

Sentencia T-064/18

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos de las personas de la tercera edad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental y autónomo

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes/MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Obligación de las entidades administradoras de cobrar a los empleadores morosos los aportes adeudados

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

ALLANAMIENTO A LA MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Deber del empleador de efectuar cotizaciones

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Entidad administradora de pensiones no puede negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho argumentando el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes

Cuando ha sido demostrado el vínculo laboral entre un empleador y una persona afiliada al régimen pensional de prima media con prestación definida, Colpensiones tiene el deber legal y constitucional de reconocer las semanas que no fueron declaradas ni canceladas por el empleador, ya sea por la ausencia de afiliación o por la mora en el pago de las cotizaciones, tal como lo señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003 parágrafo 1 literal d) habilitándose a perseguir el pago del cálculo o título actuarial correspondiente, so pena de desconocer las garantías ius fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital y no pasarle dicha carga a los afiliados, toda vez que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de efectuar el cobro de las semanas laboradas a los empleadores.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Colpensiones reconocer tiempos laborados

Expedientes No.: T-6.405.997 y T-6.421.372.

Referencia: Acción de tutela formulada por Nelly Rodríguez Ochoa y por María Otilia Gutiérrez de Avellaneda contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En los asuntos objeto de revisión de los siguientes fallos de tutela proferidos dentro de los procesos de referencia, en su orden:

EXPEDIENTE

FALLOS DE TUTELA

T-6.405.997

(Nelly Rodríguez Ochoa)

Primera Instancia: sentencia proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, del 24 de julio de 2017.

Segunda Instancia: sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, del 13 de septiembre de 2017.

T-6.421.372

(María Otilia Gutiérrez de Avellaneda)

Primera Instancia: sentencia del Juzgado Trece Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, del 28 de junio de 2017.

Segunda Instancia: sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, del 11 de agosto de 2017.

Los expedientes No. T-6.405.997 y T-6.421.372 fueron remitidos por las segundas instancias a la Corte Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991[1].

La Sala de Selección Número Diez de esta Corporación[2] eligió los expedientes No. T-6.405.997 y T-6.421.372, los cuales fueron acumulados por presentar unidad de materia y, por reparto, correspondieron al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos[3] para efectos de su revisión. La anterior selección se hizo por Auto del 27 de octubre de 2017,

bajo el criterio objetivo: “Desconocimiento de un precedente jurisprudencial” y, subjetivo: “Urgencia de proteger un derecho fundamental”.

I. ANTECEDENTES

Las ciudadanas Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda presentaron acción de tutela en contra de Colpensiones por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso, con base en los siguientes:

1. Hechos

Expediente No. T-6.405.997

1.1 La ciudadana Nelly Rodríguez Ochoa, de 61 años de edad, refirió que cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por más de 23 años, esto es 1.225,43 semanas.

1.2 Explicó que, al cumplir la edad, solicitó la pensión de vejez y, pese a contar con la densidad de semanas suficientes para causar su derecho pensional, le fue negada, porque no se le tuvieron en cuenta los siguientes períodos laborados con su empleador JOSÉ ULISES MARTÍNEZ & CO: desde el 26 de septiembre de 1980 hasta el 1° de agosto de 1982; del 18 de febrero de 1985 al 1° de octubre de 1987 y desde el 1° de marzo de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2001[4].

1.3 Adujo que, en oportunidad anterior, esto es el 5 de diciembre de 1994, había solicitado a Colpensiones la corrección de la anterior inconsistencia, para que procedieran al cobro de las semanas no cotizadas por el empleador JOSÉ ULISES MARTÍNEZ & CO, pero que no se hizo y que, de acuerdo con la negativa de su prestación, continuó incurriendo en mora en el pago de sus obligaciones; que tal situación se agravó tras el deceso del propietario de la empresa, la cual fue liquidada, según manifestó la abogada de los herederos[5].

1.4 De acuerdo con los documentos que obran en el expediente, la accionante se hizo parte dentro del proceso de sucesión de JOSÉ ULISES MARTÍNEZ que se adelanta en el Juzgado 12 de Familia de Bogotá y en el inventario y avalúos de dicha sucesión aparece: “Deuda cálculos actuariales del procesos laborales (sic) que cursan en el (sic) Juzgados 1°

Laboral de Bogotá. Proceso No. 604-02. Demandante NELLY RODRÍGUEZ OCHOA Contra: JOSÉ ULISES MARTÍNEZ Y CIA LTDA.”[6].

1.5 Consta en el expediente que, el 21 de julio de 2009, la tutelante radicó ante el Instituto de Seguro Social (hoy Colpensiones) derecho de petición, mediante el cual pidió a esa entidad hacerse parte como acreedor en el proceso de sucesión del señor José Ulises Martínez Periquez, empleador fallecido, que se adelanta ante el Juzgado 12 de Familia de Bogotá D.C. para recobrar las cotizaciones en mora, “con el fin de lograr el reconocimiento y hacer valer la obligación que el citado causante tiene con el ISS, por aportes a mi pensión”[7] e insistió en que el cobro le corresponde a dicha entidad de seguridad social.

1.6 El 24 de agosto de 2009, la Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas (e) del ISS emitió un oficio al Jefe Financiero Seccional Cundinamarca (e), en el que, en relación con la solicitud de recuperación de semanas interpuesta por la señora Nelly Rodríguez Ochoa le informó que “hemos verificado la historia laboral de la peticionaria encontrando que laboró con la firma JOSÉ ULISES MARTÍNEZ Y CO L (sic), con número patronal 01008223763 quien registra deuda por valor de \$1.173.382”[8] y le indicó que era necesario informarle a la peticionaria sobre la gestión de cobro y las acciones a seguir.

1.7 La accionante aseguró que, pese a haber laborado y cotizado durante toda su vida, se le ha impedido el acceso a la seguridad social, dadas las inconsistencias de la entidad, y que transcurridos 20 años no ha obtenido una solución a su caso por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, que esto ha originado que deba depender de lo que su esposo, de más de 80 años de edad, recibe como pensión y de lo que sus hijos puedan aportar, cuando lo cierto es que se aseguró para la vejez con su trabajo y por ello considera le corresponde su reconocimiento.

Expediente No. T-6.421.372

1.1 La accionante explicó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- desde el 1° de abril de 1968, en el inicio de su vida laboral, prestó servicios como Docente en distintos establecimientos. Entre ellos, en el periodo comprendido entre los años 1975 y 1980, laboró en el Instituto Técnico Comercial Tabora y así lo certificó la Secretaría de Educación de Bogotá. De lo anterior, obra en el expediente la constancia que en su momento le entregó el reseñado colegio.

1.2 Adujo que, previo a cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, empezó a verificar los tiempos que aparecían reflejados en su historia laboral y halló que no se encontraban las cotizaciones que efectuó en el Instituto Técnico Comercial Tabora, correspondientes a los años 1975 a 1980. Ante tal inconsistencia, pidió la corrección a Colpensiones, en la que anexó el número patronal del Colegio, 01008212157, la fotocopia de su cédula y su carné de afiliación.

1.3 La entidad de seguridad social, le respondió que “[e]l tiempo reclamado por usted con el número patronal 0100821257 no aparece (...)”, y la requirió nuevamente para ampliar la información, ciudad y fechas aproximadas en las que había laborado, en el Instituto Técnico Comercial Tabora (Institución Educativa de carácter privado)[9].

1.4 En ese interregno, la peticionaria intentó ubicar, infructuosamente, a su empleador, para que le entregara los soportes correspondientes y, además le informara sobre la omisión en el pago de sus obligaciones en seguridad social. Según la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá el Instituto Técnico Comercial Tabora dejó de operar.

1.5 Informó la actora que, para completar las eventuales semanas requeridas y dadas las dificultades en emplearse, se inscribió en el programa de subsidio al aporte, desde el año 2001 y cotizó, inicialmente con el Consorcio Prosperar, que luego cambió su denominación a Colombia Mayor, pero que esto solo perduró hasta que cumplió 65 años de edad, esto es el 26 de marzo de 2014, por lo que su cónyuge asumió el 100% de la cotización, esta vez como independiente, con el fin de seguir aportando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

1.6 La actora sostuvo que, ante las dificultades económicas que implicaba asumir dicha cotización completa, y en atención a carecer de recursos propios para subvenir sus necesidades básicas, optó por requerir, nuevamente a Colpensiones, a fin de validar los 5 años laborados, tiempo necesario para acceder a las semanas requeridas de cotización.

1.7 El 11 de febrero de 2014, elevó, otra vez, petición a Colpensiones para que le incluyera las semanas laboradas desde 1975 a 1980 en el Instituto Técnico Comercial Tabora y adjuntó la siguiente documentación: (i) una constancia laboral emitida en 1981 por el empleador; y (ii) otra del sueldo que percibía en esa época. El 29 de diciembre de 2014, reiteró la mencionada petición y la entidad, el 13 de marzo de 2015 le contestó que con los

datos suministrados no se pudo establecer el registro de cotizaciones a su nombre en el periodo 1975 - 1980 con el referido aportante y le volvió a requerir idéntica documentación.

1.8 Afirmó que, habiendo demostrado desde el inicio su vinculación laboral con el referido Instituto Técnico Comercial Tabora y su omisión en la afiliación y pago de los periodos comprendidos entre 1975-1980, Colpensiones tenía el deber de empezar el trámite para gestionar su cobro, en la medida en que el empleador estaba evadiendo una obligación legal, lo cual finalmente no hizo.

