

Sentencia T-034/21

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CORRECCION EN HISTORIA LABORAL-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

PERSONA DE LA TERCERA EDAD Y ADULTO MAYOR-Diferencia

Distinción entre “adultos mayores y los individuos de la tercera edad”. En esta última categoría se encuentran las personas que han “superado la esperanza de vida” certificada por el DANE, que, para el periodo “2015-2020”, es de “76 años” sin distinguir entre hombres y mujeres. Esta distinción es relevante, porque reconoce “la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que (...) presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo”. Asimismo, la aplicación de esta tesis permite “concretar el principio de 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”.

Referencia: Expediente T-7.829.180

Acción de tutela interpuesta por Luis Humberto Aguas Posso en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de 2021

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en particular de las previstas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de 15 de enero de 2020 proferido por la Sala de Decisión

Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó la decisión de 25 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso de tutela promovido por Luis Humberto Aguas Posso en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relacionados con el accionante. El señor Luis Humberto Aguas Posso tiene 74 años de edad¹, padece “diabetes mellitus”², “glaucoma primario”³, “hiperlipidemia”⁴ y es “insulinodependiente”⁵. El accionante se encuentra afiliado al régimen “contributivo”⁶ en salud, en calidad de “beneficiario”⁷. El accionante afirmó que es abogado y “apoderado judicial en un proceso administrativo iniciado en el año 2010”⁸, pero que “[d]esde hace más de cuatro años [se] encuentr[a] desempleado”⁹, por lo que depende económicamente de (i) su compañera permanente, a quien “le terminaron el contrato de prestación de servicios que sustentaba su única fuente de ingresos”¹⁰, y (ii) sus “dos hijos”¹¹, quienes asumen los gastos del accionante relativos al pago del “canon de arrendamiento”¹², “alimentación”¹³, “gastos de transporte”¹⁴, “servicios públicos”¹⁵ y “la seguridad social de [su] compañera permanente”¹⁶. Por último, el accionante manifestó que no tiene “ninguna persona a cargo, pues, por el contrario, [sus] hijos son quienes están velando por la satisfacción de [sus] necesidades básicas”¹⁷.

1. Solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez. El 3 de agosto de 2010, el accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo previsto por el Acuerdo 049 de 1990. El accionante manifestó que: (i) es beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto tenía más de 40 años de edad para el 1 de abril de 1994, (ii) tiene más de “65 años”¹⁸ de edad y (iii) tiene por lo menos 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

1. Trámite administrativo de reconocimiento pensional. Mediante la Resolución 109689 de 3 de noviembre de 2010, Colpensiones negó la solicitud de reconocimiento pensional¹⁹. La entidad adujo que el accionante no “acredita el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez”²⁰. Esto, por cuanto: (i) “existen periodos no cancelados y otros cancelados extemporáneamente, sin que se haya pagado el interés respectivo”²¹; y (ii) el accionante solo cotizó “en forma ininterrumpida un total de 299 semanas, desde su ingreso el 29 de noviembre de 1984 y el 30 de septiembre de 2003, de las cuales 243 semanas se cotizaron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento”²². El 4 de enero de 2011, el accionante interpuso el recurso de reposición en contra de la Resolución 109689. El 8 de octubre de 2013, mediante la Resolución GNR 251242, Colpensiones confirmó su decisión de negar “la prestación solicitada”²³. Esto, al constatar que el accionante “no logra acreditar los requisitos mínimos de semanas cotizadas”²⁴.

1. Solicitud de corrección de historia laboral. El accionante afirmó que en razón de lo anterior, solicitó a sus anteriores empleadores que “certificaran que había laborado en ellas y existía un error en el cómputo de [las] semanas cotizadas”²⁵. Así, el 14 de abril de 2014 el accionante solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral²⁶. Colpensiones corrigió la historia laboral del accionante, y actualizó el número de semanas cotizadas a 922,862²⁷. Estas semanas fueron cotizadas de forma interrumpida entre el 1 de enero de 1967 y el 31 de octubre de 2003²⁸.

1. Reporte de semanas cotizadas por Consultores Agroindustriales Ltda. Tras revisar su historia laboral, el accionante advirtió que la empresa Consultores Agroindustriales Ltda. “aparece reportada en [su] historia laboral como empleadora [suya], pero no con la totalidad de semanas cotizadas”²⁹. Al respecto, el accionante manifestó que (i) trabajó en dicha empresa “del 3 de junio de 1978 al 15 de agosto de 1980”, lo que equivale a “110 semanas”³⁰ de cotización; sin embargo, (ii) Colpensiones solo tiene reportadas “4.43 semanas”³¹, entre el 1 y 31 de octubre de 1978. Para el accionante, esto implica que “no [le] están contabilizando 106 semanas”³². La información que aparece registrada en la historia laboral del accionante es la siguiente:

Empleador

Desde

Hasta

Semanas

Lic.

Sim.

Total

Consultores Agroindustriales Ltda.

01/10/1978

31/10/1978

4.43

0.00

0.00

4.43

1. Solicitudes de corrección de historia laboral, liquidación y pago de aportes en mora del empleador. El accionante ha solicitado en varias oportunidades a Colpensiones que autorice “la liquidación y el pago”³³ de algunas de las semanas en mora por parte de su empleador Consultores Agroindustriales Ltda. El contenido de estas solicitudes y sus respuestas es el siguiente:

Solicitud del accionante

Respuesta de Colpensiones

Primera solicitud. El 30 de julio de 2019, el accionante solicitó a Colpensiones que autorizara el pago de 78 semanas, para completar las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez³⁴. Para tal efecto, allegó copia de la certificación laboral expedida por el director contable de Consultores Agroindustriales Ltda. Esta certificación refiere que el accionante trabajó como “Gerente General” del “3 de junio de 1978 hasta el 15 de agosto de 1980”³⁵. Asimismo, el accionante indicó que esta solicitud se funda en lo dispuesto por el Acuerdo 027 de 1993 del Instituto de Seguros Sociales (ISS)³⁶.

El 31 de julio de 2019³⁷, Colpensiones indicó al accionante los requisitos para acceder a la liquidación y pago de aportes en mora del empleador³⁸.

Segunda solicitud. El 30 de agosto de 2019, solicitó nuevamente la autorización para pagar los aportes en mora correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1978 y el 15 de agosto de 1980³⁹.

