pensión de vejez se haga por la vía de la acción de tutela y no por la vía ordinaria. Para esos efectos puntuales, este criterio tampoco sería adecuado: al aplicar la regla general de edad de pensión para definir el concepto de tercera edad susceptible de una especial protección constitucional, se estaría incorporando la regla general a un conjunto de casos que tiene que ser excepcional. Veamos:

Por las razones explicadas en el acápite 2.1 de estas consideraciones, las controversias relativas al reconocimiento y pago de pensiones de vejez deben, por regla general, tramitarse ante la justicia laboral ordinaria. Sólo excepcionalmente, y sólo en tanto se den ciertas circunstancias concurrentes jurisprudencialmente establecidas, tal asunto puede tramitarse vía tutela. La primera de esas circunstancias es, como se dijo antes, el que la persona sea de la tercera edad. **Si se equipara el concepto de tercera edad al de “edad de pensión”, tendríamos que lo excepcional –la posibilidad de acceder a la pensión de vejez por la vía de la tutela- se tornaría en la regla general, y la gran mayoría de las personas que llegan a la edad que las hace en principio acreedoras a una pensión de vejez tendrían al menos un primer argumento para acudir a la tutela, vía de suyo excepcional por mandato constitucional. De modo que, para estos fines, el concepto de “tercera edad” no puede**

asimilarse al de “edad de pensión”, pues se trastocaría totalmente la excepción en regla.

Precisamente debido a estas dificultades, algunas Salas de Revisión han adoptado un criterio distinto a los dos aquí mencionados que parte, razonablemente, de distinguir el concepto de “vejez” (que determina la posibilidad de acceder a una pensión), del concepto de “ancianidad” o “tercera edad”, que es el que auténticamente amerita una especial protección constitucional, y por lo tanto justificaría que, en concurrencia con otros requisitos, quienes se encuentren en dicha categoría especial puedan, en principio, acudir a la acción de tutela para reclamar su derecho a la pensión de vejez.

*Esa distinción ha permitido a la Corte establecer que el criterio **para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia.** Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, **introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez –regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela.***

*En el presente caso el tutelante cumplirá 69 años en marzo de 2010. En consecuencia, **no puede predicarse de él, según el criterio jurisprudencial aquí reiterado y acogido, que pertenezca a la tercera edad, y por lo tanto tenga por ahora derecho a una especial protección estatal.** Por lo tanto, en principio, no le es dable solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por el camino excepcional de la acción de tutela. (...).” (Resaltado fuera del texto original)*

Recuérdese que la edad de una persona no basta para que la acción de tutela se torne automáticamente procedente y desplace los demás mecanismos ordinarios de defensa judicial, máxime si se tiene en cuenta que el reconocimiento de la pensión constituye una discusión de naturaleza legal que debe ventilarse a través de las vías ordinarias establecidas por el legislador, en respeto del juez natural y de las reglas de procedencia consagradas por el constituyente¹¹, en ese contexto que se aplica en tiempos de normalidad la determinación del a quo sobre el particular resulta razonable y de hecho acata la jurisprudencia vigente sobre este punto.

No obstante, tal como lo puso de presente la accionante en el recurso de apelación, no estamos ante una circunstancia de normalidad, sino se ha declarado a nivel mundial una pandemia, situación que exige del juez constitucional una mayor sensibilidad a las problemáticas comunes, dado que se alteró de manera

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-724 de 2010.

extraordinaria las condiciones normales de vida en el mundo, por ello, ante la prueba allegada con el escrito de tutela de la licencia no remunerada de un adulto mayor como es la accionante (Pág. 40 Archivo 1-enlace) que labora en el sector de la salud, la juez en lugar de hacer juicios negativos respecto de la misma, debió hacer uso de los poderes probatorios dispuesto en el D.L. 2591 de 1991, para establecer las motivaciones que llevaron a una persona que solicita la protección del mínimo vital a pedir tal licencia, máxime cuando se evidencia que labora en una Clínica desde el año 2007 pero, en lugar de ello hizo inferencias que se sumaron a otros motivos para declarar la improcedencia de esta acción constitucional.

En ese sentido resulta pertinente recordar el papel que juega la decisión judicial con el sistema de valores y principios constitucionales, que implique la consecución del ideario de justicia material, la Corte Constitucional en Sentencia T-553 de 2012, destacó:

“El papel constitucional del juez contencioso administrativo en los procesos sometidos a su conocimiento y su relación con la justicia rogada¹².

5. El papel del juez¹³ en un Estado democrático de derecho ha cambiado la forma de entender el principio de justicia rogada, debido a que el funcionario judicial se convierte en un sujeto privilegiado o, en el canal autorizado para garantizar la efectividad de los derechos consagrados constitucionalmente.

De esta manera, la Constitución de 1991 encargó al juez ordinario la tarea de salvaguardar las garantías esenciales y de promover la primacía de la Carta Política. Así, en virtud del principio de justicia material la competencia del juez en un proceso no puede limitarse a lo alegado en la demanda. Éste cuenta con un rol activo dentro del trámite que lo identifica como el director del proceso, deber que se concreta en que el funcionario judicial actúe de forma diligente y eficiente. Por tal razón, su labor no puede ser paquidérmica, mecánica o concentrarse solo en la ley, sino que debe obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de modo que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa¹⁴.” -Subraya y negrilla fuera del texto-

Roles que se agudizan en situaciones excepcionales y extraordinarias, pues la sociedad espera que, ante la estados de emergencia sanitaria y de excepción, sea el juez quien garantice a través de la tutela judicial efectiva, que los procedimientos y determinaciones adoptadas por la administración se ajusten a derecho y al marco constitucional y legal, en tanto, con esa actividad se garantiza la vigencia d ellos

¹² La argumentación presentada en este acápite de la sentencia respecto de la justicia rogada se realiza tendiendo como fuente normativa de estudio el Código Contencioso Administrativo el Decreto 01 de 1984, pues si bien el estatuto no se encuentra vigente, fue bajo esta norma que el Tribunal Administrativo del Bolívar revocó la sentencia que hoy se acusa de vulnerar derechos fundamentales en mayo de 2011.

¹³ Este puede ser entendido como el conjunto de expectativas, valores y actitudes sobre las modalidades, cómo se comportan los jueces o se deben comportar. Marradi Alberto. Voz Sistema Judicial, en Norberto Bobbio, Nino Matteucci y Gianfranco Pasquino. Diccionario de política. Madrid. Edit. Siglo XXI 10^a ed. 1997. Pp. 1459.

¹⁴ Sentencia T-382 de 2010.M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

derechos fundamentales, así se encuentre en una situación extraordinaria, pues la vigencia de los principios y derechos no se altera por esas circunstancias.

En esa medida, las especiales condiciones señaladas por la accionante en el recurso de apelación y que se pudo evidenciar desde la presentación de la tutela y corroborar con el decreto de pruebas necesarias a fin de despejar dudas sobre las motivaciones de la licencia no remunerada, obliga a la Sala a entrar a estudiar si las condiciones particulares de este caso en el marco de la pandemia flexibilizan las conclusiones sobre el factor edad como uno de los elementos para considerar a la accionante como sujeto de especial protección constitucional, para ello se estudiará, (i) si la edad es un factor de riesgo de contagio del COVID-19, y (ii) si existe factores de riesgo de contagio o de cualquier otra índole a quienes laboran en el sector salud en el marco de la emergencia sanitaria.