1.9 Manifestó la actora que era innecesario aportar otros elementos de juicio, pues con los que contaba la entidad de seguridad social eran suficientes para advertir el incumplimiento del empleador y, además, el hecho de que no podía verse perjudicada con tal omisión que no le era imputable. Estos argumentos, además, los utilizó para requerir su pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos legales.

1.11 El 25 de junio de 2015, Colpensiones reconoció la indemnización sustitutiva por valor de \$4.768.502 y el 6 de julio siguiente la actora recurrió e insistió en el otorgamiento de la pensión, con la inclusión de los periodos como docente en el Instituto Técnico Comercial Tabora.

1.12 La actora señaló que en Colpensiones le sugirieron acogerse al Acuerdo 027 de 1993 -art. 2- para recuperar las semanas que, por omisión del empleador, no fueron cotizadas y por lo tanto, no se puede obtener el monto adeudado por él. Fundada en tal información, el 11 de agosto de 2015 pidió se revocara la indemnización sustitutiva y en su lugar acogerse al referido Acuerdo, según el cual “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”.

1.13 El 28 de agosto de 2015, Colpensiones negó la solicitud de la accionante, dado que no cumplía con los requisitos para acogerse al reseñado Acuerdo 027 de 1983, pero nada le definió respecto de la indemnización sustitutiva; por ello el 4 de marzo de 2016, pidió que el acto administrativo de la indemnización sustitutiva fuese revocado.

1.14 Mediante Resolución GNR 96779 del 6 de abril de 2016, Colpensiones dispuso lo siguiente: (i) revocar el acto administrativo GNR 178479 del 18 de junio de 2015, por el cual se había reconocido indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la demandante; y (ii) negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora.

1.15 Refirió que, posteriormente, continuó elevando solicitudes a Colpensiones, sustentada en similares argumentos a los ya expuestos, y que obran las solicitudes de 4 de marzo, 25 de julio y 12 de septiembre de 2016, en las que se mantuvo la negativa al reconocimiento pensional.

1.16 Aseguró que actualmente cuenta con 69 años de edad, depende económicamente de su esposo (de 71 años de edad), el cual supe todas las necesidades del hogar, de su hijo, los tratamientos médicos de él, las medicinas de ambos y que carece de recursos suficientes para contratar un abogado que se encargue de tramitar un proceso laboral cuya definición sería tardía, dada su avanzada edad.

2. Solicitud de tutela

Expedientes No. T-6.405.997 y T-6.421.372

Con fundamento en los hechos expuestos, las ciudadanas Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda formularon acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso.

En consecuencia, Nelly Rodríguez Ochoa pide que se ordene a Colpensiones que, dentro de un término perentorio, realice el cobro de las semanas dejadas de cotizar por parte de JOSÉ ULISES MARTÍNEZ & CO y se le incorporen las cotizaciones a su historia laboral, para disponer el reconocimiento de su pensión de vejez.

Por su parte María Otilia Gutiérrez de Avellaneda solicita la inclusión de las semanas causadas entre los años 1975 y 1980 y disponer el pago de la pensión de vejez.

3. Respuesta de la entidad accionada

Expediente No. T-6.405.997

3.1. Colpensiones

El 12 de julio de 2017, el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- (Diego Alejandro Urrego Escobar), mediante oficio BZ2017_7133945-1828312, solicitó al juez constitucional declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Nelly Rodríguez Ochoa por el incumplimiento al principio de subsidiariedad.

Manifestó que Colpensiones ha brindado, de manera oportuna y eficiente, atención a cada requerimiento de la actora. Que igualmente le notificó que el empleador no reportaba deuda alguna, por lo que, era imposible intentar alguna acción de cobro, de manera que Colpensiones no ha vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria.

A su vez, consideró que existen procedimientos administrativos y judiciales idóneos para resolver las controversias de índole económica.

3.2. Abogada dentro del proceso de sucesión del ciudadano JOSÉ ULISES MARTÍNEZ (empleador).

Ante la vinculación que realizó el Juez Catorce Penal del Circuito con Función de Conocimiento al ex-empleador de la accionante, la señora Ninfa Gil López respondió como abogada del proceso sucesoral que llevan a cabo los herederos del señor José Ulises Martínez dueño de la empresa JOSÉ ULISES MARTÍNEZ Y COMPAÑÍA LTDA.

Indicó que no puede ser vinculada al trámite de tutela, pues sólo conoce de la sucesión y manifestó a su vez que, desde el fallecimiento del señor José Ulises Martínez, la empresa fue liquidada.

Expediente No. T-6.421.372

3.1. Colpensiones

El 16 de junio de 2017, la entidad demandada, a través del Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- (Diego Alejandro Urrego Escobar), mediante oficio BZ2017_6204177-1603565, indicó que ha atendido cada requerimiento de la accionante;

que nunca apareció afiliada al Instituto Técnico Comercial Tabora que como su empleador no reportaba deuda alguna no es posible iniciar el trámite de recuperación de semanas.

En consecuencia, solicitó al juez constitucional declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda, al no existir vulneración de derechos fundamentales y toda vez que cualquier controversia económica debía efectuarse a través de los mecanismos ordinarios.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. Decisión de primera instancia

Expediente No. T-6.405.997

Mediante sentencia del 24 de julio de 2017, el Juzgado Catorce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela. Esto, en razón al incumplimiento del requisito de subsidiariedad, al considerar que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa y no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. De allí que estimó que correspondía iniciar el proceso ordinario laboral pertinente, conforme establece el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, dado que la accionante no demostró que su única fuente de ingresos fuera la pensión de vejez pretendida.

Expediente No. T-6.421.372

El Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá en sentencia de 28 de junio de 2017 declaró improcedente la acción de tutela al incumplirse el presupuesto de subsidiariedad. Enfatizó que la accionante contaba con la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria, la cual era competente para dirimir el conflicto existente respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

4.2. Impugnación

Expediente No. T-6.405.997

Mediante escrito del 26 de julio de 2017, la ciudadana Nelly Rodríguez Ochoa impugnó la

decisión de primera instancia, por estimar que la sentencia desconoció el precedente de la Corte Constitucional, sobre el derecho fundamental al mínimo vital, la dignidad humana y su relación con las personas de la tercera edad.

Expediente No. T-6.421.372

A través de escrito del 5 de julio de 2017, la ciudadana María Otilia Gutiérrez de Avellaneda impugnó la decisión de primera instancia, al indicar que la acción de tutela es el mecanismo viable para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Así mismo que se desconoció, sin justificación alguna, el precedente jurisprudencial.

4.3. Decisión de segunda instancia

Expediente No. T-6.405.997

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Penal-, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2017, revocó el fallo proferido por el Juzgado Catorce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y, en su lugar, amparó el derecho fundamental al debido proceso de la actora. Consideró que el comunicado, emitido por Colpensiones el 25 de agosto de 2015, no había reunido los requisitos que constituyen un acto administrativo de contenido particular y concreto que le permita en este caso a la accionante interponer recursos y así acceder a la jurisdicción contenciosa.

Por lo anterior, ordenó a Colpensiones proceder “(...) a resolver nuevamente y mediante acto administrativo motivado y susceptible de recursos, la solicitud de la señora NELLY RODRÍGUEZ OCHOA, tendiente a acogerse al proceso de Recuperación de Semanas, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo”.

Expediente No. T-6.421.372

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, mediante sentencia del 11 de agosto de 2017, confirmó el fallo proferido por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, e hizo suyas las consideraciones de todo el pronunciamiento.

5. Pruebas relevantes aportadas al proceso

5.1. Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones –Período de Informe: enero de 1967 hasta junio de 2017– emitido por Colpensiones[10]. Registra un total de 565,43 semanas cotizadas.

5.2. Copia de la “Certificación de no Pensión”, emitida por la Dirección Nacional de Nómina de Pensionados[11]. Certifica que la señora Nelly Rodríguez Ochoa “no figura percibiendo pensión” por parte de Colpensiones.

5.3. Copia de la respuesta emitida por el ISS del 26 de mayo de 2006 a solicitud hecha por la accionante el 15 de noviembre de 2005[12]. La entidad informa que el número patronal aportado no registra deuda y en consecuencia las semanas reclamadas no se tendrán en cuenta.

5.4. Copia del derecho de petición del 21 de julio de 2009 presentado al ISS[13]. Solicita el cobro de las semanas adeudadas al empleador.

5.5. Copia del comunicado interno “Gestión de cobro del patronal” del 24 de agosto de 2009, expedido por la Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas (e) del Seguro Social para el Jefe Financiero Seccional Cundinamarca (e)[14]. Reconoce que el empleador registra una deuda por \$1.173.382 y solicita “se informe e informe (sic) a la peticionaria sobre la gestión de cobro a este empleador”. Documento que evidencia que el empleado fue afiliado al sistema de seguridad social, empero se incumplió el pago de las cotizaciones de la accionante.

5.6. Copia de la citación del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social al empleador el 21 de septiembre de 1998 y constancia de inasistencia del mismo[15]. Fueron 3 citaciones de fechas 18 de febrero, 7 de mayo y 18 de junio de 2002, las que se incumplieron sin justificación.

5.7. Copia de la constancia de conciliación extrajudicial llevada a cabo el 3 de abril de 2013 entre el empleador y la accionante en la Procuraduría Séptima Judicial II de Familia[16]. Lo anterior, con el fin de llegar a un acuerdo frente al pago de las prestaciones sociales dentro del proceso de sucesión de José Ulises Martínez Rodríguez (empleador). Citación realizada al heredero del empleador, quien no asistió.

