TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-409/24

PENSION DE VEJEZ-Vulneración por empleadores al no afiliar oportunamente al accionante al sistema pensional

(…) estando acreditado que la accionante sí laboró para (la empresa accionada) entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984, la figura que se ha presentado en esta causa no es la de la mora en el pago de las cotizaciones, sino la de la omisión en la afiliación. En efecto, cuando inició el vínculo laboral entre las partes, correspondía al empleador afiliar a la trabajadora. Empero, no lo hizo y por ello lo procedente es ordenar al empleador que pague el respectivo cálculo actuarial a Colpensiones, con el ánimo de que esta última administradora corrija la historia laboral de la accionante, y estudie de nuevo si procede el reconocimiento de su pensión de vejez.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR RECONSTRUCCION DE HISTORIA LABORAL A EFECTOS DE RECLAMAR PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional

DEBER DE CONSERVACION DE ARCHIVOS-Obligación de las empresas de guardar la historia laboral de sus trabajadores

PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA EN MATERIA PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia

MORA PATRONAL E INCUMPLIMIENTO EN EL DEBER DE AFILIACIÓN-Diferencias

PENSION DE VEJEZ-Al momento de computar las semanas requeridas se debe tener en cuenta el tiempo de servicios del trabajador con un empleador que por omisión no lo hubiese afiliado al sistema general de pensiones

PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL-Finalidad

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Quinta de Revisión

SENTENCIA T-409 DE 2024

Expediente: T-10.157.870

Asunto: Acción de tutela instaurada por Martha Yamile Ordoñez Jiménez, en contra de Colpensiones y de la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S.

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales (arts. 86 y 241.9 de la C.P.) y legales (arts. 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991), ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Laboral-, respecto de la acción de tutela presentada por Martha Yamile Ordoñez Jiménez en contra de Colpensiones y de la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S.

I. ANTECEDENTES

Hechos relevantes

1. 1. Martha Yamile Ordoñez Jiménez, accionante en esta causa, es una persona de 65 años. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud está afiliada al régimen contributivo, en calidad de cotizante. Sus servicios de salud son prestados por Salud Total EPS. La actora no percibe pensión alguna y en el Sisbén ha sido asignada al grupo C16, en el que se ubican las personas vulnerables. A su turno, convive con su cónyuge de 71 años quien tampoco percibe una pensión y una nieta de 29 años en situación de “parálisis cerebral espástica y discapacidad cognitiva moderada”.

2. Martha Yamile Ordoñez Jiménez trabajó para Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. en

dos periodos. Primero, del 16 de noviembre de 1982 al 30 de enero de 1990 y, segundo, del 1 de febrero de 1990 al 13 de mayo de 1993. En el certificado laboral allegado al expediente, suscrito por Aura Yolanda Pinzón, directora de Relaciones Industriales de la empresa, consta que se desempeñó como “Consejera de Belleza”.

3. Una vez revisó su historia laboral, la actora se percató de que allí no aparecían las semanas comprendidas entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984. Así las cosas, el 23 de mayo de 2023, solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral teniendo en cuenta que los números patronales de la empresa eran 01003101173 y 01006139769.

4. En hilo con lo anterior, el 22 de junio de 2023, solicitó a la empresa copia de su hoja de vida y un certificado que acreditara el pago de sus cotizaciones a pensión. En respuesta de ello, el 26 de junio de 2023 le informaron que en tanto la relación laboral había tenido lugar hacía mucho tiempo, no contaban con los “soportes de pagos correspondientes a la seguridad social”.

5. El 10 de julio de 2023, presentó una nueva solicitud a su antiguo empleador, en la que le recordó que “de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los empleadores tienen la obligación de conservar la información laboral de sus trabajadores de manera INDEFINIDA”. Acto seguido, instó a la empresa para que buscara en sus archivos, nuevamente y de manera exhaustiva, la información pedida. En respuesta del 27 de julio de 2023, la empresa reiteró que no contaba con los documentos solicitados pero que había pedido a Colpensiones los soportes de pago hechos al sistema de seguridad social en pensiones, por los periodos solicitados.

6. El 29 de agosto de 2023, Colpensiones le comunicó a la empresa que luego de validar la historia laboral de la actora, se logró determinar que solo la afilió desde el 23 de noviembre de 1984. Añadió que por esta razón no existen cotizaciones por los periodos comprendidos entre noviembre de 1982 y noviembre de 1984. También explicó que por los periodos durante los cuales la empresa no afilió a la accionante, debía pagar un cálculo actuarial. Solo luego de dicho proceso, se podrían tener en consideración, para efectos pensionales, las semanas echadas de menos.