El 30 de septiembre de 2019, Colpensiones negó la solicitud. Alegó que existe una inconsistencia “documental” entre la deuda registrada por la entidad y los periodos solicitados por el accionante. En los registros de Colpensiones “se constata que la deuda [del empleador] comprende del 1 de noviembre de 1978 al 31 de agosto de 1989”⁴⁰, mientras que los periodos solicitados por el señor Aguas Posso “comprenden del 1 de noviembre de 1978 al 15 de agosto de 1980”⁴¹. Por tanto, la entidad advirtió que “es necesario aclarar”⁴² dicha inconsistencia, para poder determinar “que el vacío en la historia laboral del afiliado es consecuencia de la omisión del empleador de realizar los pagos al Sistema (...), y no de la omisión de reportar la novedad de retiro”⁴³.

Tercera solicitud. El 9 de octubre de 2019, el accionante presentó una nueva solicitud ante Colpensiones. En esta petición, manifestó (i) no tener “responsabilidad en la omisión de no (sic) reportar [su] retiro”⁴⁴; (ii) su obligación se limita a “presentar (...) la certificación”⁴⁵ laboral; y (iii) no existe fundamento alguno para cobrar los ciclos del “periodo 1980-1989”⁴⁶, que aparecen a cargo de Consultores Agroindustriales. Esto, porque en ese “lapso coti[zó] con otros empleadores”⁴⁷.

El 17 de octubre de 2019, Colpensiones negó la solicitud del accionante. La entidad adujo tres razones para ello. Primero, las solicitudes de liquidación y pago de aportes implican “que el trabajador asuma la omisión en el pago de su empleador por el efecto que tiene en su

solicitud de reconocimiento pensional”⁴⁸. Esto significa que el pago no puede ser “parcial, sino por el total de la obligación”⁴⁹. Segundo, la certificación laboral aportada por el accionante no es válida. Esto, por cuanto: (i) el certificado de cámara de comercio no refiere que “la empresa se encuentra liquidada, declarada insolvente o desaparecida”⁵⁰ y (ii) “el director contable no aparece en el certificado de cámara de comercio y por esto no es posible validar sus facultades para firmar dicho documento”⁵¹. Por último, dicha certificación laboral señala que el accionante desempeñó las funciones de gerente, por lo que Colpensiones comunicará a la UGPP, para que investigue la conducta de “los socios o gerentes de empleadores que omitieron el pago de aportes”⁵² en este caso.

1. Solicitud de tutela. El 7 de noviembre de 2019, el señor Aguas Posso interpuso acción de tutela en contra de Colpensiones, por la presunta vulneración de sus derechos a “la seguridad social, al mínimo vital, a una vida digna y a la igualdad”⁵³. El accionante se refirió a dos cuestiones. Primero, indicó que la solicitud de tutela es procedente, en tanto tiene “73 años, no [le] es posible conseguir empleo y, además, [su] condición de salud es precaria debido a que [es] insulino dependiente”⁵⁴, por lo que “someter[se] a un proceso ordinario (...) resultaría muy complejo”⁵⁵. Segundo, adujo que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que Colpensiones no puede trasladar a los afiliados “las consecuencias negativas de la mora por parte de[l] empleador y de la negligencia de aquell[a] al no cobrarle al [empleador]”⁵⁶ mediante “las acciones de cobro coactivo”⁵⁷ respectivas. Por tanto, el accionante solicitó que se ordene a Colpensiones que: (i) corrija su historia laboral, de forma que ésta refleje las semanas “que aparecen en mora por parte de Consultores Agroindustriales Ltda.”⁵⁸ y, en consecuencia, (ii) resuelva “nuevamente [su] solicitud de reconocimiento de pensión presentada el 3 de agosto de 2010”⁵⁹.

1. Admisión de la solicitud de tutela. El 8 de noviembre de 2019, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Cali avocó el conocimiento de la acción de tutela sub examine, y ofició a Colpensiones para que se pronunciara sobre los hechos de la tutela.

1. Contestación de Colpensiones. El 14 de noviembre de 2019, Colpensiones solicitó al a quo declarar “la improcedencia”⁶⁰ de la acción tutela sub examine. Al respecto, Colpensiones mencionó que, “de los medios probatorios allegados por [el] accionante, resulta evidente que no acredita ninguno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela”⁶¹. Esto, por cuanto el accionante (i) no “manifiesta las razones por el que (sic) el mecanismo judicial ordinario carece de eficacia para la protección de sus derechos”⁶² y (ii) tampoco “demuestra la existencia de un perjuicio irremediable o amenaza inminente por la que requiera la intervención inmediata del Juez de tutela”⁶³.

1. Sentencia de primera instancia. El 25 de noviembre de 2019, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Cali declaró improcedente la acción de tutela sub examine. El Juzgado consideró que la acción no cumple con el requisito de subsidiariedad, en tanto “debe ser la vía ordinaria el mecanismo idóneo”⁶⁴ para “ordenar la obtención del derecho pensional”⁶⁵ del actor. Asimismo, adujo que, “pese a que esgrime el accionante como situaciones que lo ubican en especiales condiciones, su edad y su patología de diabetes, tales situaciones por sí solas no son suficientes para que (...) pretenda alcanzar por vía constitucional el beneficio pensional por vejez sin el cumplimiento cabal de las exigencias legales establecidas para ello”⁶⁶.

1. Impugnación. El 29 de noviembre de 2019, el accionante impugnó la decisión del a quo⁶⁷. A juicio del accionante, el juez de primera instancia desconoció la jurisprudencia constitucional⁶⁸ acerca de (i) la procedencia de la acción de tutela y (ii) la mora del empleador en el pago de los aportes a la seguridad social. Primero, indicó que la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela “cuando el peticionario se encuentra en situación de debilidad manifiesta, como ocurre en [su] caso”⁶⁹. Así que, habida cuenta de su edad y condiciones de salud, “someter[lo] a un proceso ordinario (...) implicaría imponer[le] una carga excesiva”⁷⁰. Segundo, señaló que el a quo desconoció que esta Corte ha advertido que “no es posible trasladarle al trabajador las consecuencias negativas de la mora patronal, pues esto constituye una vulneración del derecho a la seguridad social”⁷¹.

1. Sentencia de segunda instancia. El 15 de enero de 2020, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la sentencia de primera instancia⁷². El ad quem consideró que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para solicitar la corrección de su historia laboral, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez⁷³. Es más, en el caso concreto advirtió que tampoco “se puede acreditar la configuración o existencia de un perjuicio irremediable del que pueda ser víctima el accionante”⁷⁴, por lo que el actor debe ejercer “los demás medios de defensa que prevé el ordenamiento judicial”⁷⁵.