5.8. Copia del certificado laboral emitido por José Ulises Martínez & Co[17]. Certifica el vínculo laboral con la accionante desde el 26 de septiembre de 1980 hasta el 2 de octubre de 2001.

5.9. Copia de petición de la actora al Juzgado 12 de Familia, en el proceso de sucesión intestada de José Ulises Martínez Rodríguez, para el reconocimiento y pago dentro del proceso de sucesión[18].

5.10. Copia del inventario de bienes y avalúos dentro de la sucesión de JOSÉ ULISES MARTÍNEZ, en la que consta como deuda los “cálculos actuariales del procesos laborales (sic) que cursan en el juzgados (sic) 1° Laboral de Bogotá. Proceso No. 604-02. Demandante NELLY RODRÍGUEZ OCHOA Contra: JOSÉ ULISES MARTÍNEZ Y CIA LTADA.”[19].

5.11. Copia de la Resolución No. 001 REC SEM – DIA del 11 de octubre de 2017, emitida por Colpensiones (en cumplimiento del fallo de segunda instancia)[20].

5.12. Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 001 REC SEM – DIA emitido por Colpensiones (en cumplimiento del fallo de segunda instancia)[21].

5.13. Copia del servicio público Acueducto -período facturado Sep/07/2017 a Nov/04/2017-[22], por valor de \$372.780.

5.14. Copia del servicio público Aseo -período facturado Sep/06/2017 a Nov/04/2017-[23], por valor de \$126.420.

5.15. Copia del servicio público Codensa -período facturado Oct/12/2017 a Nov/14/2017-[24], por valor de \$217.010.

5.16. Copia del comprobante de pago de la pensión percibida por el señor Reinaldo González Amaya (compañero sentimental de la accionante), por la suma de \$640.739[25].

5.17. Copia del servicio público Gas Natural[26], por valor de \$60.330.

5.18. Copia de la declaración realizada por la ciudadana, respecto de su situación económica[27], de contar 61 años de edad y depender económicamente de su compañero permanente.

5.19. Comunicado emitido por Colpensiones para la Corte Constitucional[28], en el que se indica que la accionante no cumple con los requisitos para acogerse a la recuperación de semanas.

Expediente No. T-6.421.372

5.1. Copia de la desvinculación del programa Colombia Mayor, emitida por el Gerente General[29].

5.3. Copia comprobante de pago del aporte a Seguridad Social (\$210.400)[31].

5.4. Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones –período de informe: Enero 1967 hasta junio de 2017–[32]. Con un total de 967,29 semanas registradas.

5.5. Copia de una constancia emitida por la Directora Local de Educación de Engativá, respecto del funcionamiento del Instituto Técnico Comercial Tabora y de quienes fueron sus propietarios[33].

5.6. Copia de la Certificación Laboral emitida por el Instituto Técnico Comercial Tabora a la accionante[34]. Certifica vínculo laboral continuo con la accionante desde 1975 a 1980.

5.7. Copia constancia del sueldo que devengó la actora en el año 1975[35].

5.8. Copia de solicitud radicada en el Seguro Social para que fueran revisadas las semanas cotizadas en los períodos comprendidos entre 1975 hasta 1980. (Solicitud del 22 de octubre de 2007)[36].

5.9. Copia de la respuesta emitida por el Seguro Social[37]. Indica que con el número patronal aportado no se encuentra afiliación.

5.10. Copia derecho de petición de fecha 11 de febrero de 2014. La accionante solicita incluir las semanas faltantes y cotizadas[38].

5.11. Copia de la solicitud de corrección en historia laboral de la ciudadana María Otilia Gutiérrez de Avellaneda de fecha 29 de diciembre de 2014[39].

5.12. Copia de respuesta emitida por Colpensiones -fecha 13 de marzo de 2015-[40]. La entidad accionada informa que no se encontró registro de cotizaciones a nombre de empleador.

5.13 Copia de notificación y resolución No. 2014_6747198 GNR 432313 del 20 de diciembre de 2014 y GNR 178479 del 18 de junio de 2015 donde Colpensiones niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez[41], por no acreditar las semanas exigidas en la ley.

5.14 Copia del recurso de reposición del 6 de julio de 2015[42]. Solicita la verificación de las semanas entre los períodos de 1975 a 1980.

5.15 Copia de la renuncia a la indemnización sustitutiva por parte de la accionante[43].

5.16 Copia de las respuestas emitidas por Colpensiones frente a la solicitud de recuperación de semanas de fechas 28 de agosto de 2015, 15 de octubre de 2015 y 6 de abril de 2016[44].

5.17 Copia de la solicitud de recuperación de semanas del 25 de julio de 2016[45].

5.18 Copia respuesta de Colpensiones del 12 de agosto de 2016[46]. La accionada manifiesta a la accionante que no es posible iniciar el proceso de recuperación de semanas por los períodos laborados y no cotizados, por no cumplir con el requisito que alude a que “esté afiliado, por los periodos a los cuales solicita recuperación de semanas y que registre mora por esos ciclos.”[47]

5.19 Copia del recurso de reposición del 12 de septiembre de 2016[48].

5.20 Copia de la respuesta por Colpensiones a la accionante del 15 de septiembre de 2016[49], en la cual reitera la negativa de recuperación de semanas al replicar la razón señalada en el numeral 5.18.

- 5.21 Copia impuesto predial –pago 3 de abril de 2107–[50], por monto de \$524.000.
- 5.22 Copia de la factura de la ETB (de los meses: Abril, Mayo y Junio de 2017)[51], por valor de \$378.010.
- 5.23 Copia de la factura del Gas Natural Fenosa de junio de 2017[52], por un monto de \$24.750.
- 5.24 Copia de cobro del servicio de energía Codensa de julio de 2017[53], por valor de \$81.940.
- 5.25 Copia de la factura del Acueducto de Bogotá de los siguientes períodos: Nov/29/2016 – Ene/27/2017; Ene/28/2017 – Mar/29/2017; Mar/30/2017 – May/27/2017[54].
- 5.26 Copia del recibo de pago de la Universidad La Gran Colombia del hijo de la accionante –período 2017, por valor de \$1.670.000–[55].
- 5.27 Copia de la Historia Clínica del señor Jorge Enrique Avellaneda Bohórquez –esposo de la accionante–[56].
- 5.28 Copia del Registro Civil de Matrimonio de la señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda y el señor Jorge Enrique Avellaneda Bohórquez[57].
- 5.29 Copia del Registro Civil de Nacimiento de Jorge Andrés Avellaneda Gutiérrez de 22 años de edad (hijo de la accionante)[58].
- 5.30 Comunicado emitido por Colpensiones para la Corte Constitucional[59], en el que se analizó el caso, con el fin de fundamentar la improcedencia de la acción de tutela. Se informa que la ciudadana “no conservó el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, al tanto que, no cumplió con los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de las presentes acciones de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 27 de octubre de 2017 expedido por la Sala de Selección Número Diez de esta Corporación, que decidió someter a revisión y acumuló los asuntos de la referencia.

2. Examen de procedibilidad de las acciones de tutela

Legitimación por activa

Conforme con el artículo 86 de la Carta[60], toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular.

El Decreto 2591 de 1991, artículo 10º, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

En los casos aquí estudiados, se evidencia que las señoras Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda se encuentran legitimadas en la causa por activa para formular las acciones de tutela de la referencia, toda vez que actuaron a nombre propio y son las titulares de los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso, los cuales alegan vulnerados por la entidad accionada, al no reconocer las semanas trabajadas que no aparecen reconocidas en la historia laboral por: (i) mora en el pago de las cotizaciones (T-6.405.997); y (ii) omisión en la afiliación (T-6.421.372).

Legitimación por pasiva

La legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso[61]. Conforme los artículos 86 de la Constitución y 1º del

Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y frente a particulares.

Para los casos que nos ocupan, la acción de tutela se dirige contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la cual es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005[62]. Lo anterior, conlleva a determinar que Colpensiones tiene legitimidad en la causa por pasiva por ser la entidad encargada en el reconocimiento de las pensiones, por lo que es quien soporta la pretensión y genera el presunto hecho vulnerador de los derechos fundamentales invocados por las accionantes, al no reconocer las semanas, las cuales fueron laboradas por ellas y que hoy, en su consideración, no les permite el acceso a la pensión de vejez.

Inmediatez

Mediante la Sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, los cuales pretendían establecer términos de caducidad para la acción de tutela, bajo el siguiente argumento: “Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela, quebranta la autonomía funcional de los jueces, obstruye el acceso a la administración de justicia, rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones, impide la preservación de un orden justo y afecta el interés general de la sociedad, además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico”.

La Sentencia SU-961 de 1999 dio origen a la inmediatez como requisito de procedencia de la acción de tutela y reiteró, como regla general, que la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, estableció que se debe presentar en un tiempo razonable:

“La razonabilidad en la interposición de la acción de tutela está determinada, tanto en su aspecto positivo, como en el negativo, por la proporcionalidad entre medios y fines.

El juez debe ponderar una serie de factores con el objeto de establecer si la acción de tutela es el medio idóneo para lograr los fines que se pretenden y así determinar si es viable o no.

Se ha reiterado que el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que se formuló la acción de tutela[63]; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo[64].