7. El 1 de septiembre de 2023, la accionante presentó una nueva petición a Colpensiones. En

ella solicitó ejercer una acción de cobro contra la empresa accionada, para recaudar el monto de las cotizaciones dejadas de realizar entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984. Luego de ello, pidió de nuevo corregir su historia laboral.

8. El 25 de septiembre de 2023, la accionante recibió respuesta por parte de esa administradora. Allí se le indicó que, por los periodos faltantes, “no se encontró el registro de afiliación ni pagos por aportes pensionales por el aportante indicado”. Por tanto, ante la falta de afiliación no era posible realizar ninguna acción de cobro. Igualmente, reiteró que, por los periodos faltantes, el empleador debía presentar y pagar un cálculo actuarial.

9. A partir de lo anterior, el 24 de octubre de 2023 solicitó a su otrora empleador realizar y pagar el cálculo actuarial, con el ánimo de que se lograran tener en cuenta las semanas faltantes.

10. Sin que se hubiere dado respuesta a la anterior petición, la accionante formuló acción de tutela en contra de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. y de Colpensiones. En concreto, pidió al juez constitucional amparar su derecho de petición, y sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. En consecuencia, pidió (i) ordenar a Colpensiones que ejerza la acción de cobro contra el empleador; (ii) ordenar a la empresa pagar el cálculo actuarial requerido con el objeto de que las semanas faltantes puedan tenerse en cuenta en su historia laboral, y (iii) ordenar a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez.

Trámite procesal y respuesta de las accionadas

11. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la acción de tutela el 22 de enero de 2024, y dio traslado a las entidades accionadas para que remitieran su versión de los hechos.

Contestación de las accionadas

12. Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. El 24 de enero de 2024, por conducto de apoderado, se informó que la empresa había remitido a la accionante una respuesta a la última de sus peticiones presentadas. Por ello, solicitó al juez constitucional declarar la existencia de un hecho superado. En la respuesta enviada a la accionante, se le indicó que

dada la ausencia de archivos que permitieran acreditar que el inicio de la relación laboral se dio en 1982, se requería de su ayuda aportando copia de los siguientes documentos:

“1. Cédula de ciudadanía de la señora Ordoñez Jimenes, por ambas caras y ampliada al 150%. 2. Soportes de la relación laboral, cualquiera que evidencie los extremos temporales de la relación laboral. Esto, teniendo en cuenta que la certificación allegada no registra el nombre de La Compañía, ni tienen los sellos o membretes que permitan revisar su autenticidad 3. Historia laboral completa y actualizada de su administradora de pensiones”.

13. A su turno, manifestó algunas dudas sobre la autenticidad del certificado laboral allegado -en el que se indica que la relación inició el 16 de noviembre de 1982- dado que este no tenía el membrete de la empresa. También añadió que la “obligación de conservar información no es indefinida, según el artículo 60 del código de comercio”. Sobre esto último, explicó que “(…) para la época de 1984, el pago de aportes a seguridad social se realizaba mediante archivo plano contable, que se remitían a las entidades financieras con la data de personal de la compañía, razón por la cual dicha información de esta época es de tipo contable, pues si bien, a partir de 1994 con la expedición de la Ley 100 y entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones se implementó la planilla de aportes, lo cierto, es que en 1984 esta información seguía siendo de tipo contable y por lo tanto afectada por las disposiciones mencionadas en el artículo 60 del Código de Comercio”.

14. Expuso que, en la actualidad, la empresa no cuenta con ninguna prueba que permita acreditar que la relación laboral realmente inició en 1982, como lo afirma la actora. Explicó que la dificultad radica en que los periodos laborales respecto de los cuales, presuntamente, no se realizaron cotizaciones, tuvieron lugar hace más de 40 años. Por ello, los extremos de la relación laboral deberían ser discutidos en el escenario de la jurisdicción ordinaria laboral y no en un proceso de tutela.

15. Finalmente, el apoderado expuso que la acción de cobro, pedida por la accionante, “se encuentra caducada, pues tal y como lo establece el artículo 817 del estatuto tributario, esta prescribe 5 años después de finalizado el plazo que tenía el empleador para pagar”.