1. Actuaciones en sede de revisión. El 3 de agosto de 2020 la Sala de Selección Número Tres seleccionó para revisión el expediente de la referencia, y lo repartió a la Sala Primera de Revisión de Tutelas. El 14 de octubre de 2020 el magistrado ponente (e) ordenó la práctica de pruebas⁷⁶. El 9 de noviembre de 2020, la Sala Primera requirió a Colpensiones para que allegara las pruebas solicitadas mediante el auto de 14 de octubre de 2020, y suspendió los términos procesales. En cumplimiento de esas providencias, la Sala Primera recibió los siguientes informes:

Informes

Colpensiones⁷⁷

El 30 de octubre de 2020⁷⁸, Colpensiones se refirió a tres asuntos. Primero, solicitó que la Corte declare la nulidad procesal. A su juicio, debe vincularse al proceso al empleador, Consultores Agroindustriales Ltda., para integrar el contradictorio. Segundo, informó que, en este caso, “no aplica mora patronal”. Esto, porque el caso se encuentra dentro de una de las excepciones previstas por la Circular 14 de 2015, que señala que la omisión de reportar las novedades de nómina “no ofrece certeza del extremo final de la relación laboral”. Tercero, indicó que “no se tiene traza de otros cobros realizados al empleador Consultores Agroindustriales LTDA por los ciclos 01 de noviembre de 1978 al 21 de agosto de 1989”.

El 12 de noviembre de 2020⁷⁹, Colpensiones informó que: (i) el accionante se encuentra

afiliado en estado “inactivo”, porque “no se han recibido pagos a pensión en más de 6 meses”; (ii) Consultores Agroindustriales Ltda. afilió al accionante al sistema como trabajador “dependiente”; (iii) dicha empresa “únicamente realizó cotizaciones a nombre del [accionante] para el periodo 1978/10/01 hasta 1978/10/31”; (iv) dicha empresa “no reportó novedad de retiro para el afiliado”, por lo que “se toma como fecha de retiro la última vez que aparece en los archivos microfilmados el afiliado, esto es, para el periodo 1989/0831”; (v) Colpensiones “desconoce si el [ISS] inició acciones de cobro en contra de este empleador”; y (vi) la empresa Consultores Agroindustriales “no se encuentra en un trámite concursal ni en liquidación, sino en un trámite administrativo”.

Luis Humberto Aguas Posso⁸⁰

El 4 de septiembre de 2020⁸¹, informó que presentó a Colpensiones una nueva solicitud de corrección de historia laboral. El accionante pidió el reconocimiento de las semanas “comprendidas entre el 3 de junio de 1978 y 15 de agosto 1980 (110 semanas aproximadamente)”. Colpensiones negó esta solicitud. La entidad señaló que Consultores Agroindustriales Ltda. sólo cotizó “los periodos que se reflejan en su historia laboral”. Por tanto, el accionante debe suministrar los “elementos probatorios” que evidencien “su vínculo laboral con dicho empleador”. Asimismo, Colpensiones indicó al accionante que “figura deuda en el periodo comprendido entre 1978¹¹ a 1980⁰⁸, por lo cual no son tenidos en cuenta para el total de semanas cotizadas”.

El 2 de diciembre de 2020⁸², el accionante señaló que (i) fue trabajador de Consultores Agroindustriales Ltda., (ii) dicho empleador descontó de su salario los pagos a la seguridad social, sin llevar a cabo el pago de los aportes, y (iii) ni el ISS ni Colpensiones han adelantado acción de cobro alguna respecto de los periodos en mora del empleador.

Supersociedades⁸³

Informó que, en virtud de lo dispuesto por el parágrafo primero del artículo 50 de la Ley 1429 de 2010, la empresa Consultores Agroindustriales Ltda. “se encuentra disuelta y en estado de liquidación”.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Sala Quinta de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en este proceso, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

1. Objeto, problema jurídico y metodología de la decisión

1. Objeto de la decisión. La acción de tutela sub examine versa sobre la presunta vulneración de los derechos del accionante a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y a la igualdad. Esto, como consecuencia de la negativa de Colpensiones de acceder a la corrección de historia laboral y de liquidación y pago de aportes, de manera que ésta refleje los periodos en mora de su empleador Consultores Agroindustriales Ltda.

1. Problema jurídico. De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿Colpensiones vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y a la igualdad del accionante, al negar las solicitudes de corrección de historia laboral y de liquidación y pago de aportes en mora del empleador?

1. Metodología. Para dar respuesta dicho problema jurídico, la Sala de Revisión analizará, como cuestión previa, si la acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad. En caso, afirmativo, expondrá la jurisprudencia constitucional acerca de la mora del empleador en el pago de los aportes a la seguridad social, y, luego resolverá el caso concreto.

1. Cuestión previa. Procedibilidad de la acción de tutela

1. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela “mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre”⁸⁴, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Esto, siempre y cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, a saber: (i) legitimación en la causa, (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad.

1. Legitimación en la causa. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁸⁵ dispone que la acción de tutela puede ser ejercida “por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales”, quien podrá actuar por sí misma, mediante representante o apoderado judicial, agente oficioso, el Defensor del Pueblo o los personeros municipales. Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un “interés directo y particular”⁸⁶ respecto de las pretensiones incoadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”⁸⁷. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea éste una autoridad pública o un particular.

1. La solicitud de tutela satisface el requisito de legitimación en la causa. Esto, por dos razones. De un lado, la solicitud de tutela satisface el requisito de legitimación por activa. El

accionante (i) presentó a nombre propio la acción de tutela y (ii) es el titular del derecho a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y a la igualdad, que alega vulnerados por parte de Colpensiones. De otro lado, la solicitud fue interpuesta en contra de Colpensiones, esto es, (i) la administradora del fondo pensional al cual se encuentra afiliado el señor Aguas Posso, así como (ii) la responsable de administrar la información de la historia laboral del accionante y de llevar a cabo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

1. Inmediatez. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término oportuno y razonable respecto del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de la acción de tutela, concebida como “un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”⁸⁸. Ahora bien, el juez constitucional “debe tomar en cuenta las condiciones del accionante, así como las circunstancias que rodean los hechos para determinar lo que debería considerarse como plazo razonable. Para ello, debe valorar las pruebas aportadas de acuerdo a los principios de la sana crítica, con el fin de determinar si hay una causal que justifique la inactividad del accionante”⁸⁹.

1. La solicitud de tutela satisface el requisito de inmediatez. La presente acción fue interpuesta en un término oportuno y razonable en relación con el presunto hecho vulnerador de los derechos fundamentales del accionante. Esto, por cuanto transcurrió menos de un mes desde que Colpensiones negó la corrección de la historia laboral, así como la liquidación y pago de aportes en mora del empleador por parte del accionante (17 de octubre de 2019) y la interposición de la solicitud de tutela (7 de noviembre de 2019).

1. Subsidiariedad. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la exigencia del requisito de subsidiariedad se funda en que la protección de los derechos fundamentales no es un asunto reservado al juez de tutela. Los jueces y los mecanismos ordinarios de defensa también han sido diseñados para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales,

incluidos los de carácter fundamental. En esta medida, la verificación de este requisito busca evitar la “paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias”⁹⁰. En efecto, el uso “indiscriminado”⁹¹ de la tutela puede acarrear: “(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”⁹².