En armonía con lo anterior, esta Corte ha precisado que existen circunstancias en las cuales es admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela, a saber: (i) “Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto de sus derechos, continúa y es actual.” O (ii) “que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir al juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.[65]”[66]

Esta Corporación ha manifestado que la razonabilidad del plazo que tiene el accionante para presentar la acción de tutela se debe ponderar para cada caso concreto. No obstante, la Corte ha indicado que al accionante se le debe exigir un mínimo de diligencia para lograr la procedencia[67].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Novena de Revisión considera que el requisito de inmediatez está superado en los casos objeto de estudio, de conformidad con lo que a continuación se pone en evidencia:

Desde hace más de 20 y 10 años, Nelly Rodríguez Ochoa (T-6.405.997) y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda (T-6.421.372), respectivamente, han elevado sendas reclamaciones tanto al entonces ISS como al hoy Colpensiones, para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, al estimar reunidos los presupuestos exigidos para ello.

Según el plenario, se pone de presente que, por un lado, el 24 de marzo de 2015 Nelly Rodríguez Ochoa se hizo parte dentro del proceso de sucesión del señor José Ulises Martínez con el fin de solicitar el pago de los periodos adeudados por su empleador[68], trámite que desde entonces cursa en el Juzgado 12 de Familia de Bogotá y del que la Sala no tiene noticia de su finalización, lo cual implica que ella ha venido utilizando los medios legales a su alcance, por lo tanto su última actuación es dicho proceso en el que viene actuando, ahora, de manera reciente en procura y defensa de sus derechos. Y por otro, la última actuación adelantada por María Otilia Gutiérrez de Avellaneda fue el 12 de septiembre de 2016, cuando solicitó a Colpensiones autorización para acogerse al Acuerdo 027 de 1993, correspondiente a la recuperación de semanas[69].

Con fundamento en la jurisprudencia de esta Corte reiterada en precedencia, tales términos resultan razonables para esta Sala de Revisión, en el entendido que la presunta afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso de las actoras, es continua y actual, es decir, se mantiene en el tiempo, ante la negativa en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Además, las accionantes acudieron a los recursos administrativos, solicitando la revisión de sus reclamaciones, de allí que no pueda imputárseles ningún retardo en el reclamo, cuando lo que hicieron fue acudir con insistencia y de manera periódica durante muchos años a las autoridades competentes para reclamar su pensión.

Es evidente entonces que han sido constantes y diligentes en la reclamación de la protección de sus derechos fundamentales ante la entidad accionada, por lo que no debe considerarse en estricto sentido el paso del tiempo, ya que los supuestos hechos vulneradores iniciaron desde hace más de 20 y 10 años respectivamente para las tutelantes (entre solicitudes, demandas, recursos contra los comunicados expedidos por Colpensiones, e incluso trámites ordinarios como es el caso de Nelly Rodríguez Ochoa, quien se hizo parte y ha venido actuando de forma reciente dentro del señalado proceso de sucesión). En todo caso, a juicio de la Sala los presuntos hechos vulneradores aún subsisten en el tiempo, pues a ninguna de las accionantes se les ha reconocido las semanas laboradas y no cotizadas por sus empleadores, lo cual habilita su reclamo al derecho pensional que alegan corresponderles y que ha sido denegado de forma sistemática a lo largo de varios años y hasta la fecha.

No debe pasarse por alto que en el estudio de estos casos el cumplimiento del requisito de inmediatez no puede circunscribirse al tiempo transcurrido entre el hecho vulnerador (mora en el pago de los aportes a Seguridad Social de la señora Nelly Rodríguez Ochoa y omisión en la afiliación a la señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda) y el momento en el que las accionantes interpusieron la acción de tutela, cuando es clara la continuidad de la supuesta transgresión, toda vez que la negativa respecto del reconocimiento de las semanas laboradas y no contabilizadas en la historia laboral continúa hasta el momento, lo cual podría afectar los derechos fundamentales de las tutelantes ante la imposibilidad de acceder a la pensión que imploran. Como consecuencia, se entenderá superado el requisito de inmediatez, dadas las particularidades específicas de los asuntos examinados en esta ocasión.

Subsidiariedad: Condiciones constitucionales para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al reconocimiento y cobro de derechos pensionales. Reiteración de la jurisprudencia

La Corte ha señalado que la acción de tutela, por regla general, no procede para el reconocimiento y pago de las pensiones, comoquiera que existen medios idóneos en la jurisdicción ordinaria con los que pueden dirimirse los conflictos derivados del tema pensional y este mecanismo residual no puede suplir los procesos dispuestos en el ordenamiento jurídico.

El recurso de amparo constitucional sólo es procedente de manera excepcional, cuando no existan otros medios de protección a los que se pueda acudir, o si aun existiendo éstos, se compruebe su ineficacia o ausencia de idoneidad en relación con el caso concreto o se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

El juez constitucional debe analizar cada caso en particular y determinar si el procedimiento ordinario existente es idóneo y eficaz, para garantizar una protección expedita de los derechos fundamentales del accionante. Si se determina su ineficacia, la acción de tutela se impone como mecanismo directo de protección.

Ahora bien, la jurisprudencia ha aceptado que, en situaciones excepcionales, el juez de tutela puede conocer de fondo estos casos, siempre y cuando se cumpla con las siguientes reglas:

“puede concluirse que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos. (i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado”[70].

“(i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que ‘la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per sé que ella deba ser denegada’. La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, ya sea como mecanismo transitorio o no.

(ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales.

(iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social.

(iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud.

(v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria

(vi) Además, cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros”[71].

Para los casos que nos compete analizar, las accionantes afirman la necesidad de acceder a su derecho pensional con el fin de garantizar sus derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna y a la seguridad social. En los casos objeto de estudio se alega (i) una mora en el pago de los aportes (T-6.405.997); y (ii) una omisión en la afiliación (T-6.421.372) por parte de los empleadores, los cuales fueron liquidados.

Si bien podría considerarse que el proceso ordinario laboral es idóneo para que las actoras obtengan, de un lado, el reconocimiento de las semanas laboradas que no fueron reconocidas, y de otro, la reserva actuarial ante la falta de afiliación, y por esa vía se resuelva el derecho a la pensión que reclaman, lo cierto es que, en estos asuntos particulares, y dado que durante más de una década han requerido a la entidad de seguridad social el reconocimiento de tales semanas, sin que esta tome los correctivos y, además se han visto impedidas a sufragar semanas adicionales, ante la tardanza de la administración en definir. De allí que señalar que, pese a que la entidad es la renuente y que es esta la que ha dilatado los mecanismos de protección social, no aparece razonable, ni proporcionado que deban agotar un proceso ordinario laboral que tiene una duración amplia.

Esta disposición del requisito de subsidiariedad se ha realizado en anteriores oportunidades. Así en la sentencia T-001 de 2009, esta Corporación estableció que:

“someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a un adulto mayor con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder a un trabajo, resulta muy gravoso para él, con serios perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar, menguando su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadas.”

En el expediente No. T-6.405.997, la señora Nelly Rodríguez Ochoa, de 61 años de edad, requiere que Colpensiones reconozca los períodos que por omisión del pago de los aportes a seguridad social por parte del empleador no se encuentran en el reporte de semanas cotizadas y no le permite cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

A la peticionaria en esta etapa de su vida no le es fácil emplearse para poder seguir

cotizando, depende económicamente de su compañero permanente (devenga \$640.739, lo equivalente a su pensión) y ocasionalmente sus hijos aportan algo para su manutención (\$350.000), los cuales también deben cumplir con sus obligaciones básicas, pagan un arriendo de \$800.000, servicios públicos que oscilan en \$241.700, sumando a esto las afectaciones normales de su avanzada edad.

La accionante lleva 20 años acreditando su derecho ante Colpensiones sin obtener ninguna solución, por lo que, solicita que Colpensiones le reconozca las semanas laboradas con José Ulises Martínez & Co durante ciertos periodos, al considerar una posible configuración de un perjuicio irremediable por no poder acceder a la pensión de vejez.

En el caso del expediente No. T-6.421.372, la ciudadana María Otilia Gutiérrez de Avellaneda de 69 años de edad, depende de su esposo, el cual recibe una pensión por \$904.246, cubre los gastos de: (i) la casa, (ii) su hijo (estudiante de universidad), (iii) la accionante, (iv) salud (E.P.S. de ambos), (v) medicamentos y, (vi) demás consumos varios.

Los gastos básicos a suplir aproximadamente son \$600.000 sin incluir alimentación y medicamentos fuera del Plan de Beneficios de Salud que el cónyuge de la accionante requiere por su condición médica (Accidente cardiovascular).

La ciudadana María Otilia Gutiérrez de Avellaneda alega la recuperación de las semanas laboradas y no registradas, por la omisión en la afiliación por parte del empleador, al considerar una posible configuración de un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, esta Sala concluye que en los asuntos de la referencia debe estudiarse la procedibilidad material del amparo, con el propósito de determinar si Colpensiones ha vulnerado los derechos fundamentales de las accionantes, al negarles el reconocimiento de las semanas que aunque fueron laboradas no fueron reportadas por su empleador por mora en el pago de los aportes (T-6.405.997) y por omisión en la afiliación (T-6.421.372). Lo anterior, con el fin de determinar el amparo definitivo o no de los derechos fundamentales reclamados.