16. Colpensiones. Laura Tatiana Ramírez Bastidas, como directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, señaló que las peticiones presentadas por la accionante han sido resueltas en su integridad. Expuso que se le ha dejado claro que no existen “(…)

registros de pago del empleador LABORATORIOS DE COSMETICOS VOGUE, para los periodos 1982/11 al 1984/10”. Acto seguido, señaló que la discusión propuesta por la accionante debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria laboral. También expresó que, aunque la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, aquella prestación se le negó en resolución del 19 de junio de 2014, dado que no había cumplido con las semanas mínimas requeridas para acceder a ese derecho.

17. Sentencia de primera instancia. En sentencia del 31 de enero de 2024, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. negó la acción de tutela. Al respecto, esa autoridad judicial señaló que, para realizar la corrección de la historia laboral, la actora debía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral. Máxime cuando no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que la afecte. De otra parte, indicó que en tanto la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. le respondió su petición el día 24 de enero de 2024, tampoco se había desconocido su derecho fundamental de petición.

18. Impugnación presentada por la accionante. La apoderada de la accionante formuló impugnación contra la decisión antedicha. Indicó que, en el caso de la actora, no existía debate alguno sobre los extremos temporales de la relación laboral, en tanto la empresa había reconocido en una comunicación que esta inició en 1982, solo que no tenía la documentación que lo acreditara. Además, resaltó que la accionante era un sujeto de especial protección constitucional dado que, aparte de tener afecciones en su salud, “(…) es una mujer con 65 años de edad, que (i) No cuenta con poder económico, no tiene sustento propio, no cuenta con ningún ingreso; (ii) Depende enteramente de sus hijos quienes velan por su sustento, por lo tanto (iii) No cuenta con autonomía, toda vez que al no contar con su pensión de vejez a la que tiene derecho por Ley le está afectando de manera grave en su diario vivir, pues no cuenta con recursos para su mantenimiento y depende de la voluntad de otros para tomar decisiones en cuanto a su vida”. También señaló que el a quo no reparó en que la petición presentada el 24 de octubre de 2023, solo se contestó luego de admitida la tutela y que, entre otras cosas, no resolvió de fondo sus requerimientos, pues allí el empleador se limitó a pedir una documentación que ya había sido recibida por él con anterioridad.

19. Sentencia de segunda instancia. En sentencia del 7 de marzo de 2024, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Laboral-confirmó la decisión del a

quo. Para ello señaló que, aunque la petición no fue contestada en término, lo cierto es que luego de admitida la acción de tutela, la empresa accionada envió una comunicación a la accionante informándole que para determinar los extremos de la relación laboral era preciso recaudar una documentación importante. Con esa respuesta, dio por configurado un hecho superado. De otro lado, en lo relativo a la corrección de la historia laboral, informó que esta pretensión podía ventilarse en la jurisdicción ordinaria laboral, máxime cuando no se había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable.

Actuaciones en sede de revisión

Auto de pruebas del 24 de julio de 2024

20. Revisado el expediente, con el ánimo de contar con mayores elementos de juicio, el Magistrado sustanciador estimó necesario recaudar algunas pruebas. En concreto, solicitó: (i) a la accionante, información sobre su estado de salud actual, sobre sus condiciones materiales y las de su familia, y sobre su relación laboral con la accionada; (ii) a la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., información sobre la relación laboral que tuvo con la accionante; y (iii) a Colpensiones, información sobre la historia laboral de la actora y sobre las gestiones que ha emprendido para su eventual corrección.

21. El 30 de julio de 2024, Omar Orlando Maldonado Gómez, en su calidad de apoderado judicial de la accionante, remitió respuesta a esta Corte frente a los interrogantes formulados. Primero resaltó que la accionante le había otorgado poder para actuar en esta causa. Luego señaló que el hogar de la accionante "(…) se encuentra compuesto por su Esposo y sus dos (2) nietas, las cuales están a su cargo desde el año 2002, bajo la custodia entregada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, en atención del fallecimiento de la Sra. Mónica Mercedes Moreno Torres".

22. De las personas que componen su núcleo familiar, dos de ellas están bajo su cuidado: su esposo (que tiene 71 años) y una de las nietas que, aunque es mayor de edad, tiene las siguientes afecciones: "discapacidad física (…); Parálisis Cerebral Espástica; Retraso Mental Profundo y Trastorno Mental no especificado, debido a lección y disfunción celebrar y enfermedad física".