En estudios médicos-científicos se destaca que la edad es un factor importante de riesgo de contraer Coronavirus y de padecer con mayor gravedad dicha enfermedad, al respecto en artículos sobre los estudios realizados por epidemiólogos¹⁵ se destaca lo siguiente:

*“La información proveniente de China continúa afirmando que las personas que tienen un mayor riesgo de enfermedades graves y muerte son las de mayor edad y las que tienen problemas de salud subyacentes”, dijo **la Dra. Nancy Messonnier, directora del Centro Nacional de Vacunación y Enfermedades Respiratorias, de los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC), durante una conferencia a principios de febrero.***

*Las estimaciones preliminares sugirieron que el virus, que en ese momento había enfermado a decenas de miles de personas y había resultado en la muerte de cientos, tenía una tasa de fatalidad de aproximadamente el 2%. Los primeros hallazgos de China, que pertenecían a las primeras 17 personas que murieron en el brote, revelaron que la edad promedio de estas víctimas era de 75 años, mientras que un estudio publicado en el **New England Journal of Medicine** descubrió que la edad promedio de las primeras 425 personas infectadas con el virus era de 59 años.*

(...)

*Esto es típico de los coronavirus, una familia de virus que incluye los brotes del SARS y, actualmente, del MERS, al igual que otros virus respiratorios, como la **gripe estacional**, dice **Vineet Menachery, inmunólogo de la Facultad de Medicina de University of Texas**, quien estudia el efecto de los coronavirus en los sistemas inmunitarios de las personas mayores.*

“Durante el brote original de SARS, la tasa de fatalidad para el número total de casos fue del 10%, pero esa tasa aumentó a más del 50% en las personas mayores de 50 años”, dice.

*Menachery indica dos razones principales para la mayor susceptibilidad de los adultos mayores al coronavirus. **La primera es que los adultos mayores son más propensos a padecer de enfermedades subyacentes que impiden la capacidad del organismo para combatirlos y recuperarse, tal como la enfermedad pulmonar obstructiva crónica.***

¹⁵ <https://www.aarp.org/espanol/salud/enfermedades-y-tratamientos/info-2020/coronavirus-en-personas-mayores.html>

*La segunda causa tiene que ver con la manera en que nuestra respuesta inmunitaria cambia con el paso de los años, algo que Menachery y otros investigadores están todavía tratando de entender. Sus investigaciones con los coronavirus han demostrado, por ejemplo, que los ratones más viejos experimentan **más inflamación** temprano en el curso de la enfermedad. Esto tal vez "prepara el camino" para un daño pulmonar que no se puede superar más adelante.*

El coronavirus que se convirtió en una pandemia global a principios de marzo, al igual que los virus responsables del SARS y el MERS, afecta la parte de los pulmones donde se lleva a cabo el intercambio de gases; donde entra el oxígeno al torrente sanguíneo y se extrae el dióxido de carbono.

"A medida que envejeces, tus pulmones ya no son tan elásticos o resistentes como cuando eras joven. Este tipo de cosas, en combinación con cualquier tipo de problema de salud que puedas tener, tienden a propiciar esta pérdida de la función pulmonar y de las vías respiratorias".

Pero, según señala Menachery, esto no quiere decir que cumplir 65 años — considerado el comienzo de la adultez mayor por los CDC y otras organizaciones— te coloque automáticamente en la categoría de alto riesgo." -Destaca la Sala-

Refuerza lo anterior, la conclusión a la que arribó un estudio de casos clínicos por Coronavirus COVID-19¹⁶, efectuado por la Sociedad Española de Medicina Interna - SEMI¹⁷, que señala lo siguiente:

“Conclusiones. *El Registro SEMI-COVID-19 proporciona información sobre las características clínicas de los pacientes con COVID-19 hospitalizados en España. Los pacientes con COVID-19 hospitalizados en España son en su mayoría casos graves, ya que uno de cada tres pacientes desarrolló distrés respiratorio y uno de cada cinco pacientes falleció. Nuestros datos confirman una estrecha relación entre la edad avanzada y la mortalidad.”¹⁸ -Subraya la Sala-*

De otra parte, de conformidad, con lo señalado por el Ministerio de Trabajo de los Estados Unidos¹⁹, los trabajadores del área de la salud se encuentran en la pirámide de mayor riesgo de contagio, tal como se demuestra en la siguiente gráfica:

¹⁶ En relación con la información el estudio señala que, “El Registro SEMI-COVID-19 es una cohorte retrospectiva en curso que incluye consecutivamente a la mayor parte de los pacientes dados de alta o fallecidos tras su ingreso por COVID-19 confirmada en 150 hospitales de España desde el día 1 de marzo de 2020 hasta el final de la pandemia. La inclusión se inició el 27 de marzo y todavía se mantiene. Se realizó seguimiento telefónico transcurrido un mes desde el alta hospitalaria”.

¹⁷ En el documento denominado “Características clínicas de los pacientes hospitalizados con COVID-19 en España: resultados del Registro SEMI-COVID-19” sobre la SEMI, se lee: “La Sociedad Española de Medicina Interna (SEMI) es la promotora de este estudio. Los investigadores que coordinan el estudio en cada hospital son socios de SEMI y accedieron a participar en el estudio de forma voluntaria y sin remuneración alguna. La monitorización del estudio se lleva a cabo por el comité científico del mismo y una agencia independiente. La coordinación logística y el análisis de los datos también se han realizado por agencias independientes.”

¹⁸ <file:///C:/Users/user/Downloads/1-s2.0-S001425652030206XXXXXXXXXXXXX.pdf>

¹⁹ <https://www.osha.gov/Publications/OSHA3993SP.pdf>

Clasificando la Exposición de los Trabajadores al SARS-CoV-2

El riesgo de los trabajadores de exposición ocupacional al SARS-CoV-2, el virus que causa COVID-19, durante un brote depende en parte del tipo de industria y la necesidad de contacto a menos de 6 pies de las personas que se conoce o se sospecha que tienen COVID-19.

OSHA ha dividido las tareas de trabajo en cuatro niveles de exposición al riesgo, como se muestra a continuación. La mayoría de los trabajadores estadounidenses probablemente estarán en los niveles de riesgo de exposición más bajo (de precaución) o en los niveles de riesgo de exposición medio.

Pirámide de Riesgos Laborales para COVID-19

RIESGO MUY ALTO DE EXPOSICIÓN

Los trabajos con riesgo muy alto de exposición a fuentes conocidas o sospechosas de COVID-19 durante procedimientos médicos específicos, trabajos mortuorios o procedimientos de laboratorio. Los trabajadores en esta categoría incluyen:

- Trabajadores del cuidado de la salud y de morgues que realizan procedimientos generadores de aerosol o recopilando/manipulando especímenes de pacientes potencialmente infecciosos o cuerpos de personas que se conoce o se sospecha que tienen COVID-19 al momento de muerte.



Las cuatro niveles de exposición al riesgo representan la distribución de riesgo probable.

RIESGO ALTO DE EXPOSICIÓN

Los trabajos con un alto potencial de exposición a fuentes conocidas o sospechosas de COVID-19. Los trabajadores en esta categoría incluyen:

- Personal de apoyo y atención del cuidado de la salud, transportes médicos y trabajadores mortuorios expuestos a pacientes conocidos o sospechosos de COVID-19 o cuerpos de personas que se conoce o se sospecha que tienen COVID-19 en el momento de la muerte.

RIESGO MEDIO DE EXPOSICIÓN

Los trabajos que requieren contacto frecuente y/o cercano con personas que podrían estar infectadas, pero que no son pacientes conocidos o sospechosos. Los trabajadores en esta categoría incluyen:

- Aquellos que pueden tener contacto con el público en general (por ej. escuelas, ambientes de trabajo de alta densidad poblacional, algunos ambientes de alto volumen comercial), incluyendo las personas que regresan de lugares con transmisión generalizada del COVID-19.

RIESGO BAJO DE EXPOSICIÓN (DE PRECAUCIÓN)

Los trabajos que no requieren contacto con personas que se conoce o se sospecha que están infectadas.