3. Planteamiento del caso y problemas jurídicos a resolver

3.1. En el expediente T-6.405.997, la señora Nelly Rodríguez Ochoa, de 61 años de edad, formuló acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, derivado de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, al no tener en cuenta un período de semanas cotizadas, porque el empleador incurrió en mora en el pago de los aportes a la seguridad social, lo que originó negativa en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al no completar la densidad de cotizaciones exigidas por la ley. Hoy en día depende económicamente de su compañero permanente (pensionado de 80 años de edad) e hijos.

3.2. Por su parte, en el expediente T-6.421.372, la señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda, de 69 años de edad, en el momento se encuentra desempleada y depende económicamente de su esposo (de 71 años de edad), interpuso acción de tutela contra Colpensiones, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana por no incluirse las semanas efectivamente laboradas durante 5 años en el Instituto Técnico Comercial Tabora, sin que este la afiliara y realizara los aportes a seguridad social, según lo señaló Colpensiones.

3.3. Entidad que negó la recuperación de semanas que plantea el Acuerdo 027 de 1993, toda vez que uno de los requisitos para acceder a este proceso administrativo requiere que: (i) la persona se encuentre afiliada en los periodos reclamados; y (ii) el empleador registre mora en el pago de los aportes a la seguridad social.

3.4. Con base en los antecedentes reseñados, y atendiendo al criterio de relevancia constitucional que los asuntos bajo estudio plantean, corresponde a la Sala Novena de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera Colpensiones los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso de las ciudadanas Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda, al no reconocer los períodos laborados, que por la mora registrada en el pago de los aportes (T-6.405.997) y la omisión del empleador en la afiliación (T-6.421.372), no fueron contabilizados, pese a que se demostró ante la Administradora de Fondos y Pensiones la existencia del vínculo laboral?

Con el fin de resolver el interrogante, esta Sala se pronunciará, sobre los siguientes

aspectos: (i) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social; (ii) las obligaciones generales de los empleadores y deberes de observación legales en el Sistema Pensional; (iv) la inobservancia del deber de pagar los aportes – mora en el pago de los aportes y cotizaciones pensionales; (v) el incumplimiento del deber de afiliación; y (vi) luego se realizará el análisis del caso en concreto.

4. El carácter fundamental del derecho a la seguridad social

La seguridad social está definida como un derecho y un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para los ciudadanos, conforme lo señala el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia[72], con fundamento en su contenido ius fundamental esta Corporación si bien, inicialmente, negó su carácter de derecho fundamental autónomo, estimó viable acudir a “la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad) y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional”[73], lo cierto es que, a partir de un criterio más garantista y en atención a la incidencia de este derecho social, lo reconoció como fundamental, independiente y autónomo y por tanto susceptible de reclamarse directamente en una acción constitucional de amparo, cuando quiera que se compruebe un perjuicio irremediable o que el mecanismo judicial no contiene las garantías de eficacia para proteger tal derecho, de allí que se haya considerado que, en materia pensional, al definirse controversias relacionadas con personas que están en la tercera edad, la tutela deba ser más flexible al encontrarse frente a un sujeto de especial protección.

En síntesis puede indicarse que: (i) la seguridad social es un derecho fundamental independiente y autónomo; (ii) dadas sus características podrá ser invocado directamente para obtener la protección vía tutela; y (iii) en la medida en que la seguridad social en personas recae en su mayoría en ciudadanos de la tercera edad los requisitos procedimentales deben flexibilizarse dado el carácter de sujetos de especial protección constitucional.

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

En sus inicios, la pensión llamada de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió en Colombia la Ley 6ª de 1945 catalogada como el primer estatuto orgánico laboral, que previó asuntos sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y estatuyó una jurisdicción especial laboral.

En ese sentido, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, entidad que subrogaría al empleador en la cobertura de las contingencias de invalidez, vejez, muerte, enfermedades generales, maternidad y riesgos profesionales, se estableció, de manera temporal, el pago de dichas prestaciones sociales en cabeza del empleador, y a las empresas con capital superior a \$1.000.000 les fijó la obligación de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o discontinuos.

Posteriormente, tomando como referencia al seguro social alemán, instituido en 1883, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguridad Social ICSS, que, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, “en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico”

De la mano con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados. Con todo esto, frente a la denominación de pensión de jubilación, que venía desde la legislación anterior, el artículo 76 de la referida ley determinó reemplazarla, en adelante, por pensión de vejez.

Así, con el fin de que el Seguro Social estuviera en capacidad de asumir el riesgo de vejez, en relación con los servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley, estableció:

“(…) el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de estas

pensiones eventuales.

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

En dicho esquema solo eran afiliados de manera obligatoria los trabajadores subordinados y siempre que hubiere entrado a operar la entidad de seguridad social. Así, en principio y de acuerdo con las reglas del Código Sustantivo del Trabajo (artículo 259), correspondía asumir el riesgo al empleador, según lo indicó la norma:

“1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los [empleadores] cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”

En ese orden, el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía, con un capital igual o superior a \$800.000, que haya cumplido 50 años de edad si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios “continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio”, sin la posibilidad de subrogarse hasta tanto estuviese reglado.

Por ello el Decreto 3041 de 1966, en sus artículos 60 y 61 reguló la subrogación paulatina por la referida entidad al empleador en el reconocimiento de la pensión de jubilación (art. 260 C. S. T.) y contempló la denominada pensión sanción, de modo que “bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es

las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo”.

Así, la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores, para el caso de Bogotá, solo se generó a partir de enero 1° de 1967. En ese momento los trabajadores empezaron a ser afiliados de manera obligatoria y el ISS debía cumplir con su función de vigilancia. En todo caso, en ese mismo interregno y de acuerdo con el tipo de labor realizada, existían distintos regímenes para pensión como el de los docentes, los empleados públicos, los telegrafistas, los aviadores etc., de allí que ese período se haya caracterizado por una dispersión que no permitió ampliar la cobertura de protección social.

Es decir, antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993, no había un Sistema Integrado de Seguridad Social sino, por el contrario, coexistían diferentes regímenes administrados por diversas entidades. Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la mencionada disposición del Código Sustantivo del Trabajo que establecía los requisitos para acceder a la pensión de vejez, fue reemplazada por el artículo 33 (posteriormente modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003), que así introdujo nuevos requisitos para su reconocimiento y algunas reglas pertinentes para el cómputo de las semanas cotizadas.

En todo caso, en cualquiera de los periodos la ley social fue clara en adjudicar al empleador responsabilidad en la afiliación y pago de la seguridad social de sus trabajadores, creando el ISS los convirtió en afiliados obligatorios, y cuando esto no ocurría en la asunción de la pensión o calculo actuarial, pero en ningún momento se le exoneró de tal deber, menos ante la prestación efectiva del servicio.

Es por ello que la Corte ha reiterado que el empleador tiene la responsabilidad con el trabajador de cumplir con todas las obligaciones laborales y pensionales hasta que ocurran los siguientes casos: “(i) cuando cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede

ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de éstas consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.”[74] (Negrilla fuera de texto).

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

“[L]as entidades administradoras de pensiones tienen la facultad legal –y están en la obligación- de utilizar los mecanismos judiciales procedentes para el cumplimiento de la misma, es decir las acciones de cobro constituyendo en mora al empleador e iniciando proceso ejecutivo u ordinario conforme con lo establecido con la Ley 100 de 1993.

“El artículo 24 de Ley 100 de 1993, establece que las ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

El artículo 53 de Ley 100 de 1993, establece la FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN. Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente Ley. Para tal efecto podrán:

- a. Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;
- b. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;
- c. Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las

cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes;

d. Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones.” [75] (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

6. Inobservancia del deber de pagar los aportes – mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales

Esta Corporación ha precisado en varias oportunidades[76] que el incumplimiento del empleador en la omisión de cotización, no podrá generar cargas al trabajador menos

cuando éste certifica ante la entidad administradora de pensiones el vínculo laboral vigente durante los períodos reclamados.

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

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

Con fundamento en ello esta Corporación ha sostenido que en el caso en el que el empleador no pague los aportes y las Administradoras de Fondos de Pensiones no hayan iniciado los respectivos cobros contra el empleador moroso, “se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador”[77]. De lo contrario, se estaría vulnerando, se insiste, los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del empleado, toda vez que del pago oportuno de los aportes depende directamente el reconocimiento de la pensión de vejez siempre y cuando este cumpla con los requisitos legales establecidos para tal fin.[78]

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

7. Incumplimiento del deber de afiliación

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

La afiliación de los trabajadores particulares al ente de seguridad social recurrente constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que no fue a partir de ésta que se estableció tal obligación patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia de dicho ente de seguridad social, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico como lo vinieron a ser las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes”[79].

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

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

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

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

“(…) que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos, tal y como lo dedujo el Tribunal.”[80] (Negrilla fuera de texto).

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

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

(...)De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que

pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social. (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

Conclusión

Cuando ha sido demostrado el vínculo laboral entre un empleador y una persona afiliada al

régimen pensional de prima media con prestación definida, Colpensiones tiene el deber legal y constitucional de reconocer las semanas que no fueron declaradas ni canceladas por el empleador, ya sea por la ausencia de afiliación o por la mora en el pago de las cotizaciones, tal como lo señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003 parágrafo 1 literal d) habilitándose a perseguir el pago del cálculo o título actuarial correspondiente, so pena de desconocer las garantías ius fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital y no pasarle dicha carga a los afiliados, toda vez que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de efectuar el cobro de las semanas laboradas a los empleadores.