23. Aunado a lo anterior, señaló que la accionante "recibe la suma de CIENTO CINCUENTA

MIL PESOS ($150.000), M/ct, por concepto del porcentaje de un canon de arrendamiento, derivado de la propiedad de un porcentaje correspondiente al treinta punto setenta y seis (30.76%) porciento, de un inmueble tipo apartamento ubicado en la ciudad de Bogotá D.C". Al mismo tiempo, indicó que la actora "cuenta con tres hijos mayores de edad, de los cuáles dos (2) de ellos y de acuerdo con sus ingresos y sus obligaciones familiares, reúnen una suma económica para sus gastos básicos y/o asumen obligaciones derivadas del pago de los aportes de salud y servicios públicos". Indicó que los hijos de la accionante son quienes cubren, además, sus gastos de afiliación en salud y los de su cónyuge. Ahora, respecto de los gastos de la nieta con discapacidad física y mental, señaló que aquellos son cubiertos por su otra nieta. Del mismo modo, resaltó que la actora padece algunas enfermedades, tales como diabetes tipo dos, obesidad, dislipidemia y fibrosis mamaria. También añadió que recientemente tuvo una cirugía en su ojo izquierdo.

24. En lo relativo a la relación laboral que tuvo la actora con la accionada Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., reiteró que el vínculo inició el 16 de noviembre de 1982. Para demostrar lo anterior, aportó la siguiente documentación:

a. a) El mismo certificado laboral que había anexado con la acción de tutela, suscrito por la directora de Relaciones Industriales de la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue Ltda., Aura Yolanda Pinzón, en el que se advierte que la accionante trabajó para la accionada desde el 16 de noviembre de 1982 hasta el 30 de enero de 1990. La diferencia es que, en esta oportunidad, el certificado fue escaneado de mejor forma, al punto que incluso se puede leer el membrete de la empresa y el sello que usó la persona que suscribió el documento.

b) Certificado laboral, suscrito por la directora de Relaciones Industriales de la empresa Cosméticos Nacionales S.A. -Cosnal-, Aura Yolanda Pinzón, donde se indica que la accionante trabajó desde el 1 de febrero de 1990 hasta la fecha de elaboración del certificado: 13 de julio de 1992. El apoderado de la accionante señaló que, aunque el nombre de la empresa que aparece en este certificado es distinto, se trata de la misma accionada.

c) Certificado laboral, suscrito por el director de Relaciones Industriales de la empresa Cosméticos Nacionales S.A. -Cosnal-, Carlos A. Charry Nieto, donde se indica que la actora trabajó desde el 1 de febrero de 1990 hasta el 13 de mayo de 1993. Este certificado es del 3 de junio de 1993.

d) Algunas Tarjetas de Comprobación de Derechos del antiguo Instituto de Seguros Sociales, por los periodos comprendidos entre 1989 y 1992.

e) Una declaración juramentada rendida por la accionante ante la Notaría Setenta y Nueve de Bogotá D.C., el 29 de julio de 2024, indicando que trabajó para la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., entre el 16 de noviembre de 1982 y el 30 de noviembre de 1984.

f) Y, copia de la historia laboral de la accionante, actualizada al 28 de julio de 2024, en la que se indica que, para esa fecha, tenía 1290 semanas efectivamente cotizadas.

25. Por último, se informó que la accionante no había iniciado ningún otro proceso judicial tendiente a obtener la corrección de su historia laboral, o el reconocimiento de su pensión de vejez.

26. El 31 de julio de 2024, Claudia Patricia Beltrán Rodríguez, quien inicialmente era la apoderada de la accionante, manifestó que no pudo contactarse con ella. Sin embargo, remitió nuevamente copia de los anexos aportados inicialmente a la tutela. También recordó que la accionante es una mujer de 65 años, que no tiene ingresos, que depende de sus hijos y que tiene algunas afecciones en su salud.

27. El 1 de agosto de 2024, Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., presentó una respuesta a los interrogantes formulados en el auto del 24 de julio de 2024. Allí indicó "(...) que tras haber revisado de forma exhaustiva los archivos de [su] representada no fue posible obtener ningún tipo de información en relación a la señora MARTHA YAMILE ORDOÑEZ JIMÉNEZ que [les permitiera] responder de forma concreta los requerimientos".

28. Reiteró que el certificado laboral anexado a la tutela por parte de la actora, no tenía el membrete de la empresa y ello permitía dudar de su autenticidad. Igualmente, añadió que por la ausencia de documentación era "física y materialmente imposible para [su] representada determinar con exactitud los extremos de la relación laboral que aparentemente sostuvo la actora con [su] representada y de igual medida los pagos que se efectuaron a su favor por concepto de salarios y prestaciones sociales". Además, recordó que "la obligación de conservar información no es indefinida, según el artículo 60 del código de comercio".