1. Por lo anterior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, salvo que ésta se ejerza como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable⁹³. En efecto, el carácter subsidiario de esta acción “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”⁹⁴. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos⁹⁵. Corresponde al juez constitucional analizar la situación particular y concreta del accionante, para comprobar si los medios ordinarios resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales⁹⁶.

1. La solicitud de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad. Para la Sala Quinta de Revisión de Tutelas, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz

para la defensa de sus derechos fundamentales. Esto es así por tres razones. Primero, la acción ordinaria laboral es un medio de defensa judicial idóneo. Dicha acción es adecuada para lograr la corrección de la historia laboral del accionante, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en caso de acreditar los requisitos legales para ello. A partir de la Sentencia SL 34270 de 2008, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “la mora y el incumplimiento a la obligación de cobro de las entidades administradoras no puede afectar los derechos del afiliado o de sus beneficiarios”⁹⁷. Por tanto, “las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los obligados al pago de aportes al sistema, de suerte que de omitir esa obligación, deber responder por el pago de la prestación a que haya lugar, en la medida en la desidia de unos y otros no puede afectar los derechos de los afiliados o de sus beneficiarios”⁹⁸. Estas consideraciones son compatibles con la jurisprudencia constitucional en este asunto. Esto permite concluir que la acción ordinaria laboral es, en principio, un mecanismo idóneo para solicitar la corrección de la historia laboral y el reconocimiento pensional cuando el afiliado reclame periodos en los que el empleador haya omitido su deber de pagar los aportes a la seguridad social.

1. Segundo, la acción ordinaria laboral es un medio de defensa judicial eficaz. El accionante no presenta “condiciones particulares de vulnerabilidad”⁹⁹ socioeconómicas que tornen ineficaz o “inoportuna” la acción ordinaria¹⁰⁰. En efecto, la Sala advierte que el accionante: (i) es abogado en ejercicio, en tanto aún es apoderado en un proceso judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰¹, (ii) no tiene personas a cargo que dependan económicamente de él, (iii) cuenta con una red de apoyo familiar para la satisfacción de sus necesidades básicas, conformada por (a) sus hijos, quienes “están velando por la satisfacción de [sus] necesidades básicas”, y (b) su compañera permanente, quien también es “abogada”¹⁰² y, según la información suministrada por el accionante¹⁰³, a partir del 1 de mayo de 2020 presta sus servicios jurídicos a la sociedad Andalaya S.A.S “de forma independiente, sin vinculación o dependencia laboral”, lo que implica que los cobros referidos a “consultas y asistencias jurídicas (...) previamente se pactarán, (sic) los honorarios y tiempo de entrega de la gestión”¹⁰⁴. Por lo demás, (iv) ni el accionante ni su núcleo familiar se encuentran caracterizados como hogares pobres o vulnerables, según el registro del Sisbén. En estos términos, la Sala no advierte la existencia de condiciones de riesgo o vulnerabilidad socioeconómicas que impidan que el accionante eleve sus pretensiones ante

los jueces ordinarios.

1. Tercero, la Sala no advierte la eventual configuración de un perjuicio irremediable. El accionante refiere que someterlo al proceso ordinario laboral puede acarrear la configuración de un perjuicio irremediable, habida cuenta de su edad y de su estado de salud. Sin embargo, para la Sala dichas condiciones no dan cuenta de la eventual configuración de un perjuicio grave e inminente, que requiera “de medidas urgentes para ser conjurado”¹⁰⁵ o que “solo pued[a] ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables”¹⁰⁶. Esto es así, por las siguientes razones. De un lado, como se señaló en el párrafo anterior, el accionante no se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad socioeconómica que haga necesaria la intervención del juez de tutela para conjurar la eventual afectación del derecho al mínimo vital o a la vida digna del accionante y de su familia. Por el contrario, el accionante reconoció que gracias a su red de apoyo familiar, (i) sus necesidades básicas están siendo satisfechas y (ii) no tiene personas a su cargo.

1. De otro lado, la edad y las patologías médicas del accionante tampoco dan cuenta de la configuración de un perjuicio irremediable. Esta Corte ha reconocido que la edad de una persona o “el hecho de padecer una enfermedad, no es condición suficiente para que la acción de tutela se torne automáticamente procedente”¹⁰⁷. Los accionantes “deben probar cómo dicha enfermedad los sitúa en una condición de debilidad manifiesta o de vulnerabilidad tal que haga procedente el amparo”¹⁰⁸. Esto es especialmente relevante 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”¹⁰⁹. Flexibilizar el análisis del principio de subsidiariedad por el solo hecho de la edad del accionante implicaría “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 en esa materia queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela”¹¹⁰. Es decir, se estaría modificando la naturaleza jurídica de la acción de tutela configurándola como una acción ordinaria, y no excepcional como lo contempla el artículo 86 de la constitución política.

1. Por esta razón, la Corte ha aplicado la tesis de vida probable¹¹¹. Esta reconoce la distinción entre “adultos mayores y los individuos de la tercera edad”¹¹². En esta última categoría se encuentran las personas que han “superado la esperanza de vida”¹¹³ certificada por el DANE, que, para el periodo “2015-2020”¹¹⁴, es de “76 años”¹¹⁵ sin distinguir entre hombres y mujeres. Esta distinción es relevante, porque reconoce “la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que (...) presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo”¹¹⁶. Asimismo, la aplicación de esta tesis permite “concretar el principio de 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”¹¹⁷.

1. Pues bien, en el caso del accionante la Sala constata que ni su edad ni sus patologías médicas demandan la intervención urgente e impostergable del juez constitucional. En efecto, (i) el accionante no es un individuo de la tercera edad, en tanto aún no ha superado la esperanza de vida de la población colombiana (76 años), y (ii) la historia clínica del accionante no refiere que su estado de salud comprometa, de manera grave e inminente, el ejercicio de sus funciones vitales. Al respecto, la historia clínica indica que el accionante padece “diabetes mellitus insulín dependiente, sin mención de complicación”¹¹⁸, sin que haya referencia a alguna situación de riesgo próxima a acaecer¹¹⁹. Por lo demás, el accionante tiene asegurada la prestación del servicio de salud. Actualmente, se encuentra afiliado a la EPS Sura, en calidad de beneficiario, y la Sala pudo constatar que ha sido atendido para tratar sus patologías. En estos términos, aun cuando el accionante manifiesta que “someter[lo] a un proceso ordinario (...) resultaría muy complejo”, por cuanto no es seguro que resista la duración del proceso, las condiciones socioeconómicas, personales y de salud del accionante no dan cuenta de la configuración del referido perjuicio. Por tanto, la Sala concluye que los hechos acreditados en el expediente no justifican la intervención urgente del juez constitucional, que conlleve desplazar “el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales”¹²⁰.