- Los trabajadores en esta categoría tienen un contacto ocupacional mínimo con el público y otros compañeros de trabajo.

Para obtener más información, consulte la [Guía sobre la Preparación de los Lugares de Trabajo para el virus COVID-19](#).

Adicionalmente, entre los riesgos que enfrentan los trabajadores del área de la salud el Ministerio de Salud y Protección Social en la guía denominada “LINEAMIENTOS PARA ABORDAR PROBLEMAS Y TRASTORNOS MENTALES EN TRABAJADORES DE LA SALUD EN EL MARCO DEL AFRONTAMIENTO DEL CORONAVIRUS (COVID – 19)”²⁰ se señalaron los siguientes:

“La enfermedad coronavirus 2019, causada por el virus COVID-19, se detectó por primera vez en Wuhan, China, en diciembre de 2019. El 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote actual constituía una emergencia de salud pública de preocupación internacional. Ante la presencia de la enfermedad COVID-19 en Colombia, después del 6 de marzo de 2020, el país inicia la fase de contención en la cual es importante dar instrucciones en el marco de intervención, respuesta y atención del COVID19, en especial para el uso racional de elementos de protección personal (EPP) en entornos de salud y

²⁰<https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/GPSG03.pdf>

comunitarios, basadas en las recomendaciones de la OMS (World Health Organization - WHO), 2020.

Los trabajadores de la salud cuando se ven enfrentados a situaciones de alta demanda de trabajo y de condiciones inseguras, especialmente en situaciones de emergencia sanitaria como la que el País enfrenta en este momento, pueden llegar a presentar ansiedad o manifestaciones emocionales alteradas, ya que, en el ambiente hospitalario, además de trabajar con sus propias emociones y conflictos, los trabajadores deben abordar también las necesidades emocionales de sus pacientes y familiares.

Esas demandas acaban desencadenando fatiga física y emocional, tensión y ansiedad en el profesional y demás personal que labora en los servicios sanitarios. Además de eso, la preocupación actual por el riesgo de la vida, la sobrecarga de trabajo, la dificultad para aceptar la muerte, el dolor, la escasez de recursos materiales y humanos, el ambiente extremadamente seco, refrigerado, cerrado y con iluminación artificial, y otras condiciones que puedan generar disconfort emocional, así como la interrelación constante entre las mismas personas del equipo, durante el turno y la toma de decisiones conflictivas relacionadas a la selección de los pacientes que serán atendidos, son factores que pueden desencadenar en ansiedad, problemas y trastornos mentales.

Los esfuerzos que se deben realizar por parte de las EAPB, IPS y las Administradoras de Riesgos Laborales con sus trabajadores afiliados, deberán estar orientados a identificación y atención integral de los problemas y trastornos mentales de los trabajadores del sector salud que atiende la emergencia sanitaria por el brote de COVID-19. -Negrilla fuera del texto-

En ese marco conceptual, la Sala considera que si bien el factor edad por sí sólo no conlleva un riesgo inminente de contagio y de aumento de probabilidades de muerte por COVID-19, éste sumado al riesgo que se desprende del área en donde se desempeña laboralmente la accionante, si la convierte las circunstancias particulares de la accionante en un inminente peligro, al que se vería expuesta única y exclusivamente para proveerse los recursos necesarios para su subsistencia y la de su núcleo familiar, lo cual, en caso de contar con la pensión a la que dice tener derecho, estaría cubierto, pues recibiría una mesada por haber arribado a los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión con los cuales solventar su economía.

Entonces en virtud, de las **particulares circunstancias** de este caso concreto, a saber (i) estar en un rango de edad en donde el contagio al Coronavirus COVID-19, sufrir mayores efectos en caso de contraer el virus y por ende de muerte según los estudios realizados por diversos centros médicos y epidemiológicos, y (ii) laborar en el área de mayor riesgo de contagio, en una Clínica, es decir en el sector salud, y a otros efectos secundarios de esa labor en las actuales circunstancias, hacen concluir a la Sala que esta circunstancias ponen a la accionante en situación de mayor vulnerabilidad convirtiéndola así en sujeto de especial protección constitucional.

Bajo esa premisa, es importante en este punto, que este Tribunal se detenga a realizar una ponderación de las medidas, en tanto, entra en juego un valor como la seguridad y el precedente jurisprudencial y la materialización de las garantías fundamentales, para decir que si bien es cierto la jurisprudencia fijó parámetros para establecer las condiciones de vulnerabilidad por la edad cuando se reclama el reconocimiento de prestaciones sociales en sede de tutela, también lo es que las condiciones actuales de la pandemia imponen que se agudice la protección a esos grupos poblacionales que se encuentran en mayor riesgo de contagio y padecimiento de una enfermedad viral que ha desencadenado la declaratoria de una pandemia a nivel mundial, debiendo ceder los valores de seguridad jurídica y respeto al precedente, ante las circunstancias extraordinarias que imponen una mirada diferente y sensible a los miedos, riesgos y peligros a que están expuestos nuestros congéneres.

*En otras palabras una circunstancia extraordinaria como la que vive el mundo requiere de medidas de ese mismo calibre para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales aún en tiempos de pandemia, más cuando se evidencia que en caso de mantenerse incólume la decisión impugnada ello conllevaría a que una persona que tiene **dos factores** de riesgo -edad y área de trabajo- deba exponer su vida y salud para garantizar su sobrevivencia en materia económica, lo cual en estas circunstancias resulta muy gravoso si se tiene en cuenta que refiere que ya cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo las condiciones del RPM al que se trasladó desde hace más de 10 años.*

Aunque con este análisis sería suficiente para concluir que la señora Mariela Ávila Ávila es sujeto de especial protección constitucional, es importante recabar sobre otra condición que fue invocada por la accionante en el escrito de tutela y en la impugnación, para ser beneficiaria de medidas igualitarias positivas como la flexibilización de la exigencia de la subsidiariedad, a saber, es la relacionada con su condición socioeconómica, al ser madre cabeza de familia u hogar.

1.2. De la condición socioeconómica:

En el escrito de tutela la accionante refirió que además de la edad era madre cabeza de familia, para probar su dicho allegó denuncia penal por inasistencia alimentaria efectuada ante la Fiscalía General de la Nación en donde se relaciona un incumplimiento de la cuota alimentaria fijada a favor de su hijo (Pág. 41 Archivo 1-enlace) y Constancia de Conciliación de la Comisaría Primera de Familia de Tunja fechada de 22 de octubre de 2002 (Pág. 42 Archivo 1-enlace), documentos con los cuales la a quo concluyó que el hijo de la accionante era mayor de edad, en esa

medida descartó de plano que Mariela Ávila Ávila, ostentara la calidad de madre cabeza de familia.

Al respecto, la Sala encuentra que era razonable con esos elementos arribar a esa conclusión, no obstante, ante la duda que genera que se invoque una condición que como lo resaltó la accionante en el recurso, no se pierde, únicamente, cuando el dependiente cumple la mayoría de edad, dado que ha sido aceptada por la legislación y la jurisprudencia de manera reiterada y generalizada que cuando los hijos superan la mayoría de edad si adelantan estudios superiores, la condición de dependencia se extiende hasta que culminen dichos estudios y/o hasta cumplir 25 años de edad. Aspectos en los que la Juez a quo no se detuvo, para en lugar de arribar a conclusiones erróneas hubiese decretado las pruebas que despejaran el manto de duda sobre la condición invocada por la gestora constitucional, pues si bien con el escrito de tutela no se allegó prueba que permitiera demostrar esa condición bajo esos supuestos, si se pudo requerir a la parte para que aportara en el trámite de primera instancia documentación que reforzara su dicho y si no era allegada, la conclusión a la que llegó el Juzgado contaba con mayor solidez que la simple conjetura o deducción, que es legítima y razonable pero insuficiente para descartar de plano la condición de madre cabeza de familia.