29. Por último, informó que la empresa accionada, “el día 31 de julio de 2024 procedió a radicar ante Colpensiones una solicitud para que dicha entidad proceda con la reconstrucción de la historia laboral de la accionante”. Señaló que una vez obtenga respuesta de Colpensiones, llevará a cabo “todos los tramites que estén a su alcance con el fin de normalizar la historia pensional de la actora”.

Traslado de pruebas

30. El 20 de agosto de 2024, Colpensiones se pronunció sobre las pruebas trasladadas, las demás partes guardaron silencio. En efecto, corroboró que la empresa accionada solicitó: (i) “Estimar el cálculo actuarial que debe pagar la sociedad Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., en favor de la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez por la omisión en los aportes pensionales entre el 16 de noviembre de 1982 y hasta el 22 de noviembre de 1984, tomando como referencia que el último salario devengado antes del periodo de omisión correspondió a $11.850 (once mil ochocientos cincuenta pesos)”. (ii) Generar la liquidación del referido cálculo actuarial, y remitírsela con el objeto de pagar el monto que allí se establezca. Y, (iii) de no ser posible lo anterior, habilitar la plataforma “Soy Actuario” para estimar allí el monto de lo que debe.

31. Colpensiones anexó a su respuesta una copia de la solicitud que le formuló el empleador accionado. En esta solicitud, la empresa le informó a Colpensiones que la accionante trabajó para ella desde el 16 de noviembre de 1982 y que, sin embargo, solo aparecía afiliada al sistema de pensiones desde noviembre de 1984. En ese sentido, señaló que “[e]s el deseo de la sociedad Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. (antes Laboratorios de Cosméticos Vogue Ltda) reconocerle a la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez todo el tiempo trabajado, y por lo tanto, pagar al Sistema General de Seguridad Social la reserva actuarial que sea procedente”. Colpensiones informó que la Dirección de Ingresos por Aportes de esa entidad no había dado respuesta aún al requerimiento de la empresa accionada, pero que una vez lo hiciera, ello sería comunicado a esta Corte.

32. Esa misma administradora remitió un nuevo correo a la Corte Constitucional el 27 de agosto de 2024. En esa comunicación informó que, en cumplimiento de sus deberes, liquidó el valor del cálculo actuarial que adeuda el empleador accionado en esta causa. Además, indicó que le remitió, el 22 de agosto de 2024, una comunicación a dicho empleador

informándole que tenía dos fechas límite para pagar su obligación: el 30 de agosto y el 30 de septiembre de 2024.

34. Aunque en principio advirtió que este caso no cumplía con el requisito de la subsidiariedad, a continuación, presentó la siguiente argumentación:

“Conforme con la validación de los requisitos, en el presente caso no procedería el estudio de la acción de tutela, considerando que no cumple el requisito de subsidiariedad. Sin embargo, teniendo en cuenta que la señora MARTHA YAMILE ORDOÑEZ JIMENEZ es un sujeto de especial protección constitucional, debido a que cuenta con 65 años (adulto mayor) y además padece diabetes, el mecanismo judicial natural que es la jurisdicción ordinaria, puede no resultar idónea y eficaz.

“En ese sentido, revisando el presente caso, se observan una serie de inconsistencias en la información que presenta el empleador Laboratorios de Cosméticos Vogue, ya que ante los despachos judiciales que conocieron de la acción de tutela informó que no cuenta con soportes que den certeza que la señora MARTHA YAMILE ORDOÑEZ JIMENEZ laboraba antes de noviembre de 1984 (…)”.

“Sin embargo, y a pesar de la confusión que está generando el empleador ya que a Colpensiones informa una situación y al juez de tutela otra situación, en aras de garantizar la protección de los derechos de la señora MARTHA YAMILE ORDOÑEZ JIMENEZ, COLPENSIONES procedió a realizar las gestiones de cobro mediante Oficio del 22 de agosto de 2024 procedió a solicitar al empleador LABORATORIOS COSMETICOS VOGUE SAS (Hoy L’Oréal Colombia) el pago del cálculo actuarial de los aportes correspondientes del 16/11/1982 al 22/11/1984 (…)”.

35. Luego de advertir lo antedicho, la administradora indicó qué pasaría si el empleador no paga los aportes adeudados. Al respecto, sostuvo lo siguiente: “(…) si al 30 de septiembre de 2024, no se cuenta con el pago del cálculo actuarial, la administradora de Pensiones procederá con adelantar el cobro coactivo”.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

36. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia, con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, en Auto del 24 de mayo de 2024.