1. Así, lo que da cuenta de la vulnerabilidad del accionante no es padecer una enfermedad (aunque sea de aquellas consideradas como catastróficas o degenerativas, como la diabetes), sino las limitaciones o condiciones particulares en las que se manifiesta esa enfermedad en el accionante. Son los impactos concretos de la enfermedad en la capacidad laboral, situación que en el proceso no se acreditó, sino que al contrario, se probó que el accionante continúa ejerciendo la profesión de abogado¹²¹. Es decir, su condición de salud no le impide el correcto desarrollo de su ejercicio profesional.

1. Órdenes a proferir. La Sala Quinta de Revisión confirmará las decisiones de instancia que declararon improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Humberto Aguas Posso en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones. Esto, habida cuenta de que la solicitud de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad.

1. Síntesis de la decisión

1. Correspondió a la Sala Quinta de Revisión de Tutelas revisar los fallos proferidos dentro del proceso de tutela promovido por Luis Humberto Aguas Posso en contra de Colpensiones. El accionante consideró que la decisión de Colpensiones de negar la corrección de historia laboral respecto de los periodos en mora de su empleador Consultores Agroindustriales Ltda. vulneró sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y a la igualdad. El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Cali y la Sala de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali declararon improcedente la acción de tutela, por considerar que ésta no satisfizo el requisito de subsidiariedad.

1. La Sala Quinta de Revisión resolvió confirmar las decisiones de instancia. Esto, por cuanto acreditó que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. En efecto, en el caso sub examine, (i) la acción ordinaria laboral es un medio idóneo para solicitar la corrección de historia laboral y el reconocimiento pensional, (ii) el accionante no

refiere condiciones de vulnerabilidad o riesgo que tornen ineficaz la acción ordinaria laboral y (iii) la Sala no acreditó la eventual configuración de un perjuicio irremediable.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante el auto de 9 de noviembre de 2020, proferido por la Sala Primera de Revisión de Tutelas.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia de 15 de enero de 2020 proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que, a su vez, confirmó la decisión de 25 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Cali, que declararon improcedente la acción de tutela interpuesta por Luis Humberto Aguas Posso en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Tercero.- LIBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-034/21

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CORRECCION EN HISTORIA LABORAL-Debió estudiarse de fondo porque existen elementos de juicio que acreditan el requisito de subsidiariedad y los medios ordinarios no son idóneos ni eficaces (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional (Salvamento de voto)

DERECHO A LA AUTONOMIA Y VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Situación socioeconómica del accionante evidencia su estado de vulnerabilidad y afectación del mínimo vital (Salvamento de voto)

INCONSISTENCIAS EN HISTORIA LABORAL-Administradoras de pensiones deben desplegar las actuaciones necesarias para garantizar la veracidad, claridad y precisión de las historias laborales, y no trasladar la carga de su negligencia a los afiliados (Salvamento de voto)

En el asunto puesto a consideración de la Sala, existe un desconocimiento evidente de las reglas trazadas por esta Corporación y que se encuentran consolidadas respecto a la inoponibilidad de la mora patronal. Esto es, la mora del empleador en el pago de aportes y el allanamiento a la misma cuando las administradoras de pensiones no ejercen los mecanismos jurídicos para obtener dicho pago. En estos casos, ha sostenido la jurisprudencia que la administradora de pensiones no puede alegar a su favor su propia negligencia en el cobro de dichos aportes al empleador y que las inconsistencias en la historia laboral es una carga probatoria que deben asumir estas entidades. Adicionalmente, los efectos negativos de estas inconsistencias no pueden recaer en los afiliados.

Referencia: Expediente T-7.829.180

Magistrada Ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Quinta de Revisión, Salvo el voto en el asunto de la referencia, toda vez que no estoy de acuerdo con la decisión adoptada en el presente proceso. Esto es, de declarar la improcedencia del amparo invocado bajo el argumento de que existe otro medio idóneo y eficaz para que el actor solicite la corrección de la historia laboral y el reconocimiento de la pensión de vejez.

Así, contrario a la conclusión a la que arriba la Sala de Revisión, considero que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de seguridad social, en el presente caso, existen varios elementos de juicio que conducen a tener por acreditado el requisito de la subsidiariedad, como lo expongo a continuación.

La sentencia de la cual me aparto afirma que el actor puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral y que, en esa medida, tiene a su disposición otro medio de defensa judicial idóneo para la defensa de sus derechos fundamentales que desplaza el ejercicio de esta acción constitucional. Lo anterior con fundamento en que el demandante no es sujeto de protección constitucional reforzada porque, aunque tiene 74 años de edad, aún no supera la esperanza de vida de la población colombiana, la cual se estimó por el DANE en 76 años. En consecuencia, en criterio de la Sala, no puede ser catalogado como persona de la tercera edad.

Al respecto, estimo que al interior de la Corte Constitucional tanto en la Sala plena como en las distintas Salas de Revisión se ha realizado un análisis constante acerca del alcance de las expresiones adulto mayor, persona de la tercera edad y anciano (a).

En este sentido, la Corte ha utilizado de manera indistinta estos términos¹²² y ha catalogado a cada una de estas poblaciones como sujetos de especial protección constitucional en razón a la edad. Así mismo, ha aclarado que al interior de estos grupos pueden encontrarse personas en mayor situación de vulnerabilidad que otras, lo cual, debe analizarse en cada

caso concreto.

Para ilustrar lo anterior, pueden revisarse reiterados pronunciamientos en los que esta Corporación reconoce como sujetos de especial protección constitucional a los adultos mayores y personas de la tercera edad y ha ampliado o flexibilizado el estudio del requisito de subsidiariedad tomando en consideración la edad de los accionantes y otras circunstancias particulares como el estado de salud, la situación económica y el tiempo de espera en la protección de su derecho¹²³.

De igual manera, en algunos pronunciamientos emitidos en sede de revisión se han tratado de clarificar los conceptos de adulto mayor y el de persona de la tercera edad. El primero se ha asociado con las personas que superan los 60 años de edad y el segundo con las personas que han superado la expectativa de vida, las cuales estarían catalogadas como personas de la tercera edad, y serían sujetos de protección constitucional reforzada¹²⁴.

No obstante, si bien esta clasificación constituye un parámetro objetivo que inicialmente puede guiar el análisis del requisito de subsidiariedad, pero no es el único ni el definitivo para evaluar la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de seguridad social, como se ha expuesto en otros pronunciamientos, pues debe analizarse en conjunto con otros elementos como lo anoté en el párrafo anterior¹²⁵.