8. Análisis del caso concreto

Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de las ciudadanas Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda

T-6.405.997

De acuerdo con lo acreditado en el caso concreto de la señora Nelly Rodríguez Ochoa, reclama que inició el cobro de las semanas dejadas de cancelar por el empleador, pese a lo cual Colpensiones ha hecho caso omiso y además no le ha tenido en cuenta las cotizaciones, realizadas con posterioridad, aún cuando no era su obligación cancelarlas.

Según la historia laboral que obra a folios 12 y 13 del cuaderno número 1º del presente expediente, no se encontraron reportados los periodos reclamados, esto es, desde el 26 de septiembre de 1980 hasta el 1º de agosto de 1982; del 18 de febrero de 1985 al 1º de octubre de 1987 y desde el 1º de marzo de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2001.

No obstante, frente al requerimiento que hizo la accionante sobre tales periodos en el documento DNC16230.04.02 del 24 de agosto de 2009, la Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas de Colpensiones informó al Jefe Financiero Seccional de Cundinamarca de la misma entidad que, “(...) verificado la historia laboral de la peticionaria encontrando que laboró con la firma JOSÉ ULISES MARTÍNEZ Y CO, con número patronal 01008223763 quien registra deuda por valor de \$1.173.382. Teniendo en cuenta que el patronal pertenece a esa Seccional y que dentro de las funciones del Departamento Financiero está la de realizar

la gestión de cobro a los empleadores en mora por pago en los aportes”.

De lo anterior, esta Sala concluye que en este caso existió una mora por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales y no una omisión en la afiliación, ya que con el documento DNC16230.04.02, del 24 de agosto de 2009, emitido por la Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas de Colpensiones se reconoce al empleador como moroso y lo identifica con el número patronal aportado por la accionante desde el inicio de su reclamación.

A su vez, se evidencia el vínculo laboral existente entre la actora y el patrono. El vínculo laboral fue demostrado mediante certificado laboral en original, en hoja membretada de la empresa empleadora y firma del entonces gerente general[81]. Esta situación deja ver la negligencia con la que ha actuado Colpensiones al no hacer uso de sus facultades legales para efectuar el cobro de los aportes adeudados por el patrono, cuando aún existía y al no hacerse parte en el proceso de sucesión por el fallecimiento del empleador del cual fue advertido por parte de la actora.

Dicha falta de diligencia por parte de Colpensiones y al no uso de sus facultades legales para el cobro de los aporte no podrá recaer en la accionante y “se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador”[82], toda vez que dicha entidad de seguridad social advirtió que la historia laboral no reflejaba la densidad de semanas porque se encontraba en mora y pese a que señaló como referencia “gestión de cobro del patronal 01008223763” las acciones a seguir, no cumplió con su deber y tampoco incorporó las reseñadas cotizaciones.

Así mismo, consta en el expediente, a folio 17 copia del oficio 096988 de 26 de mayo de 2006 en el que el Coordinador Nacional de Historia Laboral del Seguro Social le informa a la accionante que la negativa a reconocerle los periodos solicitados obedece a que “con los patronales 01008223763 figura deuda, por lo tanto estos ciclos no suman al total de semanas cotizadas”. Ambas informaciones son coincidentes con el certificado laboral emitido por la empresa JOSÉ ULISES MARTÍNEZ & CO donde indicó que la accionante “prestó sus servicios en nuestra compañía del 26 de septiembre de 1980 al 2 de octubre de 2001”, lo que corrobora, junto con los dos otros elementos de juicio, la falencia en el pago de las

cotizaciones reclamadas. Esta Corte advierte que si bien en una comunicación posterior se le informó a la actora que no estuvo afiliada esto evidencia las inconsistencias de las historias laborales, que según lo ha sostenido esta Corporación no puede tener efectos negativos para los afiliados (véanse entre otras las sentencias T-463 de 2016, T-774 de 2015 y T-058 de 2017), menos cuando la entidad en múltiples oportunidades reconoció la mora.

Ahora bien, lo expuesto en la providencia permite evidenciar que a la señora Nelly Rodríguez Ochoa deben tenerse en cuenta los ciclos de cotizaciones que Colpensiones dejó de cobrar. En consecuencia, deberá disponer el pago de la pensión de vejez, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales para tal fin.

T-6.421.372

La señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda desde el 22 de octubre de 2007 solicitó el reconocimiento de las semanas dejadas de cotizar por el empleador en los períodos comprendidos desde 1975 a 1980. En sus solicitudes ha manifestado que el empleador ya no opera y ha demostrado el vínculo laboral existente para las semanas reclamadas.

El vínculo laboral, para los periodos comprendidos entre 1975 a 1980, se encuentra acreditado mediante certificado expedido por el Instituto Técnico Comercial Tabora el 6 de febrero 1981, el cual se encuentra autenticado el 19 de febrero de 1981[83] y, a su vez, está corroborado con la constancia expedida por el Secretario del Instituto Técnico Comercial Tabora, de 31 de marzo de 1975, en la que se señala que “OTILIA GUTIÉRREZ DE AVELLANEDA, presta sus servicios como profesora del curso TERCERO DE PRIMARIA identificada con la c.c. No. 41.437.972 de Bogotá”. Es decir, que existe certeza que entre el ciclo de marzo de 1975 a noviembre de 1980, según las referidas cotizaciones, debió realizarse la afiliación y, pago de la seguridad social, de manera que, deberán tenerse en cuenta al momento de resolver la petición pensional.

Adicionalmente, la Sala Novena de Revisión considera necesario precisar que dichos documentos fueron suscritos por quienes estuvieron registrados como propietarios de la institución educativa, esto es el señor Pablo Valderrama Rendón identificado con cédula de ciudadanía número 17.103.876 y la señora Myriam Valderrama Rendón con cédula de ciudadanía 41.632.579 cuya licencia inicial de funcionamiento se otorgó mediante

Resolución 3395 del 5 de junio de 1974, según certificó la Directora Local de Educación de Engativá de la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., a folio 27 del cuaderno 1 del presente expediente.

Pese a lo anterior, Colpensiones hizo caso omiso y negó el reconocimiento de dichos periodos, ante la omisión de afiliación. Sobre tal aspecto y, de acuerdo con lo señalado en el capítulo 6° de la presente providencia deberán tenerse en cuenta los efectivamente laborados aun cuando el empleador haya omitido la afiliación (art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el parágrafo 1° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003) regla aplicable al caso concreto en la medida en que, según consta en la historia laboral de folios 24 a 26 la accionante continuó cotizando hasta el 2 de mayo de 2017, luego le es aplicable dicha disposición.

Ahora bien, dada la particularidad del caso, esto es que Colpensiones, ante la inexistencia de la personería jurídica del Instituto Técnico Comercial Tabora no pueda repetir para obtener el cobro del cálculo actuarial, estima esta Sala pertinente que, luego de contabilizar dichas semanas y reconocer la pensión de vejez, deduzca el cobro del cálculo actuarial del retroactivo pensional causado desde que cumplió la densidad mínima de semanas y la edad exigida por la ley, lo cual recaerá sobre lo que correspondía al porcentaje de la cotización de la trabajadora, y si el valor fuese superior y en el caso de no alcanzar a suplir el monto, descuento de la mesada pensional los rubros correspondientes hasta la satisfacción total de la deuda, así como las que se encuentren prescritas. Ello, previo acuerdo con la afiliada y siempre que no se ponga en riesgo su derecho al mínimo vital en dignidad.

A juicio de la Corte, en atención a las reglas legales y a la procedencia de los principios constitucionales de solidaridad y seguridad social esta medida armoniza de mayor manera los bienes jurídicos en tensión, como lo es la seguridad social de María Otilia Gutiérrez de Avellaneda y la imposibilidad de responsabilizarla por la omisión del empleador, con el criterio contenido en el artículo 48 Superior de sostenibilidad financiera y el principio de solidaridad que es transversal en la Constitución y tiene una incidencia mayúscula en el sistema pensional.

Expediente T-6.405.997

En consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2017

por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se revocó el fallo pronunciado el 24 de julio de 2017 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela promovida por la señora Nelly Rodríguez Ochoa contra Colpensiones, y en su lugar, se amparó el derecho fundamental al debido proceso de la demandante.

A su vez, corresponde adicionar la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de la accionante, por las razones expuestas en esta providencia.

Por consiguiente, se dejarán sin efectos tanto la Resolución No. 001 emitida el 13 de diciembre de 2017 por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, que negó el acceso a la recuperación de semanas reclamadas por la accionante, como la Resolución VPB 58499 del 26 de agosto de 2015, que negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y se ordenará a la misma entidad que, dentro del término improrrogable de quince (15) días posteriores a la notificación de esta providencia, expida nuevos actos administrativos por medio de los cuales se: (i) reconozcan los períodos de la relación laboral demostrada por la señora Nelly Rodríguez Ochoa; y (ii) estudie si la mencionada señora tiene derecho a la pensión de vejez, incluyendo las semanas certificadas por el empleador y, en el caso en el que cumpla la densidad de semanas mínima y la edad requerida, disponga su reconocimiento, pago e incluya en nómina de pensionados.

Expediente T-6.421.372

Conforme lo expuesto en la parte motiva, esta Sala procederá a revocar la sentencia proferida el 11 de agosto de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se confirmó la providencia proferida el 28 de junio de 2017 por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela formulada por María Otilia Gutiérrez de Avellaneda contra Colpensiones. En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de la tutelante, según lo establecido en esta decisión.