B. Análisis de procedencia de la acción de tutela

37. De acuerdo con lo señalado por esta Corte en amplia jurisprudencia, para que una tutela proceda, debe verificarse si cumple con la legitimación en la causa por activa y por pasiva, con la inmediatez y con la subsidiariedad.

38. Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con este presupuesto, quien interpone la acción de tutela debe ser la persona que considera vulnerados o amenazados sus derechos, salvo que actúe por conducto de un tercero debidamente facultado para ello (representante legal, apoderado judicial o agente oficioso). En este caso, se advierte que la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez instauró la presente tutela por conducto de sus apoderados judiciales. En efecto, la acción se formuló inicialmente por la abogada Claudia Patricia Beltrán Rodríguez, quien recibió poder para ello por parte de la accionante.

39. Ahora, luego de que el Magistrado sustanciador profirió el auto de pruebas del 24 de julio de 2024, la accionante otorgó poder al abogado Omar Orlando Maldonado Gómez para que la representara. Al contestar el mencionado requerimiento judicial, el apoderado anexó una copia del respectivo poder que lo facultaba para actuar. Por ello, se asume que la legitimación en la causa por activa se acredita en esta oportunidad.

40. Legitimación en la causa por pasiva. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto”. Siguiendo lo señalado en este artículo, la jurisprudencia ha recordado que las empresas particulares deben estar legitimadas para responder por la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En la Sentencia T-319 de 2022, sobre este asunto, la Corte señaló que:

“[e]l artículo 86 de la Constitución y los artículos 5 y 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una “autoridad pública” que haya violado, viole o amenace con violar un derecho fundamental. Al mismo tiempo prevén la posibilidad de interponer la acción contra las actuaciones u omisiones de particulares, de acuerdo con los casos taxativos y excepcionales previstos en el citado artículo de la Constitución y desarrollados en el artículo 42 del referido Decreto, por ejemplo, cuando el accionante se halle en estado subordinación o indefensión. Por lo anterior, la Corte ha sostenido que, para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva, es necesario acreditar dos supuestos: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.”

41. Recuérdese que, sobre la subordinación, esta Corte ha sostenido que “alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen”. Para que se pueda hablar de subordinación, entonces, “la asimetría en la relación entre agentes privados [debe derivarse] de interacciones jurídicas, legales o contractuales”.

42. En este caso, la acción de tutela se dirigió contra Colpensiones y contra la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. Las dos entidades están legitimadas en la causa por pasiva. De una parte, Colpensiones es una “Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial”, que se encarga, entre otras cosas, de reconocer y pagar pensiones a sus afiliados cuando estos acrediten los requisitos para ello. Asimismo, también se encarga de cobrar el monto de las cotizaciones que los empleadores, por su propia incuria, no realizaron en favor de sus trabajadores. Por ello, la administradora está llamada, prima facie, a responder en esta causa. Esto último porque la actora discute el hecho de que la administradora no cobró a su empleador las cotizaciones que correspondían a los periodos comprendidos entre noviembre de 1982 y noviembre de 1984.

43. De otra parte, en este caso la acción de tutela se dirigió contra Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., que es un particular frente al cual la accionante se encontraba subordinada, en tanto trabajó bajo sus órdenes. Igualmente, esta empresa tiene la capacidad

legal para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, dado que, presuntamente, no la afilió oportunamente al sistema de seguridad social cuando inició la relación laboral. Por estas circunstancias, la Sala concluye que, en el presente proceso, se acredita la legitimación en la causa por pasiva de ambas entidades.

44. Inmediatez. Con este requisito, “se exige al tutelante haber ejercido la acción en un término razonable, proporcionado, prudencial y adecuado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales”. En este caso concreto, la acción de tutela se formuló el 19 de enero de 2024, según el acta de reparto anexada al expediente. De otro lado, la última respuesta que recibió la accionante, por parte de Colpensiones, se le envió el 25 de septiembre de 2023. Allí la administradora le indicó que correspondía a la empresa accionada pagar un cálculo actuarial, para que se pudieran acreditar los periodos faltantes en su historia laboral. En tal sentido y como puede verse, la accionante acudió al recurso de amparo un poco menos de cuatro meses después de haber recibido esa respuesta. Por ello, este requisito se acredita.

45. Subsidiariedad. Por regla general, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela es subsidiaria. Sobre el particular cabe añadir que, según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela goza de un carácter residual. Lo que significa que solo procede para proteger derechos fundamentales, y siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Ahora, el artículo 86 Superior establece las siguientes dos excepciones a la regla general.