Ahora en sede de segunda instancia, la Sala cuenta con elementos probatorios que permiten concluir que la accionante es madre cabeza de familia, pues además de los documentos allegados en primera instancia obra escrito en el cual el hijo de la accionante coadyuva el recurso de apelación, en donde pone de presente que depende económicamente de su progenitora Mariela Ávila Ávila y allegó soporte de estar cursando estudios superiores en derecho en la Universidad Juan de Castellanos.

Debe señalarse que la dificultad socioeconómica que se aduce en la tutela y la impugnación, se deriva de esa relación de dependencia económica de uno de los miembros del núcleo familiar de la accionante, que estaría demostrada con suficiencia como ya se dijo, pero además resulta pertinente recalcar que esta condición puede ser invocada por hombre y mujer, en tanto demuestre que son responsables del mantenimiento de miembros de su familia por diversas circunstancias, como que su compañero falleció, no cuenta con trabajo o simplemente abandonó el hogar, pero en el presente caso se arribó prueba que el padre del hijo de la accionante se sustrajo voluntariamente de continuar con el sostenimiento de éste, cuando contaba con 10 años de edad, desde el año 2002 como se desprende de la conciliación fallida y de la denuncia posterior por inasistencia alimentaria, y se refuerza con lo expresado en el

escrito de tutela, impugnación y coadyuvancia, en donde se pone de presente que es la madre quien responde por los gastos de sostenimiento y estudio del joven.

Bajo ese espectro y contexto resulta importante señalar que no reconocer esa condición de madre cabeza de familia, desconoce la perspectiva de género, en tanto, ha sido de amplio conocimiento que históricamente se ha utilizado la sustracción de las obligaciones alimentarias por parte del padre para presionar a las mujeres a mantener relaciones afectivas y emocionales en contraprestación de seguir aportando al sostenimiento del hogar, sin embargo, estas mujeres de manera valerosa han asumido la obligación de manera exclusiva y han sacado sus familias adelante con su esfuerzo y tenacidad, como se puede observar en el sub examine, dado que desde el año 2002, la accionante asumió la condición de madre cabeza de familia que subsiste hasta la actualidad bajo las condiciones ya analizada, por ello es que la condición de “madre” cabeza de familia tiene una especial connotación, dado que por esas condiciones sociales y económicas descritas, quien ostenta esa calidad es merecedora de acciones afirmativas positivas por medio de protección especial.

La Sala reitera que el trato diferencial en estos casos cuando se invoca por una mujer que señala que su pareja se ha sustraído voluntariamente de cumplir sus deberes como padre, reviste de esa connotación de perspectiva de género, que se desconoce si de plano se descarta, sin mayor esfuerzo probatorio, que se ostenta tal calidad, y lo que en últimas permite que las accionadas se sustraigan de reconocer en ese contexto especial la prestación económica a la que dice tener derecho la madre cabeza de familia, agudizándose con ello el factor socioeconómico de discriminación, en esa medida, resulta imperioso resaltar lo sostenido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en los deberes del juez de salvaguardar los derechos bajo esa perspectiva, a saber en sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2018 bajo el radicado 11001-03-15-000-2018-00622-00(AC) (C.P. Doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, se sostuvo:

“6. El desarrollo jurisprudencial sobre la obligación de los jueces de aplicar criterios de género

La jurisprudencia constitucional también se ha referido al rol de las autoridades judiciales en **la materialización de la protección real y efectiva de las mujeres**, a partir de dos estándares de protección que han sido establecido en los distintos instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano: (i) **el derecho a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz** y (ii) **el deber estatal de diligencia en la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra las mujeres.**

En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-012 de 2016²¹, en desarrollo del marco normativo que regula el alcance de ese derecho,

²¹ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

introdujo como “deber constitucional”, a cargo de las autoridades judiciales, **interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.**

En esa oportunidad, hizo referencia a decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha determinado que la propia administración de justicia ha “confirmado patrones de discriminación” en contra de las mujeres que acuden a la administración de justicia. Concluyó al respecto, **que los jueces vulneran los derechos de las mujeres** en los siguientes escenarios:

“(i) **omisión de toda actividad investigativa** y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) **falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas;** (iii) **utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones;** (iv) **afectación de los derechos de las víctimas**”.

En aras de ejemplificar estos escenarios, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional explicó que aquellos se materializan cuando: “se deja de investigar porque la mujer decide no formular la acción penal o llega a un acuerdo de conciliación, **o cuando se le traslada la carga de la investigación a la víctima** alegando que el impulso procesal le corresponde a ella **o porque se dice que no aportó las suficientes pruebas que soporten lo dicho,** o cuando se “decide archivar el proceso por falta de material probatorio, sin que se haya hecho uso de los **poderes oficiosos,** cuando se hace una evaluación fragmentado o cuando no se le da alcance al contexto de la mujer al momento de valorar el acervo allegado, desestimando la existencia de un patrón de violencia sistemático”.

Finalmente, se refirió a que **las autoridades judiciales no escapan de la obligación estatal de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer,** lo cual se expresa cuando se incorporan criterios de género al solucionar los casos sujetos a su examen y que ponen de presente actos de violencia contra la mujer.

Para tal efecto, enlistó una serie de deberes mínimos que involucra la actividad judicial, en los siguientes términos:

“En consecuencia, cuando menos, deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) **flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;** (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.

Específicamente, abordó de manera amplia el deber de **investigar** y resaltó que resulta contrario a los estándares de protección reforzada de la mujer

que denuncia un acto de violencia o discriminación, fundamentar la actividad probatoria en el cumplimiento, por parte de la demandante, en aportar los elementos probatorios que respalden su relato.

(...)

Con fundamento en lo anterior, frente a denuncias de mujeres que han sido víctimas de actos de violencia o **discriminación**, corresponde al sistema judicial dar **una respuesta efectiva dirigida a garantizar su especial protección constitucional**, bajo estándares establecidos en los instrumentos internacionales y en la Constitución Política. En razón a ello, les corresponde abordar cada caso **con un enfoque diferencial y activar todos los poderes derivados de la actividad judicial dirigidos a sancionar, reparar y prevenir**. -Subraya y negrilla-

En virtud de lo anterior, en este proceso invocada la calidad de madre cabeza de familia y aportados los elementos que permitían concluir que esa condición fue causada por el actuar voluntario del padre, quien se sustrajo de sus obligaciones en relación con el hijo, la actividad que se debió desplegar para corroborar lo dicho por la accionante sobre esa condición debió ser mayor en atención al trato diferencial desde la perspectiva de género mencionada, pues descartar que se ostenta esa condición por el simple hecho que el dependiente arribó a la mayoría de edad sin hacer ninguna indagación sobre el particular, en vez de dispensar la protección en razón a esa condición, deviene en un acto que desconoce la perspectiva de género, por ello, esta Sala además de reconocer tal condición, dirá que en el asunto puesto en su conocimiento aplicará trato diferencial afirmativo a la señora Mariela Ávila Ávila por ser madre cabeza de familia, siendo este un factor determinante para la procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

Ahora en este acápite no puede dejar de reiterarse que la determinación de tomar una licencia no remunerada para guardar su salud e integridad ante el riesgo ya estudiado, también es un factor que afecta la condición socio económica de la actora, quien además de no percibir ingresos desde el mes de mayo de 2020, por esa razón se ha visto en la obligación de continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral -Salud, Pensiones y Riesgos Laborales-, conforme destaca la sentencia de primera instancia, como factor para declarar la improcedencia de la acción.

