

T-352-18

NOTA DE RELATORIA: Mediante Auto 075 de fecha 20 de febrero de 2019, el cual se anexa en la parte final, se declara la nulidad de la presente providencia, debido a que se encontró probada la causal de elusión de análisis de un asunto de relevancia constitucional

Sentencia T-352/18

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

PENSION DE VEJEZ-Concepto/PENSION DE VEJEZ-Finalidad

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ EN REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Requisitos

PENSION DE VEJEZ Y MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES POR PARTE DEL EMPLEADOR-Afiliado o beneficiario no debe soportar la mora en el traslado de los aportes al sistema ni la inacción de Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones en el cobro

La obligación de realizar los aportes para las pensiones de los trabajadores está en cabeza del empleador. Su omisión no puede generar la negativa de la prestación, toda vez que las administradoras de fondos deben ejercer su poder para el cobro de las mismas.

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez al accionante

Referencia: Expediente T-6.700.575

Acción de tutela instaurada por el señor Gumersindo Correa Herrera contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos emitidos el 21 de noviembre de 2017 por el Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga (Santander) en primera instancia, y el 17 de enero de 2018 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga en segunda, en la acción de tutela interpuesta en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado el 7 de noviembre de 2017 en la Oficina Judicial de Bucaramanga, el señor Gumersindo Correa Herrera interpuso acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones, en adelante Colpensiones, invocando el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad, a la favorabilidad y a la dignidad humana.

Lo anterior porque, a través de la Resolución SUB 159167 del 16 de agosto de 2017, Colpensiones le negó la pensión de vejez al considerar que no cumplía con el mínimo de semanas cotizadas exigidas por la Ley. Para fundamentar la acción relató los siguientes:

Hechos[1]

1. Manifestó que es una persona de 71 años de edad y con una incapacidad laboral del 41.78% que le impide trabajar para asegurar su sustento diario. De otro lado, indicó que entre el 1º de octubre de 1970 y el 31 de enero de 2012 cotizó al Seguro Social un total de 1.048 semanas.

2. Afirmó que solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral, en relación con el tiempo servido a las empresas Transportes San Silvestre S.A. y McKee Intercontinental S.A.[2]. No obstante, con relación a la primera, se le informó que no existían registros de pago por el período reclamado (enero de 1986 a septiembre de 1987). Y, en cuanto a la segunda se señaló que solo realizaron aportes entre el 1 de octubre de 1970 y el 17 de febrero de 1971, más no entre agosto de 1969 a septiembre de 1970 y marzo a junio de

1971.

3. Expuso que, luego de solicitarle a Colpensiones la pensión de vejez, a través de la Resolución No. SUB 159167 del 16 de agosto de 2017, le negó el derecho por no reunir el mínimo de semanas cotizadas. Interpuso los recursos de reposición y apelación. El primero, fue decidido de manera negativa, mediante Resolución SUB 202340 del 22 de septiembre de 2017, en la cual se le indicó que, si bien contaba con 1048 semanas cotizadas y era beneficiario del régimen de transición, no reunía los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 797 de 2003.

En el intermedio de las decisiones de los recursos de reposición y apelación, solicitó, el 29 de septiembre de 2017, la corrección de la historia laboral para que se completara con el período presuntamente laborado en 1969 para McKee Intercontinental.

Mediante Resolución DIR 18750 del 25 de octubre de 2017, se decidió el recurso de apelación, confirmando las anteriores. Allí se le indicó que en la base de datos no se evidenciaba otros períodos cotizados diferentes a los reflejados en la historia laboral. Igualmente, mediante escrito del día siguiente (26 de octubre) se le respondió la misma situación y, además, que “las certificaciones laborales entregadas por usted no constituyen documentos probatorios de que dicho empleador hubiera realizado pagos para pensión a su nombre, por lo tanto, no es válido para acreditar estos periodos en su historia laboral”[3].

4. Indicó que con el período no cotizado por la sociedad McKee Intercontinental S.A., completaba el total de semanas requeridas para su pensión, sin embargo, Colpensiones se ha negado a otorgarla y ha desconocido que aquella era una “Multinacional afiliada a Ecopetrol”.

5. A través de la presente acción de tutela demanda el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad, a la favorabilidad y a la dignidad humana (contenidos en los arts. 48, 53, 29, 13 y 1º de la C. Pol.). En consecuencia, se declare la nulidad de las Resoluciones que negaron la pensión de vejez y se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la misma.

6. Para sustentar su petición, aportó con el escrito de tutela varios documentos, entre ellos una fotocopia simple de una certificación al parecer expedida el 17 de febrero de 1971 por la oficina de Relaciones Industriales de McKee Intercontinental S.A., en la que se afirma que prestó los servicios a la compañía “desde noviembre 13/69 hasta febrero 17/71”, es decir, por un período adicional de once (11) meses al certificado por Colpensiones[4].

Trámite procesal

7. Por auto del 7 de noviembre de 2017[5], el Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga (Santander) admitió la acción de tutela y ordenó vincular a las empresas Ecopetrol, McKee Intercontinental S.A. y a Transportes San Silvestre S.A. Dispuso notificar a la entidad accionada y las vinculadas, razón por la cual en el expediente y seguido del auto admisorio pueden leerse los oficios en los que se les comunica de la existencia de la presente acción.

Respuestas de las entidades accionadas

8. El Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, solicitó se declarara improcedente el amparo, puesto que la acción de tutela no es el mecanismo para resolver litigios de carácter laboral y, además, no se demostraron los requisitos para determinar el perjuicio irremediable que daría paso a la tutela transitoria.

De otro lado, indicó que la entidad ha respondido todas las solicitudes al actor, y en ese sentido, le ha señalado que si bien al 1º de abril de 1994 contaba con 47 años, no cumplía con el requisito de las 500 semanas cotizadas, pues solo tenía 493 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni las 1000, por tanto, no podría estudiarse la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990. Así mismo, descartó el régimen de transición, puesto que el señor Gumersindo Correa Herrera solo tenía 734 semanas al 25 de julio de 2005, cuando la norma exige 750.

9. La apoderada general de Ecopetrol S.A., solicitó se le desvinculara de la acción por falta de legitimación por pasiva, puesto que la empresa no ha vulnerado los derechos del accionante y, además, la tutela está dirigida contra Colpensiones. Igualmente, pidió se decretara la improcedencia del amparo, puesto que este mecanismo constitucional no es el

medio para discutir derechos laborales[6].

10. La Representante legal de Transportes San Silvestre S.A., indicó que, por el paso del tiempo, no fue posible hallar documentos que demostraran la relación laboral con el accionante, no obstante, acudieron a Colpensiones, estableciéndose que el trabajador prestó sus servicios a la sociedad, pero de manera interrumpida. En ese sentido expidió la certificación laboral pero conforme con el período informado por Colpensiones.

Solicitó que no se le impusiera “sanción alguna”, puesto que no se encuentra legitimada por pasiva, en tanto que la empresa no ha incurrido en “ninguno de los hechos de la presente acción”.

11. Por parte de Mckee Intercontinental S.A., no aparece respuesta, pues el oficio enviado a la misma fue devuelto por la empresa de servicios postales “472”[7].

Pruebas que obran en el expediente

12. Las pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela y la respuesta de la demandada son las que a continuación se relacionan:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía No. 5.590.956 a nombre del señor Gumersindo Correa Herrera, quien nació el 11 de enero de 1947[8].

- Fotocopia del Formulario de Solicitud de Correcciones de Historia Laboral, radicada en Colpensiones el 3 de mayo de 2017, para que se acumule el período “01-1986 a 09-1987” laborado en Transportes San Silvestre S.A.[9].

- Copia del oficio SEM2017-141683 del 28 de junio de 2017, por el que Colpensiones responde a la anterior solicitud de corrección de historia laboral al actor. En este se le indicó que no se encontraron “registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados, por lo anterior, es necesario que nos suministre documentos probatorios y/o soportes, como tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros, números de afiliación, donde se evidencie su vínculo laboral”[10].

- Copia del derecho de petición interpuesto por el actor ante el Gerente Nacional de Colpensiones, el 13 de julio de 2017, requiriendo el reconocimiento de la pensión de

vejez[11].

- Copia de la Resolución No. SUB 159167 del 16 de agosto de 2017, emitida por Colpensiones, a través de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al accionante[12].

- Fotocopia de la Resolución No. SUB 202340 del 22 de septiembre de 2017, por la cual se resuelve el recurso de reposición, confirmando el acto administrativo recurrido[13].

- Fotocopia del formulario de Solicitud de Correcciones de Historia Laboral, radicada en Colpensiones el 29 de septiembre de 2017, en la que pide se tenga en cuenta el período “08-1969 a 06-1971” como laborado en McKee Intercontinental S.A.[14].

- Copia de la Resolución No. DIR 18750 del 25 de octubre de 2017, por la cual se decide el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo No. SUB 159167, confirmándolo[15].

- Copia del oficio SEM2017-241735 del 26 de octubre de 2017, por el cual Colpensiones responde la solicitud de corrección de historia laboral al actor. En ella se le informa que la empresa McKee Intercontinental S.A. “únicamente realizó cotizaciones a su nombre, para los períodos 1970/10/01 a 1971/02/17, los cuales se encuentran debidamente acreditados en su historia laboral”. Así mismo, que las “certificaciones laborales entregadas por usted, no constituyen documentos probatorios de que dicho empleador hubiera realizado pagos para pensión a su nombre, por lo tanto, no es válido para acreditar estos períodos en su historia laboral”[16].

- Fotocopia de una certificación expedida por el departamento de Relaciones Industriales[17] de la sociedad McKee Panamá, S.A. -Barrancabermeja-, sobre el tiempo de trabajo del señor Gumersindo Correa Herrera entre el 13 de noviembre de 1969 y el 16 de febrero de 1971.

- Copia del registro de procedimiento quirúrgico del 20 de mayo de 2010, a nombre del actor[18].

- Fotocopia del formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 8 de noviembre de 2016, expedida por Colpensiones[19].

- Certificado de existencia y representación legal de Ecopetrol[20].
- Copias de los certificados mercantiles de las empresas San Silvestre S.A. en liquidación y McKee Intercontinental S.A., de las cuales se infiere que las mismas solo renovaron su registro hasta los años 1984 y 1987, respectivamente[21].

Decisiones de tutela objeto de revisión

Primera instancia

13. El Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga (Santander) mediante sentencia del 21 de noviembre de 2017 negó el amparo invocado, no obstante, ordenó a Colpensiones que lo asesorara para solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y desvinculó a las tres empresas. La providencia analizó los presupuestos en los cuales es procedente amparar los derechos de las personas de especial protección constitucional, los cuales deben estar debidamente demostrados. De este modo concluyó que en el caso concreto no se estableció que el actor efectivamente hubiese laborado para la empresa McKee Intercontinental y que esta cotizara para el mismo. Así se refirió la providencia:

“En ese marco de ideas, sobra decir que la acción de tutela no puede desbordar los límites establecidos por la Ley, o de lo contrario estaríamos afectando la seguridad jurídico (sic) y el equilibrio económico de nuestro país. Como se dijo, solo por vía excepcional es viable este amparo, de evidenciarse un atropello flagrante por parte de las entidades públicas o privadas y tal atropello no se evidencia por parte de la entidad accionada ya que no se halla una situación inexacta de datos porque no se probó que existiera información fuera de la Historia Laboral, o que existieran pagos dejados de hacer de algún empleador del señor Gumersindo Correa Herrera para que hubieran sido tenidos en cuenta y así poder valorar, si cumple o no con los requisitos establecidos por la Ley (...) al accionante le fue imposible probar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de la empresa MCKee Intercontinental S.A. toda vez que se encuentra liquidada y según lo comentado por el tutelante, dicha empresa salió del país”[22].

Impugnación

14. El señor Gumersindo Correa Herrera, a través de escrito del 28 de noviembre de 2017,

impugnó la decisión de primera instancia. Indicó que sí tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición, así mismo, insistió en que Colpensiones vulnera sus derechos fundamentales al negarle la pensión y no actuar conforme lo demanda la ley. Consideró que cumplió con las exigencias para acceder a la prestación, sin embargo, el juez no le prestó atención.