46. La primera de ellas señala que, aun existiendo medios judiciales principales de defensa, la tutela procederá cuando “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Para que el perjuicio se entienda irremediable, debe ser inminente y grave, de modo tal que se deban tomar medidas urgentes e impostergables para superarlo. Si todo esto está demostrado, el juez de tutela podrá amparar el derecho fundamental con efectos transitorios, mientras el actor hace uso del medio judicial principal de defensa.

47. La segunda excepción consiste en que la acción de tutela será procedente si, a partir de lo dispuesto en el artículo 6 -numeral 1- del Decreto 2591 de 1991, se encuentra acreditado que, por las condiciones particulares del accionante o la situación fáctica en que este se encuentra, los otros medios de defensa judicial no son idóneos ni eficaces para proteger el

derecho fundamental. Si esto es así, procederá un amparo definitivo.

48. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que “[u]n mecanismo judicial se considera que es idóneo cuando materialmente puede resolver el problema jurídico planteado y generar el restablecimiento de los derechos fundamentales. Por su parte, la eficacia del medio se predica de la posibilidad de brindar una protección oportuna de las garantías amenazadas o vulneradas”. Como se puede ver, ambos requisitos se deben analizar a la luz de las circunstancias que se presentan en cada caso concreto, y no de manera general o abstracta.

49. En este caso concreto, la accionante tiene la carga, en principio, de demandar ante la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, ello es demasiado gravoso teniendo en cuenta las circunstancias en las que se encuentra. En efecto, la accionante ha manifestado en cada uno de sus escritos que no cuenta con pensión alguna, ni con un ingreso formal. Esto puede comprobarse al revisar la plataforma del RUAF, donde se advierte que ella, si bien está afiliada al sistema de salud y al de pensiones, no lo está al de riesgos laborales ni al de compensación familiar. Tampoco tiene afiliación alguna a un fondo de cesantías.

50. Igualmente, la accionante figura en el Sisbén y ha sido asignada al grupo C16, que corresponde al de la población vulnerable. Su cónyuge, de 71 años y quien también aparece en el grupo C16 del Sisbén, tampoco percibe pensión ni tiene vinculación alguna a un programa de asistencia social. La nieta que se encuentra en condición de discapacidad, tampoco percibe prestación económica periódica alguna.

51. Ahora, aunque podría argumentarse que la accionante y su esposo están afiliados al régimen contributivo del sistema de salud en calidad de cotizantes, y que la nieta en condición de discapacidad está afiliada al régimen subsidiado, ello no necesariamente demuestra que el mínimo vital de la actora -y su núcleo cercano- esté garantizado. En efecto, según lo advertido por el apoderado de la accionante, en la respuesta al auto de pruebas proferido por esta Corte, la afiliación en salud de la referida señora (y de su cónyuge) ha corrido por cuenta de sus hijos. Así, el pago mensual de las cotizaciones antedichas, no lo ha efectuado la actora con su propio peculio. Y esto puede ser así porque, como se informó, (i) ella solo recibe la suma de $150.000 mensuales por concepto de un canon de arrendamiento de un inmueble cuya propiedad comparte con otras personas; (ii) sus hijos son quienes le

colaboran para sus necesidades básicas, y (iii) ella se dedica al cuidado de su cónyuge y de la nieta que se encuentra en condición de discapacidad. Dado que este último oficio puede ser demandante, es razonable pensar que por ello -y por su edad- la accionante no esté vinculada a un empleo formal que le permita un ingreso permanente y digno.

52. De otra parte, aunque también podría argumentarse que la accionante ha cotizado como independiente, en los últimos años, al sistema de pensiones, tampoco está demostrado que dichas cotizaciones las haya realizado con sus propios recursos, dado que estos son muy bajos (como se ha visto en el punto anterior). De hecho, se puede ver en el RUAF que, por lo menos hasta mayo de 2019, la accionante fue beneficiaria del Fondo de Solidaridad Pensional, a través de la subcuenta de solidaridad. Esto último puede dar cuenta de la vulnerabilidad de la actora, pues el subsidio aludido solo se reconoce a quien está en la imposibilidad de aportar la totalidad de la cotización al sistema de pensiones. Y para que el Estado pueda otorgar este beneficio, la indefensión económica de la beneficiaria del programa debe estar acreditada.

53. Además de todo lo anterior, como también se resaltó en la respuesta al auto de pruebas del 24 de julio de 2024, la ausencia de una prestación económica permanente, obliga a la accionante -y a su núcleo cercano- a vivir de la solidaridad de sus dos hijos y de su otra nieta. Pero esta ayuda no hace que la vulnerabilidad de la familia se aminore o desaparezca, máxime cuando ni la accionante, ni su cónyuge, ni su nieta en situación de discapacidad tienen una posibilidad real de trabajar o de generar ingresos para el hogar.