Así las cosas, este Tribunal también ha abordado el análisis de solicitudes de reconocimiento pensional de personas adultas mayores que no han superado la expectativa de vida, pero en cuyos casos se ha concluido que los medios judiciales ordinarios se tornan ineficaces porque la expedición de un fallo judicial, superaría la expectativa de vida del/la peticionario/a¹²⁶.

En consecuencia, no comparto la regla contenida en el proyecto de fallo respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de seguridad social, cuando se analiza el requisito de subsidiariedad. En específico, cuando fija como regla general que las personas de la tercera edad, entendidas como aquéllas que ya han superado la esperanza de vida son las únicas que gozan de protección constitucional reforzada.

Pues dicho planteamiento desconoce que en reiterados fallos la Corte ha protegido el derecho fundamental a la seguridad social de adultos mayores -no solo de quienes superan la esperanza de vida-. Esto, luego de analizar en conjunto elementos de gran valor que permite

flexibilizar o ampliar el estudio de la subsidiariedad.

Entre esos aspectos se encuentran el estado de salud, la situación económica, cuestiones de género, condiciones de discapacidad, mujeres y padres cabeza de familia, el tiempo de espera en el reconocimiento del derecho, la idoneidad y eficacia del mecanismo judicial que tienen los/as ciudadanos/as a su disposición ante la congestión del aparato judicial, etc, cuestiones que se echan de menos o se analizan de manera parcial en la providencia de la cual me aparto.

Los medios judiciales que tiene a su disposición el actor no son idóneos ni eficaces.

A la luz de lo anterior, en mi opinión, los medios judiciales que tiene a su disposición el actor no son eficaces. En el fallo del que me aparto no se estudió el tiempo que tardaría la expedición de un pronunciamiento judicial en el marco de un proceso ordinario laboral con el agotamiento de todas sus instancias y recursos. Cabe resaltar que el accionante tiene 74 años de edad y que estaría próximo a cumplir 75 años.

En esa medida, existe una alta probabilidad de que antes de que se produzcan dichos pronunciamientos, el señor Aguas Posso ya haya superado la expectativa de vida. Ello pone en vilo el disfrute de un derecho fundamental y configura un perjuicio irremediable ante la incertidumbre del paso del tiempo.

Sobre este aspecto, la sentencia T-194 de 2017127, expuso lo siguiente:

En el caso de los adultos mayores o personas de la tercera edad, se sostiene que no resulta proporcional someterlos a un proceso ordinario cuya decisión se difiere en el tiempo y, por tanto, sería prolongar la incertidumbre acerca del derecho fundamental que se busca proteger, tornándose el recurso de amparo en ese evento como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz (Subraya fuera de texto).

El estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el accionante y el derecho a la autonomía y vida digna de la población adulta mayor o de la tercera edad.

En primer lugar, la Sala afirma que el actor no se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad por razones socioeconómicas porque es abogado en ejercicio, recibe ayuda de su red de apoyo familiar y su compañera ya se vinculó laboralmente sin ahondar en mayores

especificidades al respecto.

Al contrario, el señor Aguas Posso sostuvo que <<(…) debido a su edad no he conseguido trabajo como dependiente o como independiente (…) Adicionalmente, como consecuencia de la diabetes que padezco, sufro de glaucoma en los ojos, lo que no me permite que pueda permanecer mucho tiempo frente a un computador, limitándose así mi posibilidad de trabajar en una época en la cual la virtualidad es lo que impera>>129.

Tanto es así que, Colpensiones en su última intervención afirmó que desde hace cuatro años el actor no cotiza al sistema de seguridad social en pensiones. Aunado a ello, en el escrito de tutela, el accionante afirmó (lo cual no fue controvertido) que sus hijos le pagaban la seguridad social a su compañera permanente.

En segundo lugar, acerca de que el accionante tiene aseguradas todas las condiciones económicas porque su familia le provee lo necesario para su subsistencia, es importante tener presente que esta situación lo que pone en evidencia es precisamente el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra, pues no puede proveerse por sí mismo lo necesario para llevar una vida en condiciones dignas, sino que depende de las <<ayudas>> de otras personas, lo cual afecta su mínimo vital.

Sobre este aspecto, cabe destacar que el artículo 7º, de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, consagra el derecho a la independencia y a la autonomía, en los siguientes términos:

(…) Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos (…) (Subraya fuera de texto).

Aunque es cierto que el apoyo familiar guarda conexión con el principio de solidaridad, esto no excluye el análisis del derecho a la autonomía que también puede estar comprometido en este caso, y que cobra relevancia en esta etapa de la vida.

Más aún, cuando de las especificidades del caso concreto puede colegirse que el actor tendría derecho a la pensión de vejez y que las semanas no contabilizadas por la accionada

es una cuestión que debe resolver esa misma entidad. Esto, de acuerdo con lo establecido en la ley y las reglas jurisprudenciales aplicables sobre la mora del empleador y la imposibilidad de trasladar los efectos negativos a la parte débil de la relación laboral, ya sea por mora en el pago de los aportes o porque el empleador no registra las novedades del respectivo contrato laboral oportunamente, como la del retiro.

Ahora bien, retomando el argumento del ejercicio del derecho a la autonomía, este guarda relación precisamente con uno de los argumentos expuestos por el señor Aguas Posso respecto a que por su avanzada edad no puede acceder al mercado laboral.

En relación con lo anterior, mediante sentencia T-404 de 2018¹³⁰, se abordó la conexión que existe entre el reconocimiento de una prestación económica como la de vejez y la dignidad humana:

Las consideraciones anteriores se dirigen a garantizar que en el marco del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, las personas en favor de quien se debe reconocer una pensión de vejez, se les proteja la dignidad humana en sus tres acepciones “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”¹³¹ (Subraya fuera de texto).

En tercer lugar, respecto al estado de salud del accionante, según lo expuesto en los antecedentes de la acción de tutela, presenta los siguientes diagnósticos: <<diabetes mellitus>>, <<glaucoma primario>>, <<hiperlipidemia>> y es <<insulinodependiente>>. Lo cual, también evidencia una situación vulnerable en razón a su estado de salud, teniendo en cuenta su avanzada edad, 74 años.

Finalmente, de la información que reposa en el plenario tampoco existe certeza sobre las nuevas condiciones laborales y económicas de la compañera permanente del actor¹³². Por el contrario, el accionante afirmó que su compañera tiene 60 años de edad, sufre de <<presión arterial alta>>, se encuentra desempleada¹³³ y todavía no cuenta con una pensión de vejez¹³⁴. Esta aseveración no fue controvertida ni desvirtuada en el proceso puesto a consideración de la Sala de Revisión, lo cual constituye una negación indefinida.