Segunda instancia

15. La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga (Santander), mediante sentencia del 17 de enero de 2018, confirmó la decisión de primera instancia. La providencia resaltó que el actor no demostró los requisitos de procedencia, en la medida que tiene otro mecanismo de defensa, y no se acreditó la razón por la cual este sería ineficaz. Además, tampoco allegó los medios de convicción que acreditaran el derecho pensional que reclamaba.

TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

16. La Sala de Selección número cuatro[23] de la Corte Constitucional, mediante auto del 27 de abril de 2018 seleccionó el expediente T-6.700.575 para revisión y dispuso su reparto al despacho del Magistrado sustanciador.

17. A través de auto del 22 de mayo de 2018, se ordenó nuevamente vincular al trámite a las empresas Ecopetrol S.A., McKee Intercontinental S.A. y Transportes San Silvestre S.A., porque pueden resultar afectadas con la sentencia a emitirse, pues al parecer fueron empleadoras del actor. Así mismo, con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte), que faculta a esta Corporación para allegar elementos de convicción en sede de revisión, decretó las siguientes pruebas:

- Se solicitó a los Secretarios Generales de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Bucaramanga que remitieran certificaciones sobre la existencia y representación de McKee Intercontinental S.A. y Transportes San Silvestre S.A..
- Se requirió al Alcalde y al Personero Municipales de Barrancabermeja (Santander) que informaran si entre los archivos de dichas oficinas, para los años 1969 a 1971 se encontraba inscrita la empresa McKee Intercontinental S.A., dónde funcionaba, quién era su

representante legal y qué relación tenía con Ecopetrol S.A..

- Se pidió a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía que indicaran si para los años 1969 a 1971 se hallaba inscrita la empresa McKee Intercontinental S.A. y si tenía alguna relación con Ecopetrol S.A..

- Se requirió al representante legal de Ecopetrol S.A. que informara si la entidad tuvo alguna relación con la empresa McKee Intercontinental S.A..

- Se pidió a la Superintendencia de Sociedades que informara si, entre los años 1969 a 1971, se encontraba inscrita allí la sociedad McKee Intercontinental S.A..

- Se solicitó a Colpensiones que remitiera copia de toda la carpeta que compone la historia laboral del señor Gumersindo Correa Herrera.

- Se pidió al Hospital Regional del Magdalena Medio, a las clínicas La Magdalena y San José, indicara si para los años 1969 a 1971 y enero de 1986 a septiembre de 1987 se prestó el servicio de salud al señor Gumersindo Correa Herrera.

- Se requirió a Transportes San Silvestre S.A. que remitiera copia de las planillas de pago de salarios a los conductores realizados entre enero de 1986 a septiembre de 1987.

- Se solicitó al Ministerio de Transportes, a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y Director de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja, que informaran si allí se encuentran acreditados los conductores que entre enero de 1986 y septiembre de 1987 tenía la empresa Transportes San Silvestre S.A. y si entre ellos está el señor Gumersindo Correa Herrera.

- Se solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que informara si dentro de la documentación aportada por la Transportadora San Silvestre S.A. aparece el actor como trabajador entre enero de 1986 y septiembre de 1987.

- Se comisionó al Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga para que escuchara en testimonio al señor Gumersindo Correa Herrera.

18. En respuesta a las anteriores solicitudes, se allegaron las siguientes pruebas relevantes:

- La apoderada general de Ecopetrol informó que, de acuerdo con los registros de la empresa, el señor Gumersindo Correa Herrera no ha tenido vinculación laboral con la misma, como tampoco existió relación comercial con la compañía McKee Intercontinental S.A..

En ese orden, señaló que Ecopetrol no es la llamada a pronunciarse en torno a los temas laborales que presuntamente surgieron entre la empresa McKee Intercontinental S.A. y el accionante. De otro lado, consideró que la acción de tutela no es procedente, en la medida que el actor tiene otro medio de defensa ante la jurisdicción laboral[24].

- El representante legal de Transportes San Silvestre S.A., también se mantuvo en la información que dio al momento de responder la tutela en la primera instancia, esto es, que el señor Correa Herrera prestó sus servicios a la empresa en los períodos informados por Colpensiones.

Con relación a las planillas de pago de salarios a conductores entre enero de 1986 a septiembre de 1987 no era posible enviarlas, en razón a la “conflagración que sufrió en agosto de 1988 la Estación de Servicios que funcionaba en Transportes San Silvestre S.A. (...) ocasionando la pérdida total de los archivos contables y general que se llevaban, así como de algunas instalaciones donde funcionaba en ese entonces la sede administrativa”[25].

- La Cámara de Comercio de Barrancabermeja envió copia del certificado de existencia y representación legal de Transportes San Silvestre S.A., cuya matrícula inicial es del 3 de mayo de 1973. El objeto social es la organización y explotación de la industria del transporte terrestre automotor urbano, interveredal, mixto, intermunicipal e interdepartamental, nacional e internacional[26].

- La Cámara de Comercio de Bogotá remitió copia del certificado de existencia y representación legal de McKee Intercontinental S.A. El 14 de junio de 1967 se protocolizaron copias auténticas de la fundación de la sociedad Mckee Panamá (escritura pública 2355 de la Notaría 10 de Bogotá del 5 de junio de 1967). El 5 de octubre de 1970 cambia su nombre por el de McKee Intercontinental S.A.. Por escritura pública 517 del 27 de febrero de 1986

de la Notaría 18 de Bogotá se protocolizó el documento por el cual se decretó la clausura de operaciones de la sucursal en Colombia, declarándose en proceso liquidatorio. El objeto social era la construcción de la planta de parafina en Barrancabermeja[27].

- El Subdirector Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que esa cartera no tiene información sobre la empresa McKee Intercontinental S.A., ni de las vinculaciones jurídicas con Ecopetrol[28].

- La Secretaria General de la Alcaldía de Barrancabermeja indicó que en el archivo del municipio no se evidencia información sobre la inscripción o existencia de la empresa McKee Intercontinental S.A.[29].

- El Secretario de la Personería Municipal de Barrancabermeja también negó tener información sobre la existencia de la compañía McKee Intercontinental S.A.[30].

- La Superintendencia de Sociedades indicó que entre los años 1969 a 1971 la sociedad McKee Intercontinental no se hallaba inscrita en esa entidad, lo cual puede obedecer a que esa empresa se constituyó a partir de 1972, según sus registros[31].

- El Director de Acciones Constitucionales de Colpensiones remitió copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones a nombre del actor, actualizado al 28 de mayo de 2018. En el citado documento se observa que cotizó en total 1048 semanas[32].

- El Subgerente Científico del Hospital Regional del Magdalena Medio (antes Hospital San Rafael), expresó que no se encontró archivo clínico del accionante entre los años 1969 a 1971 y 1986 a 1987[33].

- La Asesora Jurídica de la Clínica La Magdalena S.A.S. de Barrancabermeja señaló que la misma se constituyó en persona jurídica a partir de junio de 1988, por lo tanto, para los años 1969 a 1971 y 1986 a 1987 no existía como tal[34].

- El Asesor Jurídico de la Clínica San José S.A.S. de Barrancabermeja informó que la entidad nació a la vida jurídica como institución prestadora de salud en el año 1995, por tanto, para los años 1969 a 1971 y 1986 a 1987 no prestó servicios[35].

- La Directora Territorial Santander del Ministerio de Transporte expuso que en los archivos

de la entidad no se encuentra registro de conductores que prestaran servicios a las empresas de transportes[36].

- El Director de la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja indicó que para los años 1986 y 1987 no existía la obligación de las empresas transportadoras de reportar a los organismos de tránsito y transporte el registro de los conductores. Solo a partir de 1993 (Ley 105, Decretos 1558 de 1998, 170 de 2001 y la Ley 336 de 1996) surge el deber de “formular programas de seguimiento y control a las infracciones de tránsito de los conductores”. Y en 2014 (Decreto 1047) se establece el registro de conductores de servicio público individual que deberá ser alimentado por las empresas de transporte habilitadas[37].

- La DIAN aseveró que no tiene información exógena entre enero de 1986 y septiembre de 1987 para establecer si el accionante laboró con la empresa San Silvestre S.A. en esa época. Lo anterior, porque el sistema Muisca modernizó la gestión tributaria a partir de 2005[38].

- El Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bucaramanga envió el acta del testimonio vertido por el señor Gumersindo Correa Herrera[39]. Allí sostuvo que, a pesar de haber tenido relación laboral con la entidad McKee Intercontinental S.A., no cuenta con el contrato de trabajo y, sobre el tiempo de servicio de los años 1969 a 1971, solo posee una fotocopia, no tiene originales de documentos. Así mismo, refirió que tampoco conserva certificaciones sobre el tiempo laborado para la empresa San Silvestre S.A., puesto que cuando fue a solicitarlos, le informaron que “esa papelería se había acabado”.

Sobre la relación de McKee Intercontinental S.A. y Ecopetrol indicó que “tenía contratos con ellos, planta de parafina, planta de poliéster, calderas, pirlex, montajes de plantas de gasolina, alineaciones de bomba dentro del complejo industrial y montajes de turbinas de ventiladores de enfriamiento; en eso trabajé yo; es decir, que era una contratista de Ecopetrol”.

De otro lado, sostuvo que es una persona que no tiene un salario fijo, paga arriendo en el municipio de Piedecuesta (Santander) y vela por el sostenimiento de su cónyuge (59 años de edad) y un hijo (33 años) que está estudiando, puesto que fue retirado de la entidad donde laboraba (Policía Nacional).

- La Alcaldía de Barrancabermeja indicó que en el archivo de esa entidad no se encontró inscripción de la empresa McKee International S.A.[40].

- Finalmente, un empleado de la Secretaría de esta Corporación informó que no fue posible entregar las notificaciones a la sociedad McKee Intercontinental, porque en la dirección anotada indicaron que “la empresa nunca ha existido en esta ubicación”[41].

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

19. Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso

20. El accionante interpuso acción de tutela contra Colpensiones al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad, a la favorabilidad y a la dignidad humana, porque se le negó la pensión de vejez argumentando que no cumplía con el requisito relacionado con la densidad de semanas cotizadas. Adujo, que con el período no cotizado por la empresa McKee Intercontinental S.A. ajustaba el número de semanas necesario para acceder a la pensión.

En esos términos, solicitó se declarara la nulidad de las resoluciones que le negaron la pensión de vejez y se ordenara a Colpensiones que reconociera la prestación.

Problema jurídico

21. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones de instancia, corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar, en primer lugar, si la presente acción de tutela es el mecanismo procedente para analizar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. De encontrarse satisfechos los requisitos de procedibilidad, se deberá establecer ¿si Colpensiones vulnera los derechos fundamentales de la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad, favorabilidad y

dignidad humana (arts. 1º, 13, 46, 48 y 53 C. Pol.) del actor por no reconocerle la pensión de vejez, bajo el argumento de que no cumplía con el requisito de semanas cotizadas y no tener en cuenta el tiempo que aduce laboró en la empresa McKee Intercontinental S.A?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte examinará los siguientes temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para reconocimiento de pensiones. De cumplirse con dichas exigencias, se continuará con: (ii) la pensión de vejez; (iii) la mora en el pago de los aportes pensionales; y (iv) el análisis del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela para reconocimiento de pensiones

22. La acción de tutela como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las entidades públicas y los particulares, en algunos casos, fue instituida por primera vez en el artículo 86 de la Constitución de 1991.

Por regla general, la tutela no procede para acceder al reconocimiento y pago de prestaciones pensionales en tanto se trata de acreencias laborales, para las cuales existe otro medio de defensa judicial que debe ser utilizado de manera previa a esta acción[42]. Empero, cuando se pretende garantizar derechos fundamentales constitucionales que requieren de protección urgente, la regla puede variar. Ello, porque el trámite de un proceso ordinario puede ser una carga desproporcionada para la persona de especial protección constitucional o que, por otras razones, se encuentra expuesto a un perjuicio irremediable[43].

En ese sentido, la acción de tutela procederá bajo las siguientes condiciones: “(i)(...) como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[44]; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia[45]. Además, (iii) 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[46], el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”[47].