55. Cuando la Corte analizó el requisito de la subsidiariedad en el caso concreto, advirtió que el actor “no [percibía] ingresos, no [era beneficiario] de ningún subsidio otorgado por el Gobierno Nacional y no [recibía] ayuda económica de terceros”. De otra parte, la Corte aceptó que el actor, en ese caso: “(…) [dependía] económicamente de su núcleo familiar”. También aceptó que la cónyuge del accionante trabajaba en una casa de familia, y que él recibía la ayuda de “(…) un hijo de 24 años, que [percibía] un salario mínimo legal mensual vigente y [contribuía] al pago de los servicios públicos; y (iii) un hijo de 18 años que [había empezado] a trabajar recientemente y con su salario [aportaba] para la compra del mercado”. Con todo, pese a lo anterior, la Corte concluyó que en ese caso concreto se acreditó el requisito de la subsidiariedad. Una de las razones para concluir lo antedicho, se resumió en el siguiente fragmento:

“Por otro lado, la Corte ha reconocido que “[s]i bien es cierto que los parientes deben ayudar a los familiares que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta por una enfermedad, también lo es que esta obligación no puede recaer de forma desproporcionada en los parientes”, sino que tanto la sociedad como el Estado deben contribuir con el cuidado de quienes no pueden procurarse sus propios ingresos. Así pues, no es posible afirmar que el mínimo vital del actor está protegido únicamente porque su núcleo familiar sí percibe ingresos y contribuye al sostenimiento del hogar”. (Subrayas fuera de texto)

56. Para la Sala, y siguiendo lo dispuesto en la sentencia que se acaba de citar, no existen razones suficientes para concluir que, en este caso, el ingreso que perciben algunos familiares de la accionante es suficiente para que ella tenga garantizado su mínimo vital, más cuando los egresos mensuales del hogar pueden llegar a ser elevados por cuenta de la alimentación, los servicios públicos, y los diversos gastos de salud de los integrantes. Así, al margen de que algunos familiares de la actora perciban ingresos, lo cierto es que la situación que rodea a la familia sigue siendo apremiante. En concreto, esto puede asumirse si se tiene en cuenta que tanto la accionante como su cónyuge son personas mayores que, difícilmente, podrán acceder al mercado laboral teniendo en consideración su edad y sus condiciones particulares. La accionante, además de tener algunas afecciones en su salud, tiene la responsabilidad de cuidar a la persona en condición de discapacidad, que tiene 29 años y padece una “parálisis cerebral espástica y discapacidad cognitiva moderada”. Y el cónyuge, por su parte y como se ha recordado, es una persona de 71 años.

57. En criterio de esta Corte, el conjunto de las condiciones que se acaban de citar, permite suponer que la accionante y su familia cercana se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad. De allí que pueda asumirse que los mecanismos judiciales ordinarios con que cuenta la señora Ordoñez Jiménez para reclamar la corrección de su historia laboral y el eventual reconocimiento de su pensión de vejez, son ineficaces. En consecuencia, dado que esta acción de tutela es procedente, se resolverá de fondo y de manera definitiva la cuestión planteada por la accionante.

C. Problema jurídico y esquema de resolución

58. Luego de superarse la procedencia de la acción de tutela, la Sala Quinta de Revisión deberá constatar lo siguiente: ¿a la accionante se le desconocieron sus derechos a la

seguridad social y a la vida digna, por cuenta de la no corrección de su historia laboral por parte de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. y de Colpensiones, derivada de una omisión de afiliación por unos tiempos trabajados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

59. Con el ánimo de resolver este planteamiento, la sala (i) se referirá a los deberes de custodia de los archivos laborales, que recaen sobre los empleadores y las administradoras de pensiones; y (ii) analizará las figuras de la omisión en la afiliación y del allanamiento en la mora. Acto seguido, con las reglas extraídas, (iii) resolverá el caso concreto.

i. (i) Sobre los deberes del empleador en lo relativo a la custodia de los archivos laborales

60. Esta Corte ya se ha referido, en la Sentencia SU-182 de 2019, al deber de custodia que recae sobre los empleadores respecto de la documentación que contenga información laboral. Ha dicho que aquel deber se desprende del derecho al habeas data, que ha sido reconocido en el artículo 15 de la Constitución Política. Este derecho comprende