Por lo tanto, se dejarán sin efectos tanto la Resolución No. 2016_8415671 emitida el 15 de septiembre de 2016 por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, que

negó el acceso a la recuperación de semanas reclamadas por la accionante, como parcialmente la Resolución GNR 96779 del 6 de abril de 2016, respecto de la negativa ante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y se ordenará a la misma entidad que, dentro del término improrrogable de quince (15) días posteriores a la notificación de esta decisión, expida nuevos actos administrativos con los cuales se: (i) reconozcan los períodos de la relación laboral demostrada por la señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda con el Instituto Comercial Técnico Tabora en los ciclos de marzo de 1975 a noviembre de 1980, conforme se explicó con antelación; (ii) estudie si la referida señora tiene derecho a la pensión de vejez, incluyendo el lapso indicado en esta providencia; y (iii) en caso de que la accionante cumpla con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de la pensión de vejez, deduzca las mesadas prescritas. Así mismo descuenta del retroactivo pensional el cobro del cálculo actuarial causado, que recaerá sobre lo que correspondía al porcentaje de la cotización de la trabajadora, y si ese rubro no alcanzare, deduzca mensualmente de la pensión reconocida los valores correspondientes hasta la satisfacción total de la deuda, previo acuerdo con María Otilia Gutiérrez de Avellaneda y siempre que no se ponga en riesgo su derecho al mínimo vital en dignidad, hasta compensar los cinco (5) años reclamados. Con esa última medida, la Corte armoniza los bienes jurídicos en tensión según se expuso en esta providencia. Con lo anterior, se genera una obligación compartida y garantiza los derechos fundamentales de la actora sin causar un detrimento económico al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Síntesis

En la presente oportunidad, la Sala Novena de Revisión examina los casos de las ciudadanas Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda, a quienes Colpensiones excluyó unos períodos de cotización por la omisión en la afiliación y la mora en el pago de las cotizaciones por parte de los respectivos empleadores, aun existiendo prueba del vínculo laboral para las fechas reclamadas y como consecuencia negó el acceso a la pensión de vejez y su debido análisis.

Posteriormente, se procede a realizar un estudio previo respecto del requisito de subsidiariedad. La Sala constata que las presentes acciones de tutela superaron el estudio de procedibilidad, toda vez que, aunque el proceso ordinario laboral es idóneo para que las actoras obtengan, el derecho a la pensión, se evidencia que esa herramienta judicial es

ineficaz para acceder a la pensión de vejez, dado que resultaría excesivo y desproporcionado si se tiene en cuenta que: (a) son personas de avanzada edad susceptibles de especial protección constitucional y, (b) los tiempos que demoran estos mecanismos judiciales en dirimir este tipo de conflictos generarían una vulneración mayor a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, además, si se tiene en cuenta que las accionantes llevan entre 20 y 10 años respectivamente requiriendo ante la entidad accionada su derecho a la pensión de vejez.

Así mismo, la Sala Novena de Revisión tuvo en cuenta que las accionantes laboran sin remuneración como amas de casa, cuentan con 61 y 69 años de edad, dependen económicamente de sus compañeros permanentes, los cuales también son personas de la tercera edad y perciben una pensión no superior a \$904.245. Con ese único ingreso deben cumplir con todas las obligaciones y necesidades básicas esenciales de su hogar.

Ahora bien, en relación con los antecedentes reseñados, y atendiendo al criterio de relevancia constitucional que el asunto bajo estudio plantea, la Sala Novena de Revisión resuelve el siguiente problema jurídico:

¿Colpensiones vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso de las ciudadanas Nelly Rodríguez Ochoa y María Otilia Gutiérrez de Avellaneda, al no reconocer los períodos laborados, que por la mora registrada en el pago de los aportes (T-6.405.997) y la omisión del empleador en la afiliación (T-6.421.372), no fueron contabilizados, pese a que se demostró ante la Administradora de Fondos y Pensiones la existencia del vínculo laboral?

Con base en lo anterior, esta Sala de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente determina la existencia del vínculo laboral, entre las peticionarias y los empleadores, mediante certificados laborales aportados a los expedientes y, advierte que según las reglas jurisprudenciales decantadas cuando ha sido demostrado el vínculo laboral entre un empleador y una persona afiliada al régimen pensional de prima media con prestación definida, Colpensiones tiene el deber legal y constitucional de reconocer las semanas que no fueron declaradas ni canceladas por el patrón por la ausencia de afiliación y la mora en el pago de las cotizaciones.

En ese orden encuentra la Sala Novena de Revisión que Colpensiones vulneró el derecho

fundamental a la seguridad social de la señora Nelly Rodríguez Ochoa, en la medida en que aun cuando reconoció que efectivamente su empleador incurrió en mora, no realizó la gestión de cobro y, además no le contabilizó las cotizaciones, lo cual produjo la negativa pensional. A su vez, destacó que las inconsistencias de la historia laboral, entre ellos la posterior negativa de advertir el requerimiento por gestión de cobro evidenciaba el desorden administrativo que tuvo la entidad y que no podía traer efectos regresivos a la actora fundados en los principios de confianza legítima y buena fe.

En ese sentido esta Sala estima pertinente la inclusión de las semanas admitidas en mora y el estudio del reconocimiento pensional, sin que obstara para que la entidad adelante la gestión de cobro, con los respectivos intereses.

En lo relacionado con la señora María Otilia Gutiérrez de Avellaneda, la Sala Novena de Revisión encontró que Colpensiones vulneró su derecho fundamental a la Seguridad Social, al no reconocer las semanas de los periodos comprendidos entre 1975 y 1980, desconociendo el vínculo laboral que existió entre el empleador y la accionante.

La Sala Novena de Revisión explicó las consecuencias de la omisión en la afiliación junto con la inexistencia del patrono para el momento en el que se da inicio a la reclamación ante la accionada y, en atención a que la actora se encontraba cotizando para el instante en el que entró en vigor el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, según el cual se tendrían en cuenta los tiempos de servicios laborados y que no se contabilizaron dada la omisión de afiliación, lo que correspondía luego de comprobado el vínculo era la inclusión de los periodos acreditados esto es de marzo 1975 a noviembre de 1980. Por ello se ordenó a Colpensiones tener en cuenta tales ciclos de cotización y deducir el cobro del cálculo actuarial del retroactivo pensional causado desde que se cumplió la densidad de semanas y si este rubro no alcanzare deduzca mensualmente de la pensión reconocida los valores correspondientes hasta la satisfacción total de la deuda, previo acuerdo con la afiliada y siempre que no se ponga en riesgo su derecho al mínimo vital en dignidad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- En relación con el Expediente T-6.405.997, CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Penal-, por la cual se revocó el fallo pronunciado el 24 de julio de 2017 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela promovida por la señora Nelly Rodríguez Ochoa contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, y en su lugar, se amparó el derecho fundamental al debido proceso de la referida señora; ADICIONÁNDOLA con la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de Nelly Rodríguez Ochoa, por las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS tanto la Resolución No. 001 expedida el 13 de diciembre de 2017 por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, que negó el acceso a la recuperación de semanas reclamadas por la ciudadana Nelly Rodríguez Ochoa, como la Resolución VPB 58499 del 26 de agosto de 2015, que negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por la mencionada ciudadana.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- que, dentro del término improrrogable de quince (15) días posteriores a la notificación de esta providencia, expida nuevos actos administrativos por medio de los cuales se: (i) reconozcan los períodos de la relación laboral demostrada por la señora Nelly Rodríguez Ochoa; y (ii) estudie si la referida señora tiene derecho a la pensión de vejez, incluyendo las semanas certificadas por el empleador y, en el caso en el que cumpla la densidad de semanas mínima y la edad requerida, disponga su reconocimiento, pago e incluya en nómina de pensionados, en los términos señalados en esta providencia.

CUARTO.- En relación con el Expediente T-6.421.372, REVOCAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, mediante la cual se confirmó la decisión adoptada el 28 de junio de 2017 por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela formulada por la ciudadana María Otilia Gutiérrez de Avellaneda contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna

de la mencionada ciudadana, según lo establecido en este pronunciamiento.

SEXTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones– que, dentro del término improrrogable de quince (15) días posteriores a la notificación de esta decisión, expida nuevos actos administrativos con los cuales se: (i) reconozcan los períodos de la relación laboral demostrada por María Otilia Gutiérrez de Avellaneda con el Instituto Comercial Técnico Tabora en el ciclo de marzo de 1975 a noviembre de 1980; (ii) estudie si la mencionada ciudadana tiene derecho a la pensión de vejez, incluyendo dicho lapso; y (iii) en caso de que la accionante cumpla con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de la pensión de vejez, deduzca las mesadas prescritas. Así mismo descuenta del retroactivo pensional el cobro del cálculo actuarial causado, que recaerá sobre lo que correspondía al porcentaje de la cotización de la trabajadora, y si ese rubro no alcanzare, deduzca mensualmente de la pensión reconocida los valores correspondientes hasta la satisfacción total de la deuda, previo acuerdo con María Otilia Gutiérrez de Avellaneda y siempre que no se ponga en riesgo su derecho al mínimo vital en dignidad, hasta compensar los cinco (5) años reclamados.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-064/18

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-No se cumple con el requisito de subsidiariedad, porque el proceso ordinario laboral es idóneo y eficaz (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Colpensiones no tiene el deber legal de asumir las consecuencias de la falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes T-6.405.997 y T-6.421.372

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RIOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión, en el asunto de la referencia, presento Salvamento de Voto. A mi juicio (i) en el expediente T-6.405.997 no se cumple con el requisito de subsidiariedad, porque el proceso ordinario laboral es idóneo y eficaz y, (ii) en el expediente T-6.421.372 Colpensiones no tiene el deber legal de asumir las consecuencias de la falta de afiliación de la actora.