Por último, resulta importante señalar que aunque se invoque la protección el derecho a la educación invocado por el coadyuvante, lo cierto es que no hay lugar a dispensar protección alguna, en tanto, ello escapa del problema ius fundamental dentro del espectro de la protección individual que enmarca esta acción preferente, además si bien se puede deducir que la demora en el reconocimiento de la pensión, puede poner en riesgo la salud y la vida de la accionante al imponerle continuar laborando a pesar de contar con los requisitos para devengar esa prestación, y que esa actitud afecta el mínimo vital, porque sin el reconocimiento de la pensión no queda más alternativa que la descrita, ello no es suficiente para encontrar conculcado el derecho

fundamental del coadyuvante, en esa medida será denegada tal solicitud de amparo, que se encuentra vinculado a este espectro socioeconómico.

En conclusión, al encontrarse acreditadas las circunstancias alegadas por la impugnante para su categorización como sujeto de especial protección constitucional, se verifica la primera de las subreglas que hace procedente el reconocimiento de una prestación pensional en sede de tutela.

*Se precisa, que **la especial protección constitucional por sí sola no torna en procedente el amparo constitucional**, sino que, flexibiliza el análisis de procedencia de la acción de tutela a partir de la concurrencia de los presupuestos de procedibilidad restantes.*

En esa medida se procederá a analizar los demás requisitos señalados por la jurisprudencia para la procedencia de la tutela para reconocimiento de prestaciones de carácter pensional.

2. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital:

*Este requisito exige que la persona que reclama el reconocimiento prestacional en materia de pensiones, se encuentre en una situación de riesgo, amenaza o violación de los derechos fundamentales invocados, en especial, del **derecho al mínimo vital**. Circunstancia ésta que, **debe soportarse a partir de una prueba, al menos sumaria, en la que se tenga en cuenta sus condiciones particulares.***

*En la sentencia **T-042 de 2010** proferida por la Corte Constitucional, se aclaró que si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, puede inferirse su afectación de la edad, las condiciones de salud y la ausencia de alguna fuente de sustento, sin perjuicio de que, en general, quien alega la vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, **acompañe su afirmación con alguna prueba, al menos sumaria**, porque así la tutela tenga un carácter informal, **no exonera al actor de acreditar los hechos en los que basa sus pretensiones.***

En el presente caso, la accionante refiere que es madre cabeza de familia que labora desde el año 2007, que sus ingresos deviene de la actividad que desarrolla en la Clínica de Los Andes, los cuales ha dejado de percibir desde el mes de mayo, en la medida que por la pandemia mundial y ante el riesgo de contraer el COVID-19 por su

edad y actividad laboral solicitó una licencia no remunerada, que de sus ingresos depende además su hijo quien se demostró se encuentra cursando estudios superiores y aún no supera los 25 años de edad.

En esas condiciones sin mayores elucubraciones la Sala concluye que en caso de no reconocimiento de la pensión se vería afectado el mínimo vital de la accionante y su núcleo familiar que depende de sus ingresos, debiendo para evitar esa afectación retomar la actividades que desarrolla en la Clínica de Los Andes pese a los riesgos que ello implica para su vida y salud dadas las actuales condiciones, situación que a todas luces resulta desproporcional, en tanto esa carga debe asumirla por las diferencias que subsisten entre las entidades adscritas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, pese a que refiere que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, situaciones que deben ser inoponibles a los cotizantes en pensión, como lo ha sostenido de manera reiterada la Corte Constitucional, al respecto vale la pena traer en cita la sentencia T-371 de 2017 (M.P. Doctora Cristina Pardo Schlesinger), que sobre este tópico, consideró:

“5. Inoponibilidad de trámites administrativos respecto de quien cumplió los requisitos legales para obtener la pensión

5.1. En el pasado, esta Corporación ha considerado que la imposición de trabas administrativas injustificadas para acceder a los derechos pensionales, no solo vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del trabajador, sino que también constituye una vía de hecho reprochable por la administración de justicia. Máxime cuando: (i) no está en duda la titularidad del derecho; (ii) el titular es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) el titular depende del pago de la pensión para satisfacer su mínimo vital y el de su familia.²² En consecuencia, a las personas que cumplan con los requisitos legales para acceder a una pensión, les son inoponibles las disputas administrativas que se puedan presentar entre las entidades potencialmente obligadas a garantizar sus derechos prestacionales, como por ejemplo las disputas generadas por un conflicto de competencias.

5.2. La Corte ha dicho que frente a este tipo de situaciones, el juez de tutela debe proferir una orden transitoria dirigida a las entidades que al menos en principio, aparezcan como posibles responsables; las cuales tienen plena libertad de repetir contra quienes resulten responsables de la obligación principal. De esta manera, “(...) la carga de la incertidumbre sobre la

²² Frente a la inoponibilidad administrativa en materia pensional, esta Corporación se ha pronunciado en las Sentencias SU-430 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-1091 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-691 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-093 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-285 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-613 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-801 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), T-702 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-799 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-936 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), T-412 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-039 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), entre otras. En estas sentencias se han revisado casos en los que se niega o se suspende el pago de una prestación pensional, porque existen controversias entre varias entidades, respecto de cuál es la llamada a responder. La Corte ha tutelado los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de los actores, ordenando el pago transitorio a la entidad que en principio aparezca como responsable de la obligación y que se encuentre en capacidad de soportarlo, estableciendo que dicha entidad puede, en el respectivo proceso ordinario, repetir contra quien considere tiene la obligación.

responsabilidad del pago de la pensión la asumen entidades fuertes, capaces de soportarla, y no adultos mayores que merecen un trato especial del Estado y de la sociedad y que por causas ajenas a su voluntad se verían sometidos a sufrimientos desproporcionados e injustos”.²³ -Negrilla fuera del texto-.

En este caso no cabe duda que las trabas por lo menos en cuanto al inicio del trámite de reconocimiento, derivan en controversias entre Colpensiones y la AFP Porvenir sobre el traslado de información y aportes cuando en 2009, se realizó el traslado de Mariela Ávila Ávila del RAIS al RPM, los cuales como resalta Colpensiones debieron efectuarse a los 30 días hábiles siguientes de ser aprobado el traslado conforme a lo señalado en la circular Externa No. 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia citada en la respuesta dada por esa entidad en este trámite a páginas 2 y 3 Archivo 7, y que aún no se había terminado de efectuar a 28 de enero de 2020 conforme a la relación de giros allegadas por la AFP Porvenir (Archivo 14) y de hecho aún estaría pendiente de algunos trámites según lo manifestado por Colpensiones en oficio de 16 de junio de 2020²⁴, por medio del cual dio respuesta a derecho de petición formulado por la accionante relativo a actualización y corrección de historia laboral (Archivo 9).

Así las cosas, cuando se aprecia que el término dado para realizar el traslado de información y aportes ha sido ampliamente superado pues se prevé que debe realizarse a los 30 días hábiles siguiente a la fecha que fue aprobado el traslado esto es el 13 de noviembre de 2009, en tanto el cambio de régimen acaeció el 30 de septiembre de 2009 según lo informa la AFP Porvenir (Pág. 1 Archivo 13), entonces han transcurrido 10 años y 8 meses, sin que se hiciera tal operación, no resulta razonable que se detenga o supedite el reconocimiento de la pensión a que sea solucionado esa situación, pues las entidades contaron con suficiente tiempo para subsanar las inconsistencias que aun subsistente.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño). En aquella oportunidad, la Corte estudió un caso parecido al que se analiza en esta ocasión, concluyendo que a la accionante se le vulneró el derecho a la seguridad social y que con ello se comprometió su mínimo vital, pues a raíz de una disputa interadministrativa sobre cuál era la entidad responsable de una parte del pago, la accionante no había podido tener acceso a su pensión.