Por todo lo expuesto, considero que en el presente caso estaban dadas las condiciones para superar el requisito de subsidiariedad. Luego de lo cual, la Sala pudo adentrarse en el análisis de fondo del mismo.

En el presente caso se desconoció la regla jurisprudencial sobre la inoponibilidad de la mora patronal.

A mi juicio, en el asunto puesto a consideración de la Sala, existe un desconocimiento evidente de las reglas trazadas por esta Corporación y que se encuentran consolidadas respecto a la inoponibilidad de la mora patronal. Esto es, la mora del empleador en el pago de aportes y el allanamiento a la misma cuando las administradoras de pensiones no ejercen los mecanismos jurídicos para obtener dicho pago¹³⁵.

En estos casos, ha sostenido la jurisprudencia que la administradora de pensiones no puede alegar a su favor su propia negligencia en el cobro de dichos aportes al empleador y que las inconsistencias en la historia laboral es una carga probatoria que deben asumir estas entidades. Adicionalmente, los efectos negativos de estas inconsistencias no pueden recaer en los afiliados¹³⁶.

Sobre este último aspecto, también se observa el desconocimiento de la línea acerca de la responsabilidad de los fondos de pensiones frente a la información consignada en la historia laboral de sus afiliados. En este sentido, la sentencia T-505 de 2019¹³⁷, consideró:

Las administradoras de pensiones son responsables de la custodia de la historia laboral para el reconocimiento pensional y, por ende, deben garantizar que contenga información veraz, cierta, precisa, actualizada y completa, a fin de que el afiliado pueda reclamar los derechos que le asisten¹³⁸. En efecto, dicha entidad pensional tiene el deber de registrar la mora en el pago de aportes en la historia laboral del afiliado, lo cual “puede generarse por dos fenómenos a saber: a) cuando existiendo un vínculo laboral vigente el empleador no realiza el pago a la administradora de pensiones a la que esté afiliado el empleado, o b) cuando a pesar de haber cesado la relación laboral, el empleador no reporta la novedad de retiro a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)”¹³⁹ (Subraya fuera de texto).

Por tanto, a mi parecer, devienen en inadmisibles los argumentos expuestos por Colpensiones quien le trasladó a la parte más débil la responsabilidad que está en su cabeza,

cuando afirma, por ejemplo, que es el actor quien debe asumir el pago de las cotizaciones atrasadas, o verificar si la empresa no registró la novedad de retiro o incurrió en mora cuando es a esta entidad a la que le corresponde adelantar dicho trámite, pues tiene todos los medios jurídicos y operativos a su alcance para hacerlo.

Sobre este punto, la sentencia T-404 de 2018, indicó:

Así entonces, una vez una persona cumple los requisitos de ley, tiene a su favor el derecho a gozar de una pensión, el cual no puede ser restringido ni obstaculizado por cuestiones ajenas a sus responsabilidades con el Sistema¹⁴⁰. Adicionalmente, el reclamo de derechos pensionales en este caso debe responderse con mayores garantías, lo cual debe reflejarse en los trámites a nivel administrativo y judicial, de tal manera que no se les imponga obligaciones que no deban ni estén en capacidad de soportar¹⁴¹. En virtud de este marco jurídico, los deberes del empleador y las administradoras de pensiones, no pueden trasladarse al trabajador, la parte más débil en esta relación. En esa línea, una pensión no puede dejar de hacerse efectiva bajo el argumento de que las cotizaciones aún no se han realizado, pues ello equivaldría a imponerle al empleado una carga ajena a sus obligaciones¹⁴².

Más aún, cuando Colpensiones reconoce el impacto que tiene este proceso en el pago y liquidación de su pensión de vejez y, sin embargo, insta al actor a ponerse al día con los saldos en mora por parte del empleador¹⁴³.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

¹ Cdno. 1, fl. 12.

² Cdno. 1, fls. 13 a 20.

³ Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

4 Cdno. 1, fls. 13 a 20.

5 Cdno. 1, fls. 13 a 20.

6 Cdno. 1, fl. 21.

7 Cdno. 1, fl. 21.

8 Id.

9 Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

10 Id.

11 Id.

12 Id.

13 Id.

14 Id.

15 Id.

16 Id.

17 Id.

18 Cdno. 1, fl. 12.

20 Id.

21 Id.

22 Id.

23 Cdno. 1, fls. 29 a 31.

24 Id.

25 Cdno. 1, fls. 1 a 10. Al respecto, el accionante aportó las siguientes pruebas: (i) copia de la solicitud presentada al Banco GNB Sudameris, de 9 de junio de 2007; (ii) copia de la certificación laboral y “para expedición de bono pensional” expedida por el Banco GNB Sudameris; (iii) copia de la solicitud presentada a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, de 3 de septiembre de 2010; (iv) copia de la certificación expedida por la CAR; y (v) copia del certificado laboral de la empresa Consultores Agroindustriales Ltda.

26 Cdno. 1, fl. 48.

27 Cdno. 1, fls. 32 a 36.

28 Id.

29 Cdno. 1, fls. 1 a 10.

30 Id.

31 Id.

32 Id.

33 Cdno. 1, fls. 1 a 10.

34 Id.

35 Cdno. 1, fl. 51.

36 El artículo 2 del Acuerdo 027 de 1993 del Instituto de Seguros Sociales prevé que “(...) Los trabajadores dependientes que por razón de la mora en el pago de los aportes por parte del empleador, no tengan derecho a la pensión de vejez o invalidez o esta se vea reducida, podrán cancelar el valor correspondiente a los aportes en mora, multa e intereses, liquidado por las dependencias competentes del ISS, en lo que a dichos trabajadores se refiere”.

37 Cdno. 1, fl. 53.

38 En relación con el trabajador, los requisitos son: (i) el solicitante debe “estar afiliado al [Régimen de Prima Media]”, (ii) “presentar relación laboral con el empleador para los ciclos

solicitados”, (iii) “no ser beneficiario de un reconocimiento por indemnización sustitutiva de vejez” y (iv) “no ser trabajador independiente”³⁸. En relación con el empleador, este (i) debe “encontrarse desaparecido, liquidado o insolvente” y (ii) “no ser entidad pública”.

39 Cdno. 1, fls. 54 y 55.

40 Cdno. 1, fl. 56.

41 Id.

42 Id.

43 Id.

44 Id.

45 Id.

46 Id.

47 Id.

48 Id.

49 Id.

50 Id.

51 Id.

52 Id.

53 Cdno. 1, fls. 1-10.

54 Id.

55 Id.

56 Id.

57 Id.

58 Id.

59 Id.

60 Cdno. 1, fls. 69 a 72.

61 Id.

62 Id.

63 Id.

64 Cdno. 1, fls. 75 a 80.

65 Id.

66 Id.

68 En particular, el accionante sostiene el desconocimiento de las sentencias T-702 de 2008, T-241 de 2017, T-079 de 2016.