El perjuicio irremediable, según la jurisprudencia constitucional, se establece a partir de tres criterios: inminencia, gravedad y urgencia e impostergabilidad. El primero se refiere a la proximidad del suceso; el segundo, que el agravio se presente respecto de un bien “altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica”[48]; y, el tercero, que la situación demande medidas urgentes y oportunas para superar la adversidad.

Sostiene igualmente, que los medios judiciales ordinarios deben analizarse de cara a las características del caso concreto a fin de establecer la idoneidad de los mismos. Por lo tanto, el funcionario constitucional debe determinar la composición del núcleo familiar del actor, su situación económica, el grado de escolaridad, la edad, el estado de salud y el conocimiento que tenga sobre la forma de hacer efectivos sus derechos, así como el tiempo que lleva esperando por este[49].

De otro lado, ha sostenido que cuando se trata de personas de la tercera edad, la acción de tutela es el mecanismo ideal para defender sus derechos, puesto “que no resulta proporcional someterlos a un proceso ordinario cuya decisión se difiere en el tiempo y, por tanto, sería prolongar la incertidumbre acerca del derecho fundamental que se busca proteger, tornándose el recurso de amparo en ese evento como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz”[50].

23. En los casos donde se ventilan acciones de tutela contra las resoluciones de los fondos de pensiones, debe demostrarse que el actor actuó con “un grado mínimo de diligencia” al momento de buscar la protección del derecho y que el mínimo vital se haya afectado como consecuencia de la negativa de la entidad a otorgar la prestación. Además, en el análisis del fondo del asunto, debe estar probada la existencia y titularidad del derecho reclamado[51].

24. En conclusión, la acción de tutela no es procedente para reclamar pensiones, salvo que el accionante sea una persona de especial protección constitucional en cuyo caso el análisis de procedibilidad es menos estricto.

Pensión de vejez

25. El Sistema de Seguridad Social Integral fue establecido en la Ley 100 de 1993 con la

finalidad de garantizar a la población, el amparo contra posibles eventos derivados de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones pensionales[52].

La pensión de vejez se ha definido como “una prestación económica producto del ahorro forzoso que tiene como objeto mantener las condiciones de vida de quienes han cotizado al sistema pensional durante toda su vida laboral”[53]. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que como la pensión de vejez o jubilación se estableció con el fin de proteger a las personas de la tercera edad y, además, tiene relación con la seguridad social, la vida y la dignidad, se trata de un derecho de carácter fundamental[54].

26. El Libro Primero de la Ley 100 de 1993, contentivo del Sistema General de Pensiones, consagra dos regímenes: (i) el Solidario de Prima Media con Prestación Definida y (ii) el de Ahorro Individual con Solidaridad. El artículo 33 establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, así:

(i) Haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre. Empero, a partir del 1º de enero de 2014, la edad se incrementó a 57 años de edad para la mujer y 62 para el hombre.

(ii) Haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. Empero a partir del 1º de enero de 2005 se incrementó en 50 semanas y, a partir, del 1º de enero de 2006 en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

27. No obstante, como a la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social existían personas con expectativas de obtener su pensión, bajo sistemas anteriores, el artículo 36 se estableció un régimen de transición, según el cual: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

Entre los sistemas anteriores a la Ley de 1993 se encuentra el regulado por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, cuyos requisitos son los siguientes:

(i) Tener 60 años o más de edad si es varón o 55 si es mujer.

(ii) Haber cotizado mínimo 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al momento de cumplir la edad mínima, o haber acreditado 1000 semanas en cualquier tiempo.

Ahora bien, esta prerrogativa no es absoluta, pues a través del Acto Legislativo 01 de 2005 se reformó el artículo 48 Superior[55], imponiendo un término máximo de duración al régimen de transición, esto es, hasta el 31 de julio de 2010. Por lo tanto, las personas que no lograron acreditar antes de esta fecha, los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, perdieron cualquier posibilidad de pensionarse bajo el régimen de transición, por lo que solo podrían adquirir su derecho de acuerdo con los lineamientos de la Ley 100 de 1993.

No obstante, las personas que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio), tenían al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, no pierden el régimen de transición el 31 de julio de 2010, toda vez que el mismo se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014[56].

Entonces, la vigencia de la transición pensional está sujeta a que el beneficiario acredite al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a 25 de julio de 2005 y cumpla con los requisitos de pensión del régimen al cual se encontraban afiliados antes del 31 de diciembre de 2014.

28. En síntesis, la pensión de vejez puede adquirirse cumpliendo los requisitos del Sistema de Seguridad Social en Pensiones o, de ser beneficiario del régimen de transición, bajo las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 como el Acuerdo 049 de 1990, atendiendo las características descritas. Además, por ser la pensión de vejez un derecho fundamental es susceptible de ser garantizado a través de la acción de tutela.

Mora en el pago de los aportes pensionales

29. En torno a la obligatoriedad del pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4º de la Ley 797 de 2003, establece:

“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”. (Negrilla fuera del texto original).

Asimismo, el artículo 22[57] de la aquella legislación dispone que el empleador será el responsable del pago de su aporte y el del trabajador, y “responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”. Igualmente, los artículos 23 y 53 determinan que el incumplimiento de las obligaciones por el empleador, acarrea sanciones de tipo pecuniario.

Ahora, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la omisión del empleador en el pago de los aportes para seguridad social no impide el reconocimiento de la pensión de la persona que ha completado los requisitos legales para acceder a la misma. En efecto en sentencia T-398 de 2013 se indicó: “la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta 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”.

Por su parte, la sentencia T-079 de 2016 consideró “consolidada” la línea jurisprudencial con relación a la imposibilidad de transmitir a los trabajadores las consecuencias negativas de la tardanza del empleador y el abandono de los fondos de pensión para el cobro de los aportes. “Tal regla ha sido estructurada considerando que el sistema de pensiones opera sobre la base de una relación tripartita, a cuyas partes -trabajador, empleador y administradoras de pensiones- les fueron atribuidas responsabilidades concretas”.

De igual manera, la ley 100 de 1993 en sus artículos 53 y 57, atribuye a las administradoras del régimen de prima media con prestación definida las siguientes facultades: “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, y e) 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”. Así como la facultad de adelantar procesos de cobro coactivo.

El procedimiento para constituir en mora al empleador se encuentra reglamentado en el Decreto 2633 de 1994[58], donde se especifica que transcurrido el plazo para la consignación de los aportes, sin que los mismos se hayan efectuado, corresponde a la respectiva administradora de pensiones constituir en mora al empleador, requiriéndolo para que efectúe el pago. Si el empleador no se pronuncia al respecto dentro de los 15 días siguientes, la entidad deberá liquidar la obligación, la cual prestará mérito ejecutivo.

Por su parte, en la sentencia T-321 de 2016, se insistió en que “cuando el empleador no efectúe el pago de las cotizaciones al Sistema General en Pensiones de sus trabajadores, corresponde a los fondos de pensiones iniciar el respectivo cobro coactivo por las cotizaciones insolutas, sin que pueda negarse el reconocimiento de los derechos pensionales reclamados por mora en el pago”.

Recientemente, en sentencia T-241 de 2017 se conservó esa posición, al advertir que “la mora patronal no constituye un argumento válido que permita a un fondo de pensiones fundamentar la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez de un afiliado”. Y en la T-327 del mismo año, se concluyó, que esta Corporación, de manera uniforme, ha establecido que “la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el pleno reconocimiento de sus derechos laborales”.

30. Por consiguiente, en observancia de los deberes que le corresponde asumir tanto al empleador, como a la administradora de pensiones, no es constitucionalmente válido que se trasladen a los afiliados del Sistema General de Pensiones las responsabilidades del empleador y del fondo de pensiones.

En suma, la obligación de realizar los aportes para las pensiones de los trabajadores está en cabeza del empleador. Su omisión no puede generar la negativa de la prestación, toda vez que las administradoras de fondos deben ejercer su poder para el cobro de las mismas.

Análisis del caso concreto.

Presentación del caso

31. En esta oportunidad, la Sala debe pronunciarse en torno al amparo invocado por el señor Gumersindo Correa Herrera contra Colpensiones, al considerar que, con la negativa de la pensión de vejez, le ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Por su parte, Colpensiones negó la vulneración de los derechos del actor, puesto que ha respondido todas las solicitudes y le ha señalado que si bien es beneficiario del régimen de transición no cumple con los requisitos de tener 500 semanas cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni las 1000 en cualquier tiempo, para acceder a la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990. Como tampoco los cumple con el actual sistema contenido en la Ley 797 de 2003. Así mismo, consideró que la acción de tutela era improcedente, porque existía otro medio de defensa judicial y no advertía el perjuicio irremediable.

La empresa Ecopetrol S.A. fue vinculada a la acción. En respuesta a la tutela solicitó se le desvinculara por no estar legitimada por pasiva, ya que no ha ejecutado acción u omisión alguna que afecte los derechos del accionante. De otro lado, aclaró que la compañía McKee Intercontinental “no ha tenido ninguna relación comercial con Ecopetrol S.A.”, como tampoco existen registros de vinculación laboral directa o indirectamente del señor Gumersindo Correa Herrera[59].

A pesar de que se ordenó vincular a la sociedad McKee Intercontinental S.A., no fue posible

obtener sus explicaciones sobre los hechos, toda vez que no existe desde 1986.

En las dos instancias, los jueces negaron el amparo porque el accionante no demostró que efectivamente hubiese laborado para la empresa McKee Intercontinental en el período que reclama. Además, la segunda instancia, señaló que el accionante tenía otro mecanismo de defensa a su disposición.

En este orden, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la acción y si es posible o no amparar los derechos fundamentales invocados por el actor en el escrito de tutela.

Procedibilidad formal de la acción de tutela

32. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la tutela no procede cuando se trata de proteger derechos sociales, especialmente pensiones, puesto que son asuntos de carácter legal. Sin embargo, excepcionalmente se ha admitido su procedencia en aquellos casos donde los medios de defensa no resultan eficaces para protegerlos[60]. Por ejemplo, en los eventos donde el actor se encuentra en situación de debilidad manifiesta o se trata de una persona de la tercera edad, pues no es constitucionalmente válido someterlas a un proceso ante la jurisdicción ordinaria[61].

33. Legitimación por activa. De acuerdo con los artículos 86 Superior y el 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, la acción de tutela se puede interponer directamente por quienes consideren que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o los particulares en determinados casos. En este evento, se encuentra establecido que son los derechos fundamentales del señor Gumersindo Correa Herrera los que presuntamente fueron quebrantados, por tanto, se hallaba legitimado para actuar.

34. Legitimación por pasiva. El artículo 5º del Decreto Ley 2591 de 1991 señala que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales de los accionantes[62]. En el caso objeto de estudio, Colpensiones es una entidad de naturaleza pública que al parecer ha vulnerado los derechos del accionante, por tanto, está legitimada para ser demandada en esta acción de tutela.

35. Principio de inmediatez. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la tutela debe ser incoada dentro de un plazo razonable con relación a la ocurrencia de la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Este requisito también se observa en el asunto que se analiza.

En este punto es importante tener en cuenta que al estar relacionado el amparo con una prestación periódica, como es el caso de las mesadas pensionales, la afectación a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital es de carácter continuo, por lo que la acción de tutela resulta procedente mientras persiste la vulneración[63].

En este caso, una vez se resolvieron los recursos ordinarios de reposición y apelación frente al acto administrativo que negó la pensión (25 de octubre de 2017), a los once (11) días, el señor Correa Herrera interpuso la tutela (7 de noviembre de 2017), término que resulta razonable.

36. Principio de subsidiariedad. De acuerdo con la prueba documental arrojada al expediente, el señor Gumersindo Correa Herrera es una persona de especial protección constitucional, ya que a la fecha tiene 71 años de edad[64] y, además, presenta afecciones en su salud como enfermedad aterosclerótica del corazón, hipertensión esencial (primaria), cardiomiopatía y deficiencia visual (presbicia), determinantes de una pérdida de capacidad laboral del 41.78%[65]. Esa situación, que no fue controvertida por las accionadas en este trámite, permite a la Sala flexibilizar el examen de subsidiariedad en la medida que, en principio, no resultaría proporcional y razonable remitirlo a la jurisdicción ordinaria, donde debe soportar la terminación de un proceso, cuando es un hecho notorio que estos juicios tienen una duración prolongada y, por lo mismo, no se garantiza la satisfacción del derecho de manera inmediata[66].