²⁴ En el oficio BZ 2020 5495072 1229587 de 16 de junio de 2020, se lee:

Resultado
Periodos Post 94 Nombre o Razón Social Empleador: CENTRO MEDICO DE URGENCIAS Tipo de Requerimiento: Periodo Falta Periodo Desde: 1998-01-01T00:00:00 Periodo Hasta:2009-09-30T00:00:00 Respuesta Requerimiento: Los ciclos 199801, 199804 a 199806, 199901 a 199909, 199911, 199912, 200010, 200607 a 200609, 200611 a 200701 y 200703 a 200812 serán trasladados a la AFP PORVENIR donde usted se encontraba afiliado en el momento de dichas cotizaciones. Por otra parte, los ciclos 199802, 199803, 199807, 199808, 199809 a 199811, 199812, 199910, 200001 a 200009, 200601, 200702 y 200901 a 200909 ya fueron trasladados, para que posteriormente la AFP mencionada, realice el debido traslado del mismo tiempo. Sin embargo los ciclos 200011 a 200512, 200602 a 200606 y 200610 no fueron trasladados por la AFP, es por ello que, en curso se encuentra el proceso de recuperación con dicha entidad, en el cual se requiere la verificación y traslado si procede de las cotizaciones faltantes.

Por lo anterior, concluye la Sala que la accionante no está en el deber de soportar tal negligencia, pues le resultan inoponibles dichos trámites administrativos como ya se vio, y, por el contrario, las omisiones de los procedimientos conllevan dificultad para el acceso a la prestación y por ende atentan contra el derecho al mínimo vital de una persona que debe ser objeto de especial protección constitucional como ya se analizó. Así entonces, se supera el segundo requisito de procedibilidad.

3. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada:

En el presente asunto se encuentra demostrado que la demandante ha venido solicitando ante la entidad accionada y el fondo vinculado, reclamaciones con el objeto que sea corregida y actualizada la historia laboral, así:

- Solicitud de 15 de marzo de 2019, que fuera contestada con oficio SEM2019-112781 de 27 de marzo de 2019 (Págs. 9-10 Archivo 1-enlace).
- Solicitud de 31 de julio de 2019, contestada mediante oficio SEM2019-242710 de 12 de agosto de 2019 (Págs. 11-12 Archivo 1-enlace).
- Petición de 27 de septiembre de 2019, que fuera respondida por oficio BZ2019_13096764-3651247 de 11 de diciembre de 2019 (Págs. 13-17 Archivo-enlace).
- Solicitud de 16 de abril de 2020, respondida por oficio BZ2020-4287937-0904892 de 22 de abril de 2020 (Págs. 17-18 Archivo 1-enlace).
- Solicitud de 20 de abril de 2020, contestada mediante oficio BZ2020_4296603_0907350 de 24 de abril de 2020 (Págs. 19-20 Archivo 1-enlace).
- Petición de 5 de junio de 2020, que fuera contestada con oficio BZ2020_5495072-1229587 de 20 de junio de 2020 (Archivo 9).

En esas condiciones, sin consideración adicional alguna, encuentra la Sala que, el requisito analizado se encuentra plenamente acreditado, pues en efecto se observa que desde marzo del año pasado ha presentado 6 peticiones ante Colpensiones para obtener solución a la corrección de historia laboral y de esta manera contar con el consolidado de semanas cotizadas que le permita arribar a obtener la pensión de vejez.

Así entonces, se procede a estudiar el último de los requisitos de procedencia que señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

La acción de tutela procede excepcionalmente para proteger derechos de contenido prestacional y en particular para el reconocimiento de pensiones cuando:

“i) no existe otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo, no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados, eventos en los que la procedencia de la tutela es principal, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y concreta por otra vía. (ii) También procede cuando su utilización resulta transitoria con el objeto de evitar un perjuicio irremediable debidamente probado, mientras la autoridad judicial correspondiente decide de fondo y definitivamente el conflicto.”²⁵

Frente a este requisito, advierte la Sala que en la sentencia de primera instancia no se hizo alusión expresa al mecanismo ordinario con el que cuenta la accionante, en la medida que centró su análisis en el estudio de los demás requisitos precedentes y al no encontrar demostrado ninguno de ellos era inocuo pronunciarse al respecto, sin embargo, como la Sala ha arribado a conclusión diferente, debe señalar que el medio ordinario de defensa con el cual cuenta la accionante para materializar las garantías respecto de las cuales solicitó el amparo constitucional, conforme al trámite relatado en el acápite anterior, corresponde al jurisdiccional en la medida que en reiteradas oportunidades acudió ante la administración sin obtener solución a sus peticiones, entonces la alternativa que emerge es acudir a la jurisdicción dentro de un proceso laboral ordinario adelantado con el objeto de solucionar las controversias que se suscitan entre el afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social conforme lo prescribe el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. **La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados;** y la segunda; que **“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”²⁶**

²⁵ Sentencia T-052/08

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-705 de 2012.

En cuanto a la idoneidad y eficacia de los medios judiciales ordinarios, se dirá que evidencia la Sala, pese a que sea solicitado el reconocimiento de una pensión en el escrito de tutela y así se reitere en el escrito de impugnación y en la coadyuvancia, lo que subyace realmente en este caso, es la inconformidad de la parte con las respuestas emitidas por la accionada y vinculada en relación con la actualización y corrección de historia laboral por el traslado de régimen pensional pues, realmente, no se observa que haya reclamado en concreto el reconocimiento de la pensión en sede administrativa, dado que no obra reclamación en este sentido radicada ante Colpensiones.

De acuerdo a lo señalado en las respuestas emitidas por falencias en el traslado de la información y recursos de una administradora a la otra, todavía la accionante no cuenta en su historia laboral actualizada con las semanas requeridas para acceder a la prestación, en esa medida desproporcionado resulta que la accionante tenga que promover una demanda ordinaria en este sentido ante la jurisdicción, en la medida que para ello requiere que en la historia laboral y resumen de semanas la totalidad de lo aportado en uno u otro régimen -RAIS y RPM-, para así solicitar la pensión de vejez, cuando los mismos organismos que vigilan y controlan ese sector, señalaron que ese trámite debe realizarse a los 30 días hábiles siguientes del traslado, plazo que feneció hace más de 10 años como ya se dijo.

Entonces, sin mayor dificultad esta Corporación concluye que adelantar un proceso ordinario bajo las anteriores premisas no es lo idóneo, en tanto, las entidades deben adelantar esas gestiones sin que medie una decisión jurisdiccional, y tampoco resulta eficaz, dado que la solución definitiva que busca la accionante es que le sea reconocida la pensión, situación que no puede aún ventilarse ante la jurisdicción en la medida que no ha agotado reclamación en este sentido, entonces la eficacia en este caso, se predicaría del mecanismo que le permita contar a la accionante con la corrección de su historia laboral, en donde sea actualizada e incluidas los periodos aportados al RAIS que aún no se reflejan por las discrepancias entre administradoras, siendo así, tampoco podría la Sala señalar que ese mecanismo sea el eficaz, pues en opinión de este Tribunal, para ello hubiera bastado el trámite administrativo, pero como con éste no se obtuvo el resultado esperado, emerge como mecanismo idóneo y eficaz en este caso particular la acción de tutela.

Refuerza la anterior conclusión el hecho que como ya se analizó en el sub examine se demostró la existencia de un perjuicio irremediable, en tanto la demora y negligencia en la resolución de las peticiones pone en vilo el disfrute de un derecho pensional, en tanto, la accionante no ha podido contar con la corrección de su historia laboral para con ello poder elevar la reclamación ante Colpensiones de

reconocimiento y pago de la pensión, situación que suscite pese a que se trata de una persona de especial protección constitucional, por su vulnerabilidad al contagio al COVID-19 por edad y sector laboral y por ser madre cabeza de familia, entonces aunque el mecanismo judicial hubiera sido apto, que no lo es, esta circunstancia le abriría el paso a la acción preferente y excepcional para salvaguardar las garantías de una persona que requiere de medidas diferenciales positivas por su condición.