1. Expediente T-6.405.997

Las circunstancias del caso dan cuenta de que la vía ordinaria es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos a la seguridad social y mínimo vital de la tutelante. En efecto, el proceso ordinario laboral garantiza que la pretensión pensional planteada por la actora sea resuelta luego de un debate probatorio que permita establecer: (i) la responsabilidad del empleador por la mora en el pago de aportes, con la consecuente

obligación de constituir el cálculo actuarial por el tiempo de servicio adeudado, así como, (ii) el incumplimiento de Colpensiones respecto de su gestión de cobro. Además, en el asunto sub examine la aptitud del medio se acentúa, habida cuenta de que el cálculo actuarial requerido está garantizado, pues las acreencias laborales adeudadas a la accionante por el señor José Ulises Martínez fueron incluidas como parte del pasivo sucesoral. De manera que, el eventual incumplimiento respecto de la solicitud pensional de la accionante, debe ser declarado por la vía ordinaria, y no en sede de tutela.

Por otra parte, el asunto no reúne las condiciones necesarias para que la solicitud de amparo sea tramitada como mecanismo principal. En el expediente no se advierte alguna condición particular de la accionante, que amerite dar por superado el requisito de subsidiariedad. En efecto, no se encuentra acreditada la incapacidad económica de la actora para garantizar su subsistencia, por cuanto la actora percibe ingresos económicos por parte de dos de sus hijos y de su compañero permanente.

2. Expediente T-6.421.372

La postura asumida por la mayoría de la Sala implica un apartamiento del precedente jurisprudencial de esta Corte, según el cual la atribución de las consecuencias del no pago de aportes a Colpensiones se deriva únicamente de la mora en el pago de aportes[84]. Lo anterior tiene fundamento en que la obligación de cobro surge para las administradoras sólo en el evento de mora patronal, pero no en el de omisión de afiliación.

Colpensiones no tiene el deber legal y constitucional de asumir las semanas que no fueron declaradas ni canceladas por el empleador Instituto Técnico Comercial Tabora con ocasión de la falta de afiliación. Si bien es cierto que el sistema de seguridad social otorgó a las administradoras de fondos de pensiones las herramientas jurídicas suficientes para ejercer acciones de cobro, inspección y vigilancia, señaladas en los artículos 24 y 53 de la Ley 100 de 1993, estas facultades se activan únicamente a partir del momento en que se constata el incumplimiento de la obligación por parte del empleador. En ese sentido, no existe norma alguna que atribuya, de manera expresa, la obligación a estas administradoras de asumir las semanas faltantes en el evento de omisión de afiliación. Por lo tanto, no era posible, como en este caso se hizo, trasladar imponer a Colpensiones la obligación de asumir las semanas no aportadas por el empleador a Colpensiones, pues la

omisión de afiliación no se encuentra establecida como uno de los eventos que faculden a la entidad desplegar acciones de cobro por las cotizaciones adeudadas.

Respetuosamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] “Artículo 32. Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.

[2] Conformada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera y Antonio José Lizarazo Ocampo.

[3] Folio 14 de los Cuadernos de la Corte Constitucional. Auto del 27 de octubre de 2017 – Sala de Selección de Tutelas Número Diez.

[4] Folio 18 Corresponde al oficio 04834 del 24 de agosto de 2009 en el que el ISS informa la Gestión de Cobro Patronal y se refiere, en relación con la accionante que dadas las inconsistencias “hemos verificado la historia laboral de la peticionaria, encontrando que laboró con la firma JOSÉ ULISES MARTÍNEZ Y CO, con número patronal 01008223763 quien registra deuda por valor de \$1.173.382”.

[5] Folio 54 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

[6] Folio 30 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

[7] Folio 17 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

[8] Folio 18 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

[9] Folio 28 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[10] Folios 12 y 13 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

[11] Folio 14 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

- [12] Folio 16 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [13] Folio 17 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [14] Folio 18 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [15] Folios 19 y 20 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [16] Folios 21, 22, 23 y 24 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [17] Folio 26 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [18] Folios 32 y 33 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [19] Folios 27-31 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.
- [20] Folios 41-42 del Cuaderno Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [21] Folios 22-23 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [22] Folio 66 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [23] Folio 67 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [24] Folios 68-69 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [25] Folio 70 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [26] Folio 71 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [27] Folio 65 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [28] Folios 25-33 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.405.997.
- [29] Folio 21 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.
- [30] Folio 22 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.
- [31] Folio 23 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[32] Folios 24 – 26 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[33] Folio 27 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[34] Folio 28 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[35] Folio 29 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[36] Folio 30 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[37] Folio 31 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[38] Folios 32 y 33 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[39] Folio 34 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[40] Folio 35 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[41] Folios 37 – 42 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[42] Folios 43 y 44 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[43] Folio 45 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[44] Folios 46 – 54 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[45] Folios 55 – 65 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[46] Folio 66 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[47] Ibídem.

[48] Folios 67 – 69 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[49] Folio 70 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[50] Folio 145 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[51] Folio 146 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[52] Folio 149 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[53] Folio 152 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[54] Folios 155 – 157 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[56] Folios 160 – 164 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[57] Folio 165 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[58] Folio 166 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.421.372.

[59] Folios 21-30 del Cuaderno de la Corte Constitucional. Expediente No. T-6.421.372.

[60] Artículo 86. “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 o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[61] T-1015 de 2006, T-780 de 2011, T-373 de 2015 y T-098 de 2016.

[62] Según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007.

[63] Ver los Fallos T-135 de 2015, T-291 de 2016, T-480 de 2016, T-063 de 2018 y T-176 de 2018.

[64] Ibídem.

[65] Cfr. Sentencia T-158 de 2006, reiterada en la providencia T-609 de 2016.

[66] Sentencia T-593 de 2007, reiterada en el fallo T-609 de 2016.

[67] Sentencia T-037 de 2013, es el caso de un ciudadano, el cual tuvo una inactividad, de 12 años, desde el hecho vulnerador hasta el momento en el que interpuso la acción de tutela contra Colpensiones. Esta Corporación se pronunció así: “No se puede afirmar que la vulneración de los derechos del peticionario acaeció en el año 2000 y hasta allí perduraron sus efectos; por el contrario, la falta de reconocimiento y pago de su pensión de vejez continúa conculcando sus derechos fundamentales, con el agravante que ante el paso de los años, el actor se hace más frágil y vulnerable. En ese escenario adquiere un papel preponderante el principio de la inmediatez, que más que un tiempo razonable para incoar la acción, debe interpretarse en el sentido de que la intervención del juez constitucional sea actual y oportuna para conjurar la transgresión que sufre el peticionario. En torno al tercer requisito, se evidencia que el señor tiene 75 años, condición que lo hace sujeto de especial protección constitucional, dado que con el paso del tiempo se acrecienta su fragilidad y vulnerabilidad, haciendo razonable la intervención del juez de tutela” (Negrilla fuera de texto).

[68] Folios 32 y 33 del Cuaderno 1. Expediente No. T-6.405.997.

[69] Folios 67 a 69 del Cuaderno 1. Expediente T-6.421.372.

[70] Sentencia T-083 de 2004. Es un acumulado, en el que dos personas mayores de 65 años de edad solicitan el ajuste del ingreso base de liquidación (aportes), toda vez que por algunos períodos cotizaron en moneda diferente al peso colombiano y consideran que la liquidación correspondiente deberá ser superior al reconocido por ISS. Para estos casos, la Sala analizó la regla desde una perspectiva no absoluta. Así: “la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también

cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular.

Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, el cual, al referirse a las causales de improcedencia del amparo constitucional, señala claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez, teniendo en cuenta el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado. Amparada en ese mandato, la Corte expresó en uno de sus primeros pronunciamientos, lo siguiente:

...el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” (Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón)”. Y concluyó que “la acción de tutela era procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos. (i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía”.

[71] Sentencias T-334 de 2011, T-543 de 2015 y T-037 de 2017. Los hechos en estas 3 sentencias comparten el fondo de la pretensión de los accionantes, en cuanto solicitan el reconocimiento de unos períodos laborados y no cotizados por el empleador (existió afiliación), que son personas mayores de 60 años de edad y acuden a la acción de tutela por no encontrar eficacia en los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto es aplicable las reglas de la viabilidad de la acción de tutela en este casos concretos, cuando los procesos ordinarios desarrollados para dirimir este tipo de conflictos resulta ineficaz para la protección de los derechos fundamentales de las personas de

avanzada edad. La Sala resolvió este punto de procedibilidad, con el carácter no absoluto y se debe revisar cada caso concreto para determinar la excepcionalidad de la procedencia.

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

[73] Sentencias T-327 de 2017 y T-474 de 2010.

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

[75] Sentencia T-1032 de 2010.

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

[77] Sentencia T-398 de 2013.

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

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

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

[81] A folio 26 del cuaderno del expediente T-6.405.997 de la señora Nelly Rodríguez Ochoa.

[82] Sentencia T-398 de 2013.

[83] Folio 28 del Cuaderno 1. Expediente No. T- 6.421.372.

[84] Sentencias T-940 de 2013, T-241 de 2017, y T-222 de 2018, entre otras.