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el actor solicitó su pensión a la entidad administrativa el 13 de julio de 2017 y, una vez le fue negada, presentó los recursos ordinarios de reposición y apelación, los cuales se decidieron el 22 de septiembre (Res. SUB202340) y 25 de octubre de 2017 (Res. DIR18750) confirmando la primera resolución.

Así mismo, el mínimo vital del accionante se afecta como resultado de la negativa de la prestación pensional pues dada la dificultad para laborar le es difícil obtener los recursos para su subsistencia y la de su familia. En efecto, del escrito de tutela y el testimonio

vertido por el actor –en el trámite de revisión- se estableció que no posee casa propia, paga arriendo y vela por el mantenimiento de su cónyuge y un hijo mayor sin trabajo. Estas circunstancias no fueron objeto de controversia por la accionada y en ese sentido opera la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

En ese escenario, considera la Corte que en este evento es procedente, ab initio, estudiar la acción de tutela como mecanismo transitorio, puesto que se involucran derechos altamente considerables como la seguridad social y el mínimo vital, de los cuales depende no solo la dignidad sino la vida de una persona de especial protección constitucional y en condiciones difíciles para laborar y proveerse de los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia, requiriendo con urgencia la prestación para evitar un perjuicio irremediable.

Procedibilidad material de la acción de tutela

37. Superado el examen de procedibilidad formal, la Sala abordará el análisis material de la acción de tutela. En ese sentido, establecerá si se vulneraron los derechos fundamentales del accionante, dada la negativa de Colpensiones a otorgarle la prestación pensional reclamada, al no tener en cuenta el periodo laborado en McKee Intercontinental S.A. Así, se verificará si el señor Correa Herrera cumple los requisitos que permitan otorgarle la pensión conforme con el régimen de transición.

38. La pensión de vejez se concede a quienes acrediten las exigencias del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual, como se expuso en la parte dogmática de esta decisión, derogó los sistemas anteriores. No obstante, en dicha legislación se instituyó el régimen de transición para aquellos que al momento de entrar a regir la mencionada ley reunieran uno de los dos requisitos consagrados en el artículo 36, es decir, tener 35 años de edad o, más, si es mujer o 40 si es hombre, o tener 15 años o más de servicios cotizados.

En el caso concreto, se advierte que el señor Gumersindo Correa Herrera nació el 11 de enero de 1947, por tanto, al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, tenía 47 años y, en consecuencia, es beneficiario del régimen de transición.

39. En ese orden, el régimen aplicable al accionante es el que antecedió a la Ley 100 de

1993, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, siempre que cumpla las exigencias del artículo 12:

“Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

El señor Correa Herrera cumplió los 60 años de edad el 11 de enero de 2007, por tanto, para acceder a la pensión se requiere que hubiera cotizado 500 semanas entre el 11 de enero de 1987 y aquella fecha. Sin embargo, revisada la historia laboral emitida por Colpensiones solo cotizó 493 semanas en ese periodo, es decir, que no cumple con esa exigencia, puesto que en ese lapso de los 20 años tuvo varias interrupciones y no cotizó (11 de enero al 30 de agosto de 1987 y 8 de febrero de 1992 al 30 de septiembre de 2001).

40. En torno a la segunda opción, que hubiere cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la transición al determinar que el mismo no podía extenderse después del 31 de julio de 2010, salvo para aquellos trabajadores de ese régimen que, además, tuvieran cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios al momento de entrar a regir el citado Acto Legislativo, a los cuales se les mantiene el sistema hasta el 2014. Pues bien, en este caso, según la prueba reseñada anteriormente, al 31 de julio de 2010, el accionante tenía 734 semanas cotizadas. Empero, a estas debe sumarse el tiempo que aparece certificado y que no fue pagado por McKee Intercontinental S.A., esto es, el período del 13 de noviembre de 1969 al 30 de septiembre de 1970, que equivale a 42,9 semanas, para un total de 776,9[67]. Ello significa que al señor Correa Herrera se le mantiene el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

El accionante cotizó hasta el 31 de julio de 2012 cuando completó 1048 semanas, lo cual le permite acceder a la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en

tanto cotizó más de mil (1000) semanas en “cualquier tiempo” y, además, tenía 65 años de edad.

Así las cosas, debe reconocerse que Colpensiones vulnera los derechos fundamentales del accionante, al negar la pensión de vejez bajo el argumento que no cumplía el requisitos relacionado con la densidad de semanas para mantener el régimen de transición, a pesar de que (i) el actor en distintas oportunidades solicitó la corrección de su historia laboral[68]; y (ii) existe una certificación del Departamento de Relaciones Industriales de McKee Intercontinental en la cual se indica que el señor Correa Herrera también laboró entre el 13 de noviembre de 1969 y el 30 de septiembre de 1970, equivalente a 42,9 semanas, con lo cual no se desmontaría el beneficio transicional (Acuerdo 049 de 1990).

41. Respecto a ese documento, donde consta que el accionante laboró con la empresa McKee Intercontinental S.A. entre el 13 de noviembre de 1969 y el 16 de febrero de 1971, debe resaltar esta Corporación que si bien se trata de una fotocopia simple, su valor probatorio es el mismo del original, según los términos del artículo 246 del Código General del Proceso[69], máxime cuando no fue controvertido por la accionada ni por aquella sociedad que no pudo ser notificada dada su inexistencia actual. En ese orden, por el momento, se evidencia el derecho en cabeza del accionante[70].

En este orden de ideas, encuentra la Sala que el señor Correa Herrera cumple con el presupuesto de las semanas de cotización para ser acreedor al derecho pensional, estando exclusivamente en discusión a quién corresponde asumir las semanas necesarias que le otorgan el derecho al régimen transicional, aspecto de debe ser dilucidado ante la jurisdicción ordinaria.

Conforme con lo expuesto, la Sala concederá el amparo de manera transitoria, con el fin de (i) precaver el perjuicio irremediable que se cierne sobre el actor y (ii) acuda a la jurisdicción ordinaria laboral para que se dilucide la validez de la certificación aportada y la entidad que debe asumir el pago de las semanas no cotizadas, ya sea la sociedad McKee Intercontinental (de acuerdo con la certificación expedida por esa empresa donde se consigna que el señor Correa Herrera laboró entre del 13 de noviembre de 1969 al 16 de febrero de 1971 [71]) o Transportes San Silvestre S.A. (por el supuesto periodo laborado desde enero de 1986 a septiembre de 1987), pues se precisa de un completo debate

judicial, donde se reconozca a las partes todas las garantías constitucionales y legales y le permita al juez, a través del material probatorio recaudado, adquirir certeza sobre el fundamento fáctico y emitir la decisión que en derecho corresponda.

42. Finalmente, como, en este trámite, no se demostró que la empresa McKee Intercontinental S.A., hubiese sido sustituida por Ecopetrol, no puede ordenársele el pago de las semanas dejadas de cotizar. En efecto, a pesar de que el actor en el escrito de tutela insinuó una posible sustitución patronal, posteriormente, en el testimonio entregado al Juzgado 8 de Familia de Bucaramanga, explicó que la primera era una contratista de la segunda, lo cual no determina la sustitución patronal. Aunado a ello, la petrolera en cita, al responder la tutela, informó que no tenía relación alguna con McKee Intercontinental. Motivo por el cual habrá de ser el juez ordinario, quien luego de impulsar el respectivo proceso, establecerá la entidad encargada de reconocer y pagar las semanas no canceladas. De igual manera, tampoco se estableció que la sociedad Transportes San Silvestre S.A. estuviera obligada a cancelar otros períodos adicionales a los que refleja la historia laboral.

Decisiones a adoptar

43. Con fundamento en lo expuesto, la Sala revocará las decisiones de primera y segunda instancia emitidas por el Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga (Santander) y la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que negaron la tutela y, en su lugar, se concederá, de manera transitoria, el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, a la igualdad y dignidad humana del accionante. Al señor Gumersindo Correa Herrera se le otorgará un término de cuatro (4) meses para formular la respectiva demanda laboral, de lo contrario esta decisión quedará sin efectos[72].

En segundo lugar, se ordenará a Colpensiones que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice todas las acciones necesarias encaminadas a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Gumersindo Correa Herrera, incluyendo el retroactivo a que haya lugar.

Conclusión

44. En esta sentencia se examinó la acción de tutela interpuesta por el señor Gumersindo Correa Herrera que solicitó la pensión de vejez a Colpensiones, pero se resolvió de manera negativa, porque no cumplía con el número mínimo de semanas cotizadas, cuando tenía a su favor otro tiempo de servicio laborado para las empresas Transportes San Silvestre S.A. y McKee Intercontinental S.A.

45. Como problema jurídico se estableció ¿Colpensiones vulnera los derechos fundamentales de la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad, favorabilidad y dignidad humana (arts. 1º, 11, 46 y 48 C.P.) del actor por no reconocerle la pensión de vejez, bajo el argumento de que no cumplía con el requisito de semanas cotizadas y no contabilizar las semanas dejadas de cotizar por la sociedad McKee Intercontinental S.A.?

46. Para resolver el debate planteado se hizo un reconocimiento sobre la normatividad de la pensión de vejez y la mora en el pago de los aportes pensionales. En ese sentido, se consideró oportuno analizar de fondo la tutela.

47. Se halló que la accionada vulneró los derechos fundamentales del actor, puesto que la pensión de vejez estuvo mal denegada, en tanto el accionante, con la certificación aportada a la tutela, cumple con los requisitos para acceder a la misma.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias del 17 de enero de 2018 emitida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en segunda instancia, y la del 11 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga (Santander) en primera instancia, a través de las cuales se negó la acción invocada por el señor Gumersindo Correa Herrera. En su lugar, CONCEDER el amparo, de manera transitoria, respecto de los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, a la igualdad y dignidad humana del accionante, hasta que el juez ordinario laboral se pronuncie en forma

definitiva respecto al reconocimiento de este derecho. Para tal efecto, el señor Gumersindo Correa Herrera contará con un término de cuatro (4) meses desde la notificación de este fallo, para formular la demanda laboral ya que de lo contrario, esta decisión quedará sin efectos[73].

Segundo. ORDENAR a Colpensiones que, dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a realizar las acciones necesarias tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Gumersindo Correa Herrera, incluyendo el valor retroactivo a que haya lugar, conforme con los lineamientos expuestos en esta providencia.

Tercero. Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-352/18

Referencia: Expediente T – 6.700.575

Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Octava de Revisión de Tutelas, suscribo el presente salvamento de voto en relación con la sentencia adoptada en el asunto de la referencia. Mediante esta sentencia se concedió, de manera transitoria, el amparo solicitado por el accionante y, en consecuencia, se ordenó a Colpensiones que “proceda a realizar las acciones necesarias tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez (...) incluyendo el retroactivo a que haya lugar”. En mi criterio, dicha sentencia ha debido declarar improcedente la acción de tutela sub examine.

La improcedencia en este caso resulta evidente habida cuenta de que Colpensiones carece de legitimación en la causa por pasiva. Desde la vigencia de la Ley 90 de 1946, la obligación de afiliar a los trabajadores al sistema pensional es exclusiva del empleador, que no de Colpensiones. Así las cosas, resulta claro que son los accionistas de la extinta empresa McKee Intercontinental S.A., ex empleadora del accionante, quienes deben responder por no haberlo afiliado oportunamente y, por lo tanto, están legitimados en la causa por pasiva en el presente caso. En tales términos, dicha obligación no está a cargo ni le resulta exigible a Colpensiones, como erróneamente lo entendió la mayoría de la Sala en la sentencia de la cual me aparto.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Auto 075/19

Referencia: Solicitud de nulidad de la sentencia T-352 de 2018. Expediente: T-6.700.575

Acción de tutela instaurada por el señor Gumersindo Correa Herrera contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, Ecopetrol, Mckee Intercontinental S.A. y Transportes San Silvestre S.A.