Entonces, este requisito por las dos subreglas jurisprudenciales se encuentra suplido en el presente asunto.

Conclusión frente a la procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

Recapitulando, para la Sala queda claro que en el sub judice, se demostraron la concurrencia de los cuatros requisitos que reclama la jurisprudencia para que sea procedente el amparo constitucional para reclamar prestaciones de carácter pensional, a saber:

(i) Se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en dos esferas, por su vulnerabilidad al contagio del COVID-19 por edad y sector laboral y por el socioeconómico al ostentar la calidad de madre cabeza de familia; (ii) las omisiones de las entidades del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, no le permiten acceder a la prestación pensional en tanto sin la corrección no contaría con las semanas cotizadas para demostrar uno de los dos requisitos para acceder a la pensión, entonces ante ello se pone en riesgo su mínimo vital y/u otros derechos fundamentales como la vida y la salud, pues ante esa imposibilidad de contar con su pensión, se vería en la necesidad de retomar sus labores, bajo condiciones de alto riesgo dada la emergencia sanitaria; (iii) está demostrado que previo a la tutela ha desplegado actividad ante las entidades del Sistema de Seguridad Social hace más de un año sin obtener una solución definitiva a sus reclamaciones, y (iv) los mecanismos ordinarios no resultan idóneos y eficaces para lograr la materialización de la protección que reclama la accionante.

Así las cosas, ante la procedencia de la acción de tutela habrá de centrar la Sala su atención en cuál es el alcance de la protección a dispensar en este asunto.

Del alcance de la protección constitucional vía tutela.

Lo primero que destaca la Sala es que, aunque se solicite el reconocimiento de la pensión y su retroactivo en el escrito introductorio, en la impugnación y en la coadyuvancia, y que, en efecto, esta sería la solución definitiva al caso de marras, lo

cierto es que hay dos razones fundamentales por las cuales no puede la protección llegar a ese escenario, bajo las siguientes consideraciones:

(a) no se cuenta con la certeza que la accionante cuente con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión, pues si bien asevera que así es, de las pruebas arribadas al proceso no se puede establecer el tiempo de servicio, ello porque, precisamente, existen vacíos e inconsistencias derivados de la falta de actualización y corrección de la historia laboral, situación que podría suplirse con el ejercicio de poderes probatorios del juez, oficiando a las administradoras accionada y vinculadas para que alleguen información que despeje las dudas de la Sala, pero inocuo atendiendo el siguiente aspecto que imposibilita dispensar esa protección.

Y (b) en la medida que la accionante no ha realizado reclamación alguna expresamente frente a ese respecto, se incumpliría con la causal o subregla de procedencia referente a la existencia de actividad previa a la tutela sobre el particular, pues como se vio la actividad de la accionante se centró en la obtención de una historia laboral corregida y actualizada con los aportes del RAIS, en esa medida al no existir reclamación en ese sentido la acción de tutela devendría en improcedente.

Entonces, bajo los dos anteriores parámetros la protección constitucional que puede otorgarse en el presente trámite, consiste en la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida, salud e igualdad, para ordenar a Colpensiones que dentro del plazo perentorio de 48 horas realice la corrección de la historia laboral de la señora Mariela Ávila Ávila, con la inclusión de la totalidad de los periodos cotizados en la AFP Porvenir, que aún no han sido incluidos, sin que sea oponible cualquier diferencia, discusión o trámite pendiente entre las entidades del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, historia laboral que deberá ser remitida a la accionante dentro de ese plazo, así como al despacho de primera instancia que vigilará el cumplimiento de esta orden judicial.

Dado que como ya se advirtió la solución definitiva del sub lite se obtiene de contar con la pensión a la que dice tener derecho la accionante, determinación que no pudo adoptarse en esta sede por las razones expuestas, consiente la Sala del papel y rol de salvaguarda que debe asumir en medio de la emergencia sanitaria y el estado de excepción, dará la orden para que Colpensiones luego de dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo precedente, sin necesidad que medie reclamación o petición alguna, que se entiende suplida con la presentación de esta tutela, proceda en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia a emitir Resolución en la que desate la petición de pensión, indicando el cumplimiento de los requisitos de ley y demás elementos propios de esos actos administrativos, la cual

deberá ser notificada dentro de ese plazo a la accionante y allegado soporte del cumplimiento de esa orden al Despacho de primera instancia, lo anterior, en la medida que resta por verificar el tiempo de servicio únicamente que, con la corrección y actualización de historia laboral puede ser verificado, en tanto la edad ya se encuentra demostrada en esta sede judicial.

En virtud de estas especiales circunstancias -pandemia mundial- y de las condiciones de especial protección que enmarca el presente asunto, la Sala exhortará a la Juez de primera instancia para que en uso de los poderes de los cuales se encuentra revestida y atendiendo la autonomía de su labor, en caso de mora en el cumplimiento de las ordenes emitidas, adopte las determinaciones que considere necesarias y procedentes para el oportuno acatamiento de las mismas.

Resta únicamente analizar el argumento expuesto por Colpensiones al contestar la acción de tutela sobre las limitaciones de los jueces de tutela en tanto debe velar por la protección del patrimonio público de la Entidad y la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

*En relación con ese argumento la Sala reitera su posición frente a las afirmaciones de Colpensiones, tendientes a endilgar a las decisiones judiciales una afectación al tesoro público, se deja entrever que existe inconformidad con aquellas determinaciones que implican gasto para la entidad, aunque **se adopten de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales fijados por las Altas Corporaciones de Justicia**, hay que recordar que el D.L. 2591 de 1991 dispone:*

*“Artículo 1o. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, **cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública** o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.”
(Resaltado fuera de texto)*

Léase el siguiente aparte para entender por qué los jueces, en muchos casos, como el presente, se ven en la necesidad de abordar los asuntos constitucionales, dada la clara violación de derechos constitucionalmente protegidos:

*“...13. Concatenadas a lo anterior, las fallas en los procesos decisorios o los problemas derivados de ellas, que restan legitimidad por el incumplimiento del Estatuto Fundamental, han convertido a la Corte en un foro donde también se toman decisiones de política pública. Por ende, “[a pesar de que se] dice que la Corte Constitucional no puede participar en la construcción de las políticas públicas [...] **es inevitable que el juez constitucional, por la naturaleza de su función participe, pero lo hace como juez**” (ibíd., 527-528).*

*Por ello, la así llamada intervención de los jueces en política y, por ende, su papel en el sistema político²⁷, que se ha denominado “justicia-política”, no se debe tanto a una ambigua politización, sino al carácter de los asuntos que conocen. “Así, la importancia política actual de las intervenciones judiciales se derivaría, más bien, del **creciente involucramiento de la jurisdicción en los conflictos sociales o en temas políticos y sociales no resueltos (o mal afrontados) en su debido nivel político general**” (Becker, 2001, 499-515)...²⁸ -Negrilla nuestra-*

Obsérvese que no se trata en este caso, siquiera de un criterio que surja de una interpretación aislada y menos subjetiva del juez de conocimiento, sino del seguimiento de criterios, como ya se dijo, señalados por las Cortes de conocimiento ordinario y constitucional que, en manera alguna pueden ser tildados, como lo hace la accionada, atentatorios del patrimonio público. Por el contrario, no puede perderse de vista que uno de los pilares de la justicia es la igualdad frente a la ley y la seguridad jurídica, representada, entre otros, en el seguimiento de los precedentes surgidos de las Altas Cortes. En efecto ha dicho la Corte Constitucional:

*“...Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) **de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son**; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de **unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación**; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano **respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial...**”²⁹ - Destaca la Sala-*

En estas condiciones, sugerir que las decisiones judiciales que protegen derechos fundamentales resultan atentatorias del patrimonio público, desconoce el papel sustancial de la función judicial que, sin lugar a equívocos, se concreta en la protección de los derechos de los ciudadanos que a ella acuden.