69 Cdno. 1, fls. 85 a 91.

70 Id.

71

72 Cdno. 2, fls. 3 a 5.

73 Id.

74 Id.

75 Id.

76 En particular, la Sala Primera de Revisión solicitó a: (i) el accionante que informara acerca de la composición de su núcleo familiar y su situación económica; (ii) Colpensiones que

remitiera copia completa y detallada de la historia laboral del accionante, e informara acerca de las acciones de cobro iniciadas respecto de los periodos adeudados por la empresa Consultores Agroindustriales Limitada; y, por último, (iii) la Supersociedades que comunicara acerca del proceso de liquidación de la empresa Consultores Agroindustriales Limitada.

77 Cdn. ppal., fls, 19-25 y 89-97.

78 Oficio OPT-A-1580-2020 del 19 de octubre de 2020

79 Oficio OPT-A-1958-2020 del 9 de noviembre de 2020

80 Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

81 Oficio OPT-A-1580-2020 del 19 de octubre de

82 Comunicación recibida el 2 de diciembre de 2020.

83 Comunicación recibida el 3 de noviembre de 2020.

84 Constitución de Política, artículo 86.

85 Decreto 2591 de 1991, artículo 10. Legitimidad e interés: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

86 Corte Constitucional, Sentencias T-678 de 2016 y T-176 de 2011.

87 Corte Constitucional, Sentencias T-678 de 2016 y T-176 de 2011.

88 Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

89 Corte Constitucional, Sentencia SU-189 de 2012.

90 Corte Constitucional, Sentencia SU-691 de 2017.

91 Id.

92 Corte Constitucional, Sentencia SU-691 de 2017.

93 Constitución Política, artículo 86.

94 Corte Constitucional, Sentencia SU-037 de 2009.

95 Corte Constitucional, Sentencia T-721 de 2012.

96 Corte Constitucional, Sentencias T-043 de 2014, T-402 de 2012 y T-235 de 2010.

97 Esta posición ha sido reiterada en las siguientes sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: SL-907-2013, SL-5429-2014, SL 13388-2014, SL 8082-2015, SL 16814-2015, SL13266-2016, SL 4952-2016, SL6469-2016 y SL17488-2016, entre otras.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 17488-2016.

99 Corte Constitucional, Sentencia T-258 de 2019.

100 Id.

101 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-691 de 2017.

102 Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

103 Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

104 Id.

105 Corte Constitucional, Sentencia T-956 de 2013.

106 Corte Constitucional, Sentencia T-956 de 2013.

107 Corte Constitucional, Sentencia SU-691 de 2017.

108 Id.

109 Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2019.

110 Id.

111 Corte Constitucional, Sentencias T-015 de 2019, T-683 de 2017, T-598 de 2017, T-462 de 2017, T-976 de 2017, entre otras.

112 Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2019.

114 Id.

115 Id.

116 Id

117 Id.

118 Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

119 Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2017. “se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio. En primer lugar, (...) el daño debe ser inminente, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, (...) las medidas que se [deben] tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. Finalmente, (...) la acción de tutela debe ser impostergable para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos”.

120 Corte Constitucional, Sentencia SU-691 de 2017.

121 Comunicación recibida el 5 de noviembre de 2020.

122 Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

123 Corte Constitucional, sentencias T-507 de 2017 (M.P. M.P. Iván Humberto Escruería

Mayolo), T-064 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y T-258 de 2018 (Diana Fajardo Rivera).

124 Corte Constitucional, sentencia T-015 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

125 Corte Constitucional, sentencia T-138 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo)

126 Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

127 M.P. Iván Humberto Escrucerà Mayolo

128 Folio 3, respuesta al Oficio OPT-A-1578/2020 del 19 de octubre de 2020

129 Ibidem

130 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

<<131 Sentencia T-881 de 2002>>

132 Al respecto, tan solo obra en la respuesta al Oficio OPT-A-1578/2020 del 19 de octubre de 2020, una certificación en el acápite de anexos, donde Andalaya S.A.S. le informa a la compañera permanente del actor sobre algunos cambios en la prestación de servicios jurídicos independientes. De estos, se resaltan los siguientes: <<(…) Por reorganización interna de la empresa, le comunicamos que la prestación de sus servicios jurídicos profesionales independientes sin vinculación laboral, a partir del 1 de mayo de 2020, estos servicios jurídicos, se prestarán por mandato de nuestra parte (…) Por lo anterior, se eliminan a partir del 1 de mayo de 2020, los pagos fijos mensuales por concepto de honorarios de los servicios jurídicos independientes (…)>> (Subraya fuera de texto).

133 A folio 2, de la respuesta al Oficio OPT-A-1578/2020 del 19 de octubre de 2020, el actor afirmó: << (...) Desde hace más de cuatro años me encuentro desempleado, lo que ha implicado que durante los últimos años dependa económicamente de mi compañera permanente, quien hasta el mes de abril de este año (2020) trabajó como contratista para una empresa llamada Andalaya S.A.S., quien le pagaba entre salario mínimo y un millón de pesos mensual.

Sin embargo, producto de la pandemia, a mi compañera permanente le terminaron el contrato de prestación de servicios que sustentaba su única fuente de ingresos, razón por la

cual también, al igual que yo, actualmente se encuentra desempleada, pues por su edad no ha podido volver a conseguir trabajo y la sociedad Andalaya S.A.S. no la volvió a llamar para asignarle encargos (...)>>.

134 Folio 1, respuesta Oficio OPT-A-1578/2020 del 19 de octubre de 2020, notificado el 30 de octubre de ese mismo año.

135 Ver, entre otras, las sentencias, T-702 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-923 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-276 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-493 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T- 436 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-635 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo); T-064 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos); T-258 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera); T-404 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo); T-505 de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido).

136 Corte Constitucional, sentencias T-702 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-505 de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido)

137 M.P. Carlos Bernal Pulido

<<138 Ver Sentencia T-718 de 2005 y T-399 de 2016>>

<<139 Sentencia T-315 de 2018>>

<<140 Sentencia C-177 de 1998, SU-057 de 2018>>.

<<141 Sentencia T-471 de 2017. Cita: CEPAL et al. Los derechos de las personas mayores. En: http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo_1.pdf (Mayo 3 de 2017)>>.

<<142 Sentencias T-079 de 2016, T-241 de 2017 y T-258 de 2018, entre otras>>

143 Respuesta de Colpensiones al accionante de fecha 17 de octubre de 2019