Solicitante: Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, resuelve la solicitud de nulidad presentada por el Director de Acciones Constitucionales asignado en funciones de Jefe de Oficina Asesora de Asuntos Legales de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, contra la sentencia T-352 de 2018, con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

Hechos que dieron lugar a la sentencia T-352 de 2018

1. El señor Gumersindo Correa Herrera interpuso acción de tutela contra Colpensiones, invocando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad, a la favorabilidad y a la dignidad humana, debido a que a través de la Resolución SUB 159167 de 2017, dicha entidad le negó la pensión de vejez al considerar que no cumplía con el mínimo de semanas cotizadas exigidas por la ley. La solicitud de amparo contó con el siguiente acontecer fáctico.
2. Manifestó tener 71 años de edad y una pérdida de capacidad laboral del 41.78% que le impide obtener su sustento diario. De otro lado, indicó que entre el 1º de octubre de 1970 y el 31 de enero de 2012 cotizó al “Seguro Social” un total de 1.048 semanas.
3. Afirmó que solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral, en relación con el tiempo servido a las empresas Transportes San Silvestre S.A. y McKee Intercontinental S.A.. No obstante, respecto de la primera, se le informó que no existían registros de pago

por el período reclamado (enero de 1986 a septiembre de 1987). En cuanto a la segunda, se señaló que solo realizaron aportes entre el 1 de octubre de 1970 y el 17 de febrero de 1971, más no entre agosto de 1969 a septiembre de 1970 y marzo a junio de 1971.

4. Expuso que, a pesar de no haberse accedido a la corrección de su historia laboral, solicitó a Colpensiones la pensión de vejez, entidad que a través de la Resolución SUB 159167 del 16 de agosto de 2017, le negó el derecho por no reunir el mínimo de semanas cotizadas. En contra de esta decisión interpuso los recursos de reposición y apelación.

5. La reposición fue decidida de manera negativa, mediante Resolución SUB 202340 del 22 de septiembre de 2017, en la cual se le indicó que, si bien contaba con 1048 semanas cotizadas y era beneficiario del régimen de transición, no reunía los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 797 de 2003.

6. Mediante Resolución DIR 18750 del 25 de octubre de 2017, se decidió el recurso de apelación, confirmando las anteriores resoluciones. Allí se le indicó que en la base de datos no se evidenciaba otros períodos cotizados diferentes a los reflejados en la historia laboral. Igualmente, mediante escrito del día siguiente (26 de octubre) se le respondió la misma situación y, además, que “las certificaciones laborales entregadas por usted no constituyen documentos probatorios de que dicho empleador hubiera realizado pagos para pensión a su nombre, por lo tanto, no es válido para acreditar estos periodos en su historia laboral”.

7. En orden a lo expuesto, el señor Correa Herrera interpuso acción de tutela con el fin de que se declararan nulas de las Resoluciones que negaron la pensión de vejez y se ordenara a Colpensiones el reconocimiento y pago de la misma. Indicó que con el período no cotizado por la sociedad McKee Intercontinental S.A., completaba el total de semanas requeridas para su pensión. La acción de tutela se acompañó de una certificación (copia simple) al parecer expedida por la oficina de Relaciones Industriales de McKee Intercontinental S.A., en la que se afirma que prestó los servicios a la compañía “desde noviembre 13/69 hasta febrero 17/71”, es decir, por un período adicional de 11 meses al certificado por Colpensiones.

8. El Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2017 negó el amparo invocado, no obstante, ordenó a Colpensiones que asesorara al actor en orden a obtener la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Concluyó que no

era posible establecer que el actor efectivamente hubiese laborado para la empresa McKee Intercontinental y que esta cotizara para el mismo.

9. La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga-, en sentencia del 17 de enero de 2018, confirmó la decisión de primera instancia. La providencia resaltó que el actor no demostró los requisitos de procedencia, en la medida que tiene otro mecanismo de defensa y no se acreditó la razón por la cual este sería ineficaz.

La sentencia T-352 de 2018

10. La Sala Octava de Revisión procedió a determinar, en primer lugar, si la presente acción de tutela era procedente para analizar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. Posteriormente entró a establecer si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales del actor a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, a la igualdad y dignidad humana, por no reconocerle la pensión de vejez, bajo el argumento de que no cumplía con el requisito de semanas cotizadas y no tener en cuenta el tiempo que aduce laboró en la empresa McKee Intercontinental S.A..

11. En cuanto a la procedencia, se determinó que el señor Correa Herrera es una persona de especial protección constitucional, ya que a la fecha tiene 71 años de edad, con afecciones en su salud como enfermedad aterosclerótica del corazón, hipertensión esencial (primaria), cardiomiopatía y deficiencia visual (presbicia), determinantes de una pérdida de capacidad laboral del 41.78%.

Además se destacó que el actor elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 13 de julio de 2017 y, una vez le fue negada, presentó los recursos ordinarios de reposición y apelación, los cuales se decidieron el 22 de septiembre (Res. SUB202340) y 25 de octubre de 2017 (Res. DIR18750) confirmando la primera resolución.

Así mismo, se estableció que el mínimo vital del accionante se afectó como resultado de la negativa de la prestación pensional, dada su dificultad para laborar.

Bajo estos lineamientos se consideró procedente, ab initio, estudiar la acción de tutela como mecanismo transitorio, “puesto que se involucran derechos altamente considerables como la seguridad social y el mínimo vital, de los cuales depende no solo la dignidad sino la

vida de una persona de especial protección constitucional y en condiciones difíciles para laborar y proveerse de los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia, requiriendo con urgencia la prestación para evitar un perjuicio irremediable”.

12. Respecto al análisis material de la acción de tutela, en primer lugar se señaló que el actor era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[74], por tener más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la referida normatividad. Al respecto se dijo:

“En el caso concreto, se advierte que el señor Gumersindo Correa Herrera nació el 11 de enero de 1947, por tanto, al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, tenía 47 años y, en consecuencia, es beneficiario del régimen de transición.”

13. En consecuencia, la Sala de Revisión encontró que la normativa aplicable era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que en su artículo 12 establece los siguientes requisitos para la pensión de vejez: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer; y b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

14. Sobre el particular se estableció que el señor Correa Herrera cumplió los 60 años de edad el 11 de enero de 2007, por tanto, para acceder a la pensión se requiere que hubiera cotizado 500 semanas entre el 11 de enero de 1987 y aquella fecha. Sin embargo, revisada la historia laboral emitida por Colpensiones solo cotizó 493 semanas en ese periodo, por lo que no cumplía con esta exigencia.

15. En cuanto a la segunda opción (cotizar 1000 semanas en cualquier tiempo), se explicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la transición hasta el 31 julio de 2010, salvo para aquellos trabajadores que tuvieran cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios al momento de entrar en vigencia el citado Acto Legislativo (25 de julio de 2010), situación que mantiene el sistema transicional hasta el año 2014. En este sentido, se determinó que el accionante tenía 734 semanas cotizadas al 25 de julio de 2010[75], sin embargo, se debió sumar el tiempo que aparece certificado y que no fue pagado por McKee Intercontinental S.A., esto es, el período del 13 de noviembre de 1969 al 30 de septiembre

de 1970, que equivale a 42,9 semanas, para un total de 776,9[76]. Lo que significaría mantener el régimen de transición al señor Correa Herrera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En este contexto se explicó que el accionante cotizó hasta el 31 de julio de 2012 cuando completó 1048 semanas, lo cual le permitiría acceder a la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en tanto cotizó más de mil (1000) semanas en “cualquier tiempo” y contar con más 65 años de edad.

16. Por tanto, se consideró que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales del accionante, al negar la pensión de vejez bajo el argumento que no cumplía el requisitos relacionado con la cantidad de semanas requeridas para mantener el régimen de transición, a pesar de que (i) el actor en distintas oportunidades solicitó la corrección de su historia laboral; y (ii) existe una certificación del Departamento de Relaciones Industriales de McKee Intercontinental en la cual se indica que el señor Correa Herrera también laboró entre el 13 de noviembre de 1969 y el 30 de septiembre de 1970, equivalente a 42,9 semanas, con lo cual no se desmontaría el beneficio transicional (Acuerdo 049 de 1990).

17. En consecuencia, la Sala de Revisión concedió el amparo de manera transitoria, con el fin de (i) precaver el perjuicio irremediable que se cierne sobre el actor y (ii) acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se dilucide la validez de la certificación aportada y la entidad que debe asumir el pago de las semanas no cotizadas, ya sea la sociedad McKee Intercontinental (de acuerdo con la certificación expedida por esa empresa donde se consigna que el señor Correa Herrera laboró entre del 13 de noviembre de 1969 al 16 de febrero de 1971 [77]) o Transportes San Silvestre S.A. (por el supuesto periodo laborado desde enero de 1986 a septiembre de 1987), pues se precisa de un completo debate judicial, donde se reconozca a las partes todas las garantías constitucionales y legales y le permita al juez, a través del material probatorio recaudado, adquirir certeza sobre el fundamento fáctico y emitir la decisión que en derecho corresponda. En este sentido se resolvió:

Primero. REVOCAR las sentencias del 17 de enero de 2018 emitida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en segunda instancia, y la del 11 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado 8º de Familia de Bucaramanga (Santander) en primera

instancia, a través de las cuales se negó la acción invocada por el señor Gumersindo Correa Herrera. En su lugar, CONCEDER el amparo, de manera transitoria, respecto de los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y móvil, a la igualdad y dignidad humana del accionante, hasta que el juez ordinario laboral se pronuncie en forma definitiva respecto al reconocimiento de este derecho. Para tal efecto, el señor Gumersindo Correa Herrera contará con un término de cuatro (4) meses desde la notificación de este fallo, para formular la demanda laboral ya que de lo contrario, esta decisión quedará sin efectos[78].

Segundo. ORDENAR a Colpensiones que, dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a realizar las acciones necesarias tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Gumersindo Correa Herrera, incluyendo el valor retroactivo a que haya lugar, conforme con los lineamientos expuestos en esta providencia.

II. SOLICITUD DE NULIDAD

1. Explica que el accionante a fin de obtener el tiempo de cotización requerido, solicitó corrección de su historia laboral, en la medida que no reportaban algunas semanas de cotización con los empleadores Transportes San Silvestre S.A. y Mckee Intercontinental S.A.. Destacó que en asuntos como el analizado es procedente la exigencia del denominado cálculo actuarial, el cual se origina, entre otros casos, por el incumplimiento de la obligación del empleador de reportar la novedad de ingreso de un nuevo trabajador a su empresa.

2. En este contexto señala que es necesario que el accionante inicie las acciones legales pertinentes que permitan disponer que el empleador efectúe el pago respectivo a través de la elaboración de un cálculo actuarial, siendo el empleador el llamado a suplir las cotizaciones que se echan de menos. Agrega que Colpensiones carece de legitimación en la causa por pasiva para asumir tal carga, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el empleador siempre ha sido el responsable de afiliar a los trabajadores al sistema pensional.

3. En orden a lo expuesto, considera que lo ordenado por la Corte Constitucional vulnera el debido proceso de Colpensiones, en tanto carece de legitimación en la causa por pasiva para asumir tal carga. Argumenta que incluso desde antes de la existencia de la Ley 100 de

1993, el empleador es el responsable de afiliar a los trabajadores al sistema pensional, por lo que son los accionistas de la extinta empresa McKee Intercontinental S.A., ex empleadora del accionante, quienes deben responder por no haberlo afiliado oportunamente y, por tanto, esa empresa está legitimada en la causa por pasiva para responder por el cálculo actuarial respectivo que subsane su falta.

4. De acuerdo a lo descrito afirma que hay una falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, pues se hace todo un análisis sobre la mora en el pago de los aportes durante la vigencia de la relación laboral e incluso se afirma que: “En este orden de ideas, encuentra la Sala que el señor Correa Herrera cumple con el presupuesto de las semanas de cotización para ser acreedor al derecho pensional, estando exclusivamente en discusión a quién corresponde asumir las semanas necesarias que le otorgan el derecho al régimen transicional, aspecto de debe ser dilucidado ante la jurisdicción ordinaria”. Para terminar ordenando a Colpensiones que asuma el pago de los aportes no realizados por el empleador.

5. Destaca que la Sala Octava de Revisión no tuvo en cuenta que desde la Ley 90 de 1946 la obligación de afiliar a los trabajadores al sistema de pensiones corresponde exclusivamente al empleador, quien a su vez es el único responsable de realizar los respectivos aportes a la seguridad social, por lo que resulta del todo extraño que tal obligación se desplace a esta administradora.

Alegaciones de las partes con ocasión del traslado de las solicitudes de nulidad

6. En aplicación del artículo 106 del Acuerdo 02 de 2015 se corrió traslado de la solicitud de nulidad a las partes mediante Auto del 23 de agosto de 2018. Al respecto se recibieron las respuestas que se relacionan a continuación.

7. Ecopetrol S.A. comenzó por señalar que no se encontraron registros de vinculación laboral, de manera directa o indirecta, con el señor Gumersindo Correa Herrera, por lo que no es la llamada a pronunciarse sobre aspectos que sobre el particular hubieren existido entre el actor y las empresas McKee Intercontinental SA y Transportes San Silvestre. A su vez reitera que esa sociedad no ha ejecutado acción ni omisión alguna que afecte los derechos fundamentales del accionante.

8. El señor Gumersindo Correa Herrera pide que no se acceda a la solicitud de nulidad. Expuso que Colpensiones a través de la presente solicitud de nulidad pretende llevar a una cuarta instancia el trámite constitucional, por lo que corresponde a la entidad accionada acatar la decisión adoptada por la Corte.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 49 del Decreto Ley 2067 de 1991, la Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para decidir los incidentes de nulidad que se promueven contra las sentencias proferidas por esta Corporación[79].

Procedencia excepcional de la nulidad de sentencias dictadas por la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia[80]

2. El artículo 243 superior determina que los fallos expedidos por la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, es decir, se encuentran amparados por el principio de seguridad jurídica[81]. En este sentido, el artículo 49 del Decreto ley 2067 de 1991[82] establece que, “contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso”.

3. Al respecto, la jurisprudencia constitucional de manera reiterada viene sosteniendo que las nulidades de los procesos adelantados por la Corte pueden invocarse antes de proferido el fallo, únicamente por violación al debido proceso[83]. Sin embargo, la interpretación armónica el mencionado artículo 49, implica que incluso después de proferido el fallo se pueden invocar nulidades imputables directamente al contenido de la decisión, ya sea a petición de parte o de manera oficiosa.

4. En este contexto la Corte ha sido enfática en precisar que: (i) esta clase de incidentes no implica per se la existencia de un recurso contra las providencias proferidas por esta Corporación; y (ii) su procedencia no constituye una regla general toda vez que la posibilidad de que prosperen está restringida a que esté demostrada la existencia de

situaciones jurídicas extraordinarias.

5. Dado el carácter excepcional de las nulidades, la Corte encuentra que existen condiciones necesarias para la procedencia extraordinaria de la nulidad contra sentencias, distinguiendo dos tipos de presupuestos, formales y materiales.

6. Respecto de los requisitos formales se ha afirmado que están orientados a comprobar las exigencias mínimas que deben existir para poder adelantar un análisis de fondo de la solicitud de nulidad, y ante la carencia de alguno de ellos la solicitud se torna improcedente[84]. Entre estos se identifican los siguientes:

(i) Temporalidad: la solicitud de nulidad debe ser invocada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia, una vez vencido dicho término, se entienden saneados los vicios que hubieran dado lugar a la declaratoria de la misma[85].

(ii) Legitimación en la causa por activa: En relación con las sentencias de tutelas, puede ser presentado por las partes o quienes hayan participado en el trámite[86], así como por un tercero afectado con las órdenes proferidas[87].

(iii) Deber de argumentación: quien pretenda la nulidad de una sentencia de la Corte debe cumplir previamente con una “exigente carga argumentativa”, en el sentido de demostrar con base en “fundamentos claros, ciertos, serios y coherentes la causal de nulidad invocada, la incidencia en la decisión adoptada y la evidente violación del debido proceso”[88]. No son de recibo razones o interpretaciones que obedezcan al disgusto o inconformismo del solicitante por la sentencia proferida[89].

En el Auto 342 de 2018 esta Corporación señaló, sobre la carga argumentativa de la solicitud de nulidad, que debe ser: i) clara, es decir, debe presentar una exposición lógica de las razones por las cuales cuestiona la providencia; ii) expresa, esto es, que se funde en contenidos objetivos y ciertos de la providencia cuestionada, mas no en interpretaciones subjetivas de la decisión o de la jurisprudencia constitucional; iii) precisa, pues los cuestionamientos que se hagan a la sentencia deben ser concretos y no simples juicios generales e indeterminados acerca de la presunta irregularidad de la providencia; iv) pertinente, lo cual significa que los argumentos deben referirse a una presunta vulneración grave al debido proceso y no a reabrir el debate jurídico o probatorio concluido; y iv)

suficiente, en tanto debe aportar los elementos necesarios que permitan evidenciar la existencia de una presunta irregularidad violatoria del debido proceso[90].

7. Se reitera que estos presupuestos formales de procedencia excepcional de la nulidad contra los fallos de tutela deben cumplirse de manera concurrente, por lo que de faltar uno de ellos la Sala Plena estaría relevada de entrar a examinar los presupuestos materiales invocados por el solicitante[91].

8. En cuanto a los requisitos materiales, la jurisprudencia constitucional ha determinado las situaciones que pueden dar lugar a la declaración de nulidad, al constituir una vulneración del debido proceso “ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos”[92], a saber:

(i) Una decisión es aprobada sin contar con la votación favorable de las mayorías previstas en la ley o en el reglamento de la Corte Constitucional (Decretos 2067 y 2591 de 1991, Acuerdo 02 de 2015 y Ley 270 de 1996).

(ii) En la parte resolutive de la sentencia de tutela se profieren órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso, a partir de lo cual no pudieron ejercer su derecho de defensa.

(iii) Existe incongruencia entre la parte motiva de la sentencia y la parte resolutive de la misma, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada. Así como en los casos donde el fallo se contradice abiertamente, siempre que ello tenga incidencia sobre la decisión.

(iv) De manera arbitraria se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión. No obstante, la jurisprudencia ha establecido que en sede de revisión la Corte no está en la obligación de agotar todos los puntos planteados por la solicitud de tutela[93], por lo que cuando una sentencia no estudia un aspecto de una pretensión de la demanda, no constituye una vulneración del derecho al debido proceso que lleve a generar la nulidad de la sentencia.

(v) La sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada

constitucional.

9. En suma, la declaratoria de nulidad de una sentencia proferida por la Corte Constitucional solo tiene vocación de prosperar si se acreditan todos los requisitos formales y se demuestra la ocurrencia de una situación que dé lugar a la afectación grave del debido proceso, como los ejemplos de causales sustanciales a los que se ha hecho alusión. De no ser así, la naturaleza excepcional de esta clase de incidentes obliga a denegar la nulidad.

La elusión de análisis de asuntos de relevancia constitucional

10. La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa[94] al señalar que en el proceso de revisión de tutelas la Corte “no está obligada a estudiar todos los puntos planteados en la acción de tutela”[95], en la medida que tiene la posibilidad de delimitar el tema a ser debatido en las sentencias de revisión, pues dicho escenario procesal no es una instancia adicional en el diseño del proceso de amparo[96]. Esta situación se puede dar desde dos aspectos, a saber: (i) referencia expresa en la sentencia en orden a limitar el objeto de estudio, o (ii) tácitamente, cuando la sentencia se abstiene de pronunciarse en relación con algunos aspectos que no tienen relevancia constitucional[97].

11. Ahora bien, esta potestad tiene un límite, en la medida que no puede dejar de analizar: (i) los asuntos que tengan relevancia constitucional; y (ii) aquellos aspectos que de estudiarse conducirían a una decisión distinta. Entonces, a pesar de que la Corte Constitucional está facultada para delimitar el tema que pondrá a consideración del debate, la omisión de un aspecto de la pretensión de la demanda, no conlleva per se una vulneración del derecho al debido proceso que genere una nulidad. Sin embargo, si se encuentra que al analizar los asuntos pretermitidos, ya sean argumentos, pruebas o pretensiones, se hubiese llegado a una decisión diferente, se puede configurar una violación de dicha garantía constitucional, dada la importancia de abordar los elementos necesarios para una valoración constitucional recta y transparente, que atienda a razones de justicia material y a la prevalencia del derecho sustancial, especialmente en cuanto a la protección de derechos fundamentales se refiere[98].

12. En tal sentido, la causal de nulidad de omisión arbitraria sobre el análisis de aspectos de relevancia constitucional se configura cuando el estudio de un asunto, por su

importancia constitucional para la protección de derechos fundamentales, no podía dejarse de lado por la respectiva Sala, y se encuentra de manera clara e inequívoca que, de haber sido analizados, hubiesen generado una decisión o trámite distintos.

Incongruencias entre la parte motiva y resolutive del fallo, como causal de nulidad

13. Esta causal se presenta cuando existe incertidumbre respecto de la decisión adoptada, la cual se puede materializar en los siguientes escenarios: (i) la incoherencia que se presenta en la decisión la hace anfibológica o ininteligible[99]; (ii) la sentencia resuelve jurídicamente una situación fáctica no planteada en el expediente[100]; y (iii) la decisión carece por completo de fundamentación[101]. Sin embargo, ello no quiere decir que los criterios que se utilizan para la adecuación de la sentencia (respecto de la redacción o la argumentación) o el estilo de los fallos (más o menos extensos en el desarrollo de la argumentación), vulneren el debido proceso[102].

14. La Corte ha explicado que la relevancia constitucional de la congruencia en las sentencias atiende a su relación con: (i) el deber de motivación de las providencias judiciales; (ii) la garantía del derecho de contradicción y defensa; y (iii) el control al ejercicio del poder por parte de los jueces[103].

15. Respecto al deber de motivación, en el Auto 157 de 2015 se indicó que esta es una garantía asociada al debido proceso constitucional, un presupuesto para el control de legalidad de las decisiones, y una condición de legitimidad de las sentencias, pues exige a los jueces mostrar que sus razonamientos se enmarcan en el imperio del derecho y no en consideraciones arbitrarias o caprichosas, mientras permite a la ciudadanía la evaluación crítica de las providencias.

16. De cara a la garantía del derecho de defensa y contradicción, en el Auto 244 de 2015 se sostuvo que la incongruencia “además de sorprender a las partes del proceso, las sitúa en una situación de indefensión que, de subsistir, pese a la interposición de los recursos, y con mayor razón cuando éstos no caben o se han propuesto infructuosamente, se traduce inexorablemente en la violación definitiva de su derecho de defensa[104]”.

17. En cuanto al control al ejercicio del poder de los jueces, en la referida providencia se indicó que “la exigencia que pesa sobre el funcionario, por las facultades que tiene de

afectar derechos individuales y por su misión de garante del Estado Social de Derecho, es mayor en la medida en que las razones que debe dar para justificar sus decisiones deben ser construidas y articuladas de manera mucho más rigurosa que la de los órganos políticos[105]”.

18. En suma, no cualquier contradicción o incoherencia argumentativa da lugar a que se configure la causal de nulidad, sino solo aquella que pueda calificarse como una notoria incongruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, con idoneidad suficiente que lleve a alterar el sentido y alcance de la decisión.

19. Con fundamento en las consideraciones previas, se analizará si en el presente asunto prospera la solicitud de nulidad de la sentencia T-352 de 2018 de acuerdo con los presupuestos formales y sustanciales referidos en la parte dogmática de esta decisión. Para tal fin, la Sala estudiará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia de esta clase de peticiones y, posteriormente, en caso de ser pertinente, analizará la posible configuración de la causal material alegada.

Constatación de los requisitos formales

20. Temporalidad. En el presente caso la solicitud de nulidad fue interpuesta oportunamente, esto es, dentro del término de ejecutoria del fallo como pasa a explicarse.

21. A través del oficio 2214 del 1 de noviembre de 2018, el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, quien fungió como juez de primera instancia en el asunto objeto de examen, informó que la sentencia T-352 de 2018 fue notificada al señor Gumersindo Correa Herrera y a Colpensiones.

En relación con el señor Correa Herrera, se le remitió oficio 2044 del 22 de octubre de 2018, el cual fue entregado el 24 de octubre siguiente. En cuanto a Colpensiones, se le envió oficio 2043 del 22 de octubre de 2018, cumpliéndose la notificación el 23 de octubre. A su vez, Colpensiones elevó la presente solicitud de nulidad el 9 de octubre de 2018.

De lo expuesto se extrae que notificación de la decisión se cumplió bajo la figura de la conducta concluyente, consagrada en el artículo 301 del Código General del Proceso que

establece: “La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal (...)”.

Ante la situación presentada, queda claro que el solicitante pudo conocer la decisión no notificada formalmente, lo que incluso le permitió promover el presente incidente, por lo que la Sala Plena entiende que Colpensiones se notificó por conducta concluyente el 9 de octubre de 2018, lo que significa que la solicitud de nulidad fue presentada en término.

22. Legitimidad. En el presente asunto, quien propone la nulidad es Colpensiones, entidad accionada y respecto de quien finalmente recayó la orden dada por la Corte Constitucional, por lo que se encuentra legitimada para actuar en este caso.

23. Deber de argumentación. Partiendo de la base de que quien alega la nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional debe explicar de forma clara, expresa, precisa, pertinente y suficiente los preceptos constitucionales transgredidos y la incidencia en la decisión proferida, tendientes a demostrar que la providencia contiene irregularidades que vulneran el debido proceso, no es suficiente el expresar razones o interpretaciones diferentes a las adoptadas, tendientes a mostrar el disgusto o inconformismo del solicitante con la decisión adoptada.

Por tanto, cualquier inconformidad con la interpretación realizada por esta Corporación, con la valoración probatoria, o con los criterios argumentativos que apoyan la sentencia, no constituyen fundamentos suficientes para solicitar su nulidad, pues esta clase de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones propias al inconformismo o desacuerdo con la decisión.

9. En la solicitud de nulidad Colpensiones alega dos aspectos fundamentales. (i) Por una parte destaca que carece de legitimación en la causa por pasiva para asumir tal carga, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el empleador siempre ha sido el responsable de afiliar a los trabajadores al sistema pensional, por lo que en asuntos como el analizado es procedente la exigencia del correspondiente cálculo actuarial, por

parte del empleador, sin que sea posible trasladar a esa administradora tal carga. (ii) Por otra parte, alega una falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, pues se hace todo un análisis sobre la mora en el pago de los aportes durante la vigencia de la relación laboral, para terminar ordenando a esa entidad el pago de la pensión de vejez, sin tener en cuenta que desde la Ley 90 de 1946 la obligación de afiliar a los trabajadores al sistema de pensiones corresponde exclusivamente al empleador, quien a su vez es el único responsable de realizar los respectivos aportes a la seguridad social.

24. En este contexto, la nulidad propuesta es clara al presentar una exposición lógica de las razones por las cuales cuestiona la providencia; es expresa, pues se edifica a partir de dos circunstancias concretas, como son la falta de legitimación por pasiva para asumir la carga prestacional al tratarse de una solicitud de pensión previa a la Ley 100 y relevar al empleador de su obligación de realizar los aportes respectivos; es precisa, ya que concreta los argumentos expuesto de cara a las hipótesis de nulidad destacadas por la jurisprudencia constitucional; es pertinente, en la medida que plantea una presunta vulneración grave al debido proceso; y es suficiente, en tanto plantea un argumento concreto en orden a destacar la existencia de una presunta irregularidad violatoria del debido proceso. Con todo se cumple cabalmente con este presupuesto, por lo que procede la Corte a adelantar el análisis de fondo de la solicitud de nulidad propuesta.

Análisis de fondo

25. Como se explicó, es procedente la nulidad de las sentencias proferidas por las Salas de Revisión cuando se presente la omisión en el análisis de asuntos de relevancia constitucional, el cual se materializa, entre otras hipótesis, al evidenciar que de haber sido estudiados se hubiese generado una decisión distinta.

26. En este caso, Colpensiones expuso que la Sala Octava de Revisión no tuvo en cuenta que no es la entidad llamada a responder por la pensión solicitada por el señor Gumersindo Correa, dado que desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el empleador era el responsable de afiliar a los trabajadores al sistema pensional, situación que fue regulada desde la Ley 90 de 1946.

27. Al respecto conviene recordar que en la sentencia T-352 de 2018 la Corte consideró que el accionante tenía 734 semanas cotizadas al 25 de julio de 2010[106], momento en

que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005. No obstante, se indicó que se debió sumar el tiempo que aparece certificado y que no fue pagado por McKee Intercontinental S.A., esto es, el período del 13 de noviembre de 1969 al 30 de septiembre de 1970, que equivale a 42,9 semanas, para un total de 776,9[107]. Lo que significaría mantener el régimen de transición al señor Correa Herrera hasta el 31 de diciembre de 2014, aspecto que le permitiría pensionarse con base en el Acuerdo 049 de 1990.

28. A partir de lo anterior, determinó que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales del accionante, al negar la pensión de vejez por no cumplir con el requisitos de semanas requeridas para mantener el régimen de transición, a pesar de que (i) el actor en distintas oportunidades solicitó la corrección de su historia laboral; y (ii) existe una certificación del Departamento de Relaciones Industriales de McKee Intercontinental en la cual se indica que el señor Correa Herrera también laboró entre el 13 de noviembre de 1969 y el 30 de septiembre de 1970, equivalente a 42,9 semanas, con lo cual no se desmontaría el beneficio transicional (Acuerdo 049 de 1990).

29. En consecuencia, la Sala de Revisión resolvió conceder el amparo, de manera transitoria y ordenó a Colpensiones proceder a realizar las acciones necesarias tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Gumersindo Correa Herrera, incluyendo el valor retroactivo a que hubiere lugar.

30. De acuerdo al contexto expuesto, la Sala Plena considera importante precisar que antes de la Constitución de 1991, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación correspondían al empleador, quien mantenía dicha obligación hasta la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales o las cajas de previsión correspondientes.

31. Fue así como a 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.

32. Posteriormente, con la expedición de la Ley 90 de 1946 se creó el ISS como entidad encargada de manejar el seguro social obligatorio para (i) todos los trabajadores nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un

contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, (ii) los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales, y (iii) algunos trabajadores independientes, por lo que, a dicho instituto debían trasladarse los dineros provenientes de las cotizaciones para pensiones tanto por los empleadores como por los trabajadores.

33. En consecuencia se generó en los empleadores la obligación de hacer el aprovisionamiento de las cotizaciones correspondientes al tiempo laborado por sus trabajadores con el fin de trasladar esos recursos al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas de previsión correspondientes una vez estas asumieran el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte. 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 la Ley 90 de 1946, en el artículo 76 se 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”.

34. A su vez, el Decreto 3041 de 1966 (arts. 60[108] y 61[109]) reguló la subrogación paulatina por la referida entidad al empleador en el reconocimiento de la entonces pensión de jubilación.

35. Con todo, desde la Ley 90 de 1946 y el Código Sustantivo del Trabajo (art. 259) para los demás empleadores públicos y privados, se impuso la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para trasladar las respectivas cotizaciones al sistema de seguro social obligatorio una vez este fuera organizado y sus entidades asumieran la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por lo que, llegado dicho momento, el empleador debía expedir el correspondiente bono pensional y trasladarlo al ISS o a la caja de previsión respectiva, con el fin de que dichas cotizaciones pasaran a formar parte del gran ahorro necesario para la formación del capital requerido para financiar la pensión del ex trabajador.

36. En este escenario, Colpensiones no es la entidad llamada a responder por las semanas trabajadas y dejadas de cotizar por la empresa empleadora, dado que las mismas se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con lo cual su obligación se centraba en establecer el cálculo actuarial, sin asumir directamente esta obligación, pues las mismas correspondieron a los periodos trabajados y no reportados entre agosto de 1969 a septiembre de 1970 y marzo a junio de 1971, esto es, en vigencia de la Ley 90 de 1946. Máxime cuando se trató de una empresa privada que según certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, por escritura pública 517 del 27 de febrero de 1986 de la Notaría 18, se decretó la clausura de operaciones de la sucursal en Colombia, declarándose en proceso liquidatorio[110]. Con todo, no era preciso exigir a la referida entidad que asumiera una carga respecto de la cual no podría repetir contra el obligado a cumplir con el deber de aprovisionamiento correspondiente.

37. Teniendo en cuenta que procede la nulidad cuando las Salas de Revisión dejan de analizar aspectos que de estudiarse conducirían a una decisión distinta, corresponde a la Sala Plena acceder a la solicitud de nulidad debido a que se omitió analizar adecuadamente cuál era la parte llamada a responder por las semanas trabajadas y dejadas de cotizar por el señor Correa Herrera.

38. De cara a esta situación, la Corte considera innecesario hacer un análisis alusivo a la posible incongruencia entre la parte motiva y resolutive de la decisión, dado que tal aspecto resulta irrelevante al encontrar estructurada la nulidad, como se explicó.

Resumen de la decisión

39. Colpensiones presentó solicitud de nulidad de la sentencia T-352 de 2018, debido a que carece de legitimación en la causa por pasiva para asumir tal carga, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y desde que se profirió la Ley 90 de 1946 el empleador es el responsable de afiliar a los trabajadores al sistema pensional; y (ii) existe una falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, pues se hace todo un análisis sobre la mora en el pago de los aportes durante la vigencia de la relación laboral, para terminar ordenando a esa entidad el pago de la pensión de vejez.

40. Evaluados los presupuestos formales la Corte encontró cumplidos los presupuestos de temporalidad, en la medida que la sentencia se notificó por conducta concluyente y la

solicitud se elevó antes del término de ejecutoria; legitimidad, dado que fue presentada por la entidad accionada y la llamada a cumplir la orden dada por la Corte Constitucional; y debida carga argumentativa en la media que expuso dos circunstancias concretas, como son la falta de legitimación por pasiva para asumir la carga prestacional al tratarse de una solicitud de pensión previa a la Ley 100 y relevar al empleador de su obligación de realizar los aportes respectivos, argumentos enfocados a destacar la existencia de una presunta irregularidad violatoria del debido proceso.

41. Analizado el asunto de fondo, la Corte encontró probada la causal de elusión de análisis de un asunto de relevancia constitucional, debido a que Colpensiones no era la entidad llamada a responder por las semanas trabajadas y dejadas de cotizar por la empresa empleadora pues las mismas se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Al respecto la Corte recordó que en sus inicios, la pensión de vejez se encontraba a cargo del empleador, dado que 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 e incluso particulares. En esta medida se entendió que la obligación de Colpensiones radicaba en establecer el cálculo actuarial respectivo, sin que debiera asumir esta obligación, toda vez que la empresa obligada había sido liquidada.

Por lo expuesto, se resolvió declarar la nulidad de la sentencia T-352 de 2018.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE

Primero: DECLARAR la nulidad de la sentencia T-352 de 2018, proferida por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional el 30 de agosto de 2018, en el expediente T-6.700.575, correspondiente a la acción de tutela presentada por Gumersindo Correa Herrera contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, Ecopetrol, Mckee Intercontinental S.A. y Transportes San Silvestre S.A..

Segundo: REMITIR el expediente al despacho del Magistrado sustanciador para que se

adelante nuevamente el trámite de revisión y se emita decisión sobre el presente asunto.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Ausente en comisión

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Ausente en comisión

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Los hechos fueron completados con las pruebas allegadas posteriormente al expediente.

[2] Empresa clausurada desde el 27 de febrero de 1986, según la Cámara de Comercio de Bogotá -fls.80 y ss.

[3] Fl. 31 cuaderno principal.

[4] Colpensiones certifica que la citada empresa cotizó por el período 1/10/1970 al 17/02/1971.

[5] Fl. 30 cuaderno principal.

[6] Fls. 89 y ss. c. ppal

[7] Fl. 119.

[8] Fl. 9.

[9] Fls. 36 y 37, c. ppal.

[10] Fls. 35 a 37.

[11] Fls. 14 a 19.

[12] Fls. 29 y 30

[14] Fls. 32 y 33 c. ppal.

[15] Fls. 21 a 23.

[16] Fls. 31 a 33.

[17] Firmada por el señor Clímaco Ramírez F., fl. 34.

[18] Fls. 38 a 43.

[19] Fls. 44 a 49.

[20] Fls. 95 a 116.

[21] Fls. 117 y 118 c. ppal.

[22] Fl. 188 c. ppal.

[23] Integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas.

[24] Fls. 54 a 61, c. de revisión.

[25] Fl. 66, c. de rev.

[26] Fls. 68 a 72, c. rev.

[27] Fls. 79 a 81, c. r.

[28] Fl. 90, c. r.

[29] Fl. 96, c. r.

[30] Fl. 97, c. r.

[31] Fl. 99, c. r.

[32] Fls. 100 a 106, c. r.

[33] Fl. 108, c. r.

[34] Fls. 117 a 122, c. r.

[35] Fls. 128 a 131, c. r.

[36] Fls. 133, c. r.

[37] Fls. 141, c. r.

[38] Fls. 143 y 144, c. r.

[39] Fls. 155 a 156, c. r.

[40] Fl.

[41] Fl. 159, c. r.

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

[43] Sentencia T-079 de 2016.

[44] Sentencias T-800 de 2012 y T-859 de 2004.

[45] Sentencias T-800 de 2012, T-436 de 2005 y T-108 de 2007, entre otras.

[46] “y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”. Sentencias T-194 de 2017, T-736 de 2013 y T-495 de 2010.

[47] Sentencia T-471 de 2017. Ver igualmente las sentencias T-328 de 2011, T-456 de 2004 y T-789 de 2003, entre otras.

[48] Sentencia T-1316 de 2001.

[49] Sentencia T-079 de 2016.

[50] Sentencia T-194 de 2017 y T-549 de 2012.

[51] Sentencia T-194 de 2017.

[52] Artículo 10.

[53] Sentencia T-639 de 2016.

[54] Sentencia T-456 de 1994 y T-194 de 2017.

[55] Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

[56] Según el concepto No. 2194, del 10 de diciembre de 2013, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la expresión “hasta el año 2014” contenida en el párrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Constitución Política, “es comprensiva y no excluyente del año allí referido; además al no señalarse un día o un mes en ese año, se debe entender que la aplicación del régimen de transición se puede hacer efectivo hasta el último día de dicho año 2014”.

[57] “El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.

[58] ARTICULO 2. DEL PROCEDIMIENTO PARA CONSTITUIR EN MORA AL EMPLEADOR. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá, si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”. // “ARTICULO 5. DEL COBRO POR VÍA ORDINARIA. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que ésta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimulación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

[59] Fls. 54 y ss. c. r.

[60] Sentencia SU-130 de 2013.

[61] Ibid.

[62] Cuando (i) prestan un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; y (iii) cuando el actor se encuentra bajo la subordinación o indefensión en relación con el particular.

[64] Ver copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 13 del cuaderno principal, y en la cual consta que nació el 11 de enero de 1947.

[65] Según la copia del formulario de calificación de Colpensiones Fls. 45 y ss. c. ppal.

[66] Al respecto ver la sentencia T-1093 de 2012 en la cual se precisa, que para concretar el principio de igualdad material del art. 13 de la C. Política y la garantía del derecho a acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia, el examen de las tutelas presentadas por sujetos de especial protección constitucional debe abordarse “bajo criterios amplios o flexibles, dada la tutela que la Carta concede en favor de esos colectivos y tomar en cuenta que aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”. Igualmente puede consultarse la sentencia T-079 de 2016.

[67] Al respecto en la historia laboral del señor Correa Herrera se consigna que McKee Intercontinental SA reportó cotización a favor del actor del 01 de octubre de 1970 al 17 de febrero de 1971 (folios 21 y 22 cuaderno principal), sin embargo, reposa certificación expedida por el Departamento de Relaciones Industriales de la sociedad McKee Panamá SA -Barrancabermeja-, sobre el tiempo laborado por el señor Correa Herrera con esa empresa desde el 13 de noviembre de 1969 al 16 de febrero de 1971 (folio 34 cuaderno principal).

[68] Folios 32 a 37 cuaderno principal.

[69] “Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia. Sin perjuicio de

la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

[70] Al respecto se reitera que la Cámara de Comercio de Bogotá remitió copia del certificado de existencia y representación legal de McKee Intercontinental S.A., donde se consigna que el 14 de junio de 1967 se protocolizaron copias auténticas de la fundación de la sociedad McKee Panamá (escritura pública 2355 de la Notaría 10 de Bogotá del 5 de junio de 1967). El 5 de octubre de 1970 cambia su nombre por el de McKee Intercontinental S.A.. Por escritura pública 517 del 27 de febrero de 1986 de la Notaría 18 de Bogotá se protocolizó el documento por el cual se decretó la clausura de operaciones de la sucursal en Colombia, declarándose en proceso liquidatorio. El objeto social era la construcción de la planta de parafina en Barrancabermeja (folios 79 a 81 cuaderno de revisión).

[71] Es preciso advertir que esta sociedad no existe desde 1986 en Colombia, sin embargo, al parecer subsiste en Panamá.

[72] Conforme con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Ley 2591 de 1991, que en concreto reza: “Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.//En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.//En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.//Si no se instaura, cesarán los efectos de éste” (énfasis fuera del texto original).

[73] Ello de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Ley 2591 de 1991, que en concreto reza: “Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.//En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el

afectado.//En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.//Si no se instaura, cesarán los efectos de éste” (énfasis fuera del texto original).

[74] La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

[75] De acuerdo con la certificación expedida por Colpensiones, el accionante tenía 734 semanas cotizadas al 25 julio de 2005.

[76] Al respecto en la historia laboral del señor Correa Herrera se consigna que McKee Intercontinental SA reportó cotización a favor del actor del 01 de octubre de 1970 al 17 de febrero de 1971 (folios 21 y 22 cuaderno principal), sin embargo, reposa certificación expedida por el Departamento de Relaciones Industriales de la sociedad McKee Panamá SA -Barrancabermeja-, sobre el tiempo laborado por el señor Correa Herrera con esa empresa desde el 13 de noviembre de 1969 al 16 de febrero de 1971 (folio 34 cuaderno principal).

[77] Es preciso advertir que esta sociedad no existe desde 1986 en Colombia, sin embargo, al parecer subsiste en Panamá.

[78] Ello de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Ley 2591 de 1991, que en concreto reza: “Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.//En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.//En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.//Si no se instaura, cesarán los efectos de éste” (énfasis fuera del texto original).

[79] Cfr. Autos 049 de 2017, A-180 de 2016, A-538 de 2015, A-229 de 2014, A-023 de 2013, A-052 de 2012, A-018 de 2011, A-027 de 2010, A-064 de 2009, A-050 de 2008, A-025 de 2007, A-048 de 2006, A-009 de 2005, A-015 de 2004, A-146 de 2003, A-031A de 2002, A-003 de 1998, A-013 de 1997, A-004 de 1996, A-033 de 1995, A-024 de 1994 y A-008 de 1993, entre otros.

[80] Acápite fundado en el Auto 654 de 2018, que a su vez reitera los autos 015A y 030 de 2018, 024 de 2017, 202 de 2016, 538 de 2015, 045 de 2014, 155 de 2013, 218 de 2009, entre otros.

[81] Al respecto la sentencia C-774 de 2001 indicó que las decisiones de este Tribunal Constitucional son intangibles e inmodificables lo que implica, “como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”. Esta postura ha sido destacada en los autos 654, 547 y 285 de 2018, 270 de 2017, 422, 244 y 180 de 2016, 539 y 199 de 2015, 382, 229 y 042 de 2014, 245 de 2012, entre otros.

[82] Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

[83] Cfr. Autos 090 de 2017, 180 de 2016, 180 de 2015, 382 de 2014, A-168 de 2013, A-245 de 2012, 318 de 2010, 194 de 2008, 196, 262 y 299 de 2006, 162 y 262 de 2003, 053 y 232 de 2001, 013, 074 de 1999; 016, 046, 050, 082 de 2000, entre otros.

[84] Ver autos 024 de 2017, 180 de 2016, 538 de 2015, 045 de 2014, 155 de 2013 y 218 de 2009.

[85] Ver entre otros, autos 232 de 2001, 245 de 2012 y 229 de 2014.

[86] Auto 945 de 2014

[87] En sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la legitimidad se restringe a las partes y a los sujetos intervinientes en el proceso. Cfr. Auto 485 de 2018

[88] Auto 036 de 2017.

[89] En Auto de Sala Plena 185 de 2012 se indicó: “el carácter excepcional de la nulidad de los fallos de la Corte impone al solicitante la carga de argumentación de identificar con suficiencia y claridad una vulneración grave al debido proceso que afectó el sentido de la decisión y que además se desprende directamente del texto de la sentencia censurada, de modo que la solicitud de nulidad no puede basarse simplemente en una inconformidad con la decisión o la ocurrencia de defectos de procedimiento o de valoración probatoria que no inciden en la decisión final del caso sometido a estudio”.

[90] Consideración n.º 44 del Auto 342 de 2018.

[91] Autos 097 de 2013, 011 de 2011, entre otros.

[92] Auto 055 de 2005.

[93] En el Auto 238 de 2012 sostuvo que “la Corte tiene la posibilidad de definir el tema que deliberará en sus sentencias de revisión, en concordancia con el diseño constitucional que le confirió discrecionalidad para seleccionar los distintos casos de tutela que revisa. Ahora bien, la delimitación referida puede realizarse de dos formas, a saber: (i) Mediante referencia expresa en la sentencia, cuando al analizar los asuntos objeto de revisión circunscribe claramente el objeto de estudio, o (ii) tácitamente, cuando se abstiene de pronunciarse en relación con algunos aspectos que no tienen relevancia constitucional, hecho este que autónomamente considerado no genera violación al debido proceso (...).”

[94] Ver autos 025 de 2019, 745 y 711 de 2018, entre otros.

[95] Auto 187 de 2015.

[96] Cfr. Auto A-099 de 2016.

[97] Al respecto se pueden ver los Autos 383 de 2017, 539 y 403 de 2015.

[98] Confrontar Autos 383 de 2017, 389 de 2016 y 052 de 2012.

[100] En Auto 050 de 2000, la Sala Plena dijo que el principio de congruencia es un elemento esencial de la seguridad jurídica, de ahí que “Un fallo fundado en consideraciones contrarias al mandato obligatorio plasmado en su parte resolutive afecta de modo directo la

indispensable certidumbre de quien ha acudido a los estrados y, por contera, vulnera el debido proceso, en cuanto implica determinación no sustentada en las pruebas que fueron objeto de examen y consiguiente olvido de los derechos procesales de las partes intervinientes, quienes pueden reclamar legítimamente que las distintas piezas del expediente, su análisis y evaluación, así como los razonamientos del fallador, se vean reflejados en la decisión obligatoria tomada por éstos.” Citado en el Auto 244 de 2015.

[101] Auto 227 de 2007.

[102] A-217 de 2007.

[103] Ver auto 244 de 2015.

[104] Cfr. Sentencias T-231 y T-773 de 2008.

[105] Cfr. Sentencias T-450 de 2001 y T-025 de 2002.

[106] De acuerdo con la certificación expedida por Colpensiones, el accionante tenía 734 semanas cotizadas al 25 julio de 2005.

[107] Al respecto en la historia laboral del señor Correa Herrera se consigna que McKee Intercontinental SA reportó cotización a favor del actor del 01 de octubre de 1970 al 17 de febrero de 1971 (folios 21 y 22 cuaderno principal), sin embargo, reposa certificación expedida por el Departamento de Relaciones Industriales de la sociedad McKee Panamá SA -Barrancabermeja-, sobre el tiempo laborado por el señor Correa Herrera con esa empresa desde el 13 de noviembre de 1969 al 16 de febrero de 1971 (folio 34 cuaderno principal).

[108] Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a

cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.

[109] Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8º de la ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el instituto.

[110] La Cámara de Comercio de Bogotá remitió copia del certificado de existencia y representación legal de McKee Intercontinental S.A. El 14 de junio de 1967 se protocolizaron copias auténticas de la fundación de la sociedad McKee Panamá (escritura pública 2355 de la Notaría 10 de Bogotá del 5 de junio de 1967). El 5 de octubre de 1970 cambia su nombre por el de McKee Intercontinental S.A.. Por escritura pública 517 del 27 de febrero de 1986 de la Notaría 18 de Bogotá se protocolizó el documento por el cual se decretó la clausura de operaciones de la sucursal en Colombia, declarándose en proceso liquidatorio. El objeto social era la construcción de la planta de parafina en Barrancabermeja