Considera esta Sala que los derechos fundamentales de los ciudadanos no pueden ser sacrificados con la invocación del derecho colectivo a la protección del patrimonio público; en efecto, este derecho colectivo atina a prevenir que los recursos del erario

²⁷ Por sistema político entendemos las relaciones entre grupos sociales y entre estos y las organizaciones que conforman el Estado. Por tanto, es un concepto diferente del de régimen político –aunque lo incluye–, que solo se refiere a las relaciones entre instituciones estatales.

²⁸ *EL JUEZ CONSTITUCIONAL: UN ACTOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS*, Juan Carlos Henao Pérez, Revista de Economía Institucional, vol. 15, n.º 29, segundo semestre/2013, pp. 67-102

²⁹ C-621 de 2015

público no sean utilizados indebidamente, pero en manera alguna puede admitirse que ellos sean objeto de tacha cuando se dirigen a realizar el derecho fundamental a la seguridad social. Cabe acá recordar que de tiempo atrás el Consejo de Estado ha señalado que “...los aportes que hace el servidor para constituir el seguro o amparo de las contingencias de la tercera edad, corresponden al ahorro obligado por largos años de servicios, en esta oportunidad durante 23 años, 7 meses, 5 días al servicio del Instituto demandado. No se trata pues de una dádiva que la entidad a cuyo cargo se halla su reconocimiento, suministra al servidor a título de donación gratuita, sino que corresponde a sus aportes, que conforme a las normas reguladoras del sistema de seguridad social en pensiones, deben contribuir los afiliados forzosos...”³⁰

Precisó el Consejo de Estado el alcance del derecho colectivo a la protección del patrimonio público así:

*“...El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a “la eficiencia y transparencia en el **manejo y administración** de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la **finalidad social del Estado**”. En tal virtud, si el funcionario público o el particular **administraron** indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público”. (...) Asimismo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean **administrados** de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial. A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones “que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa” por cuanto generalmente supone “la falta de **honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos**” Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: “la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva”.³¹ (Resaltado fuera de texto)*

La defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial. Pero cuando se está ante una clara vulneración de un derecho fundamental, que conforme a

³⁰ Sentencia del 15 de junio de 2000, con ponencia del Consejero Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia de 8 de junio de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), Actor: FERNANDO GARCÍA-HERREROS CASTAÑEDA.

critérios jurisprudenciales es merecedor de protección, acudir al expediente del patrimonio público para aunar su desconocimiento resulta, por decir lo menos, inadmisibile mucho más viniendo de una entidad cuya finalidad es garantizar el derecho a la seguridad social.

*La protección al patrimonio público, cabe invocarla cuando se evidencia **en su administración** una conducta dolosa o culposa que realiza una inadecuada o incorrecta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos. Términos que en manera alguna pueden ser achacados a esta decisión judicial y que merecen rechazo de esta Sala que, sobra decir **administra justicia, pero no administra recursos**, pues con ello, veladamente, se está introduciendo un manto de duda sobre la función a cargo.*

Como argumento final a ese respecto, dirá la Sala que si bien existe la obligación por parte del Juez de tutela de salvaguardar entre otros derechos, el de patrimonio público, como lo sostienen las jurisprudencias mencionadas en la respuesta de la entidad accionada, ello no se opone a la realización y materialización de las garantías constitucionales previstas como derechos fundamentales, las cuales deben prevalecer cuando resulte proporcionado con los pilares del Estado Social de Derecho, lo cual en este caso se evidencia, sin lugar a dudas, pues las medidas adoptadas se ajustan a los parámetros facticos, jurídicos y jurisprudenciales que, en muchos casos, evitan, precisamente, el detrimento del patrimonio público al impedir que del mismo deban dirigirse recursos al pago de intereses e indexaciones de las condenas, como se evidencia a diario en el ejercicio de la función judicial.

*Adicional a lo anterior, la Sala destaca que en este caso, la protección se otorga **para que se efectuó una corrección y actualización de una historia laboral**, sin que se desconozca que entre administradoras debe realizarse un trámite de recobro o traslado de información y recursos, que está pendiente de concluir, en esa medida, dirá la Sala que Colpensiones podrá repetir o solicitar la devolución de los saldos e información pendiente de transferir a la AFP Porvenir, en esa medida no encuentra afectación alguna al patrimonio público y tampoco se atenta contra la sostenibilidad del Sistema, pues no se releva ni al cotizante ni a la administradora de sus responsabilidades, simplemente se materializa el criterio inoponibilidad de esos trámites entre administradoras para no reconocer derechos a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revocar la sentencia proferida el 6 de julio de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la acción de tutela iniciada por Mariela Ávila Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A.; En su lugar se dispone:

- Primero.** Tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, vida, salud e igualdad de Mariela Ávila Ávila, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- Segundo.** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que en el término perentorio de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de esta providencia proceda a emitir historia laboral corregida y actualizada de Mariela Ávila Ávila identificada con cédula de ciudadanía No. 23.955.738, con la inclusión de todos los periodos cotizados a la AFP Porvenir. En ese término debe proceder a comunicar y entregar a la accionante la historia laboral corregida y actualizada, y comunicar el cumplimiento de esta orden al Despacho de primera instancia, dentro de ese mismo plazo.
- Tercero.** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que en el término perentorio de **quince (15) días** siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a emitir pronunciamiento que desate de fondo petición de pensión de la accionante, examinando el cumplimiento de los requisitos de ley y demás elementos propios de esos actos administrativos, la cual deberá ser notificada dentro de ese plazo a la accionante y allegado soporte del cumplimiento de esa orden al Despacho de primera instancia. Para el cumplimiento de la anterior orden no se requiere que la accionante formule solicitud alguna en ese sentido que se entiende suplida con la presentación de esta tutela.
- Cuarto.** Exhortar al Juzgado de primera instancia para que en uso de sus poderes de verificación y de la autonomía judicial, en caso de mora en el acatamiento de las órdenes precedente adopte las determinaciones necesarias y pertinentes para su cumplimiento.
- Quinto.** Facultar a Colpensiones para que realice el recobro y trámites respectivos ante AFP Porvenir relacionados con el adecuado traslado de información y recursos en el caso de Mariela Ávila Ávila identificada con cédula de ciudadanía No. 23.955.738, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Dichos trámites no pueden ser

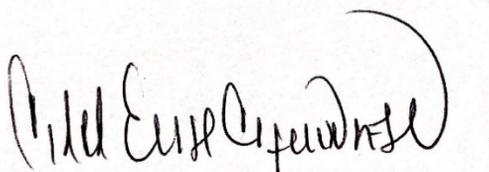
obstáculo para la corrección y actualización de la historia laboral y/o el reconocimiento de prestaciones a las que tenga derecho la accionante.

Sexto. Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la Secretaría de esta Corporación.

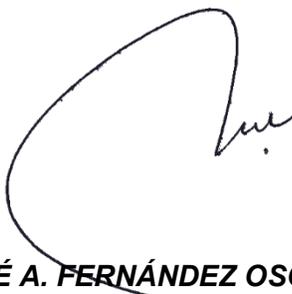
Séptimo. En firme la providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas

Accionante: Mariela Ávila Ávila
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A.
Expediente: 15001-33-33-008-2020-00071-01
Acción: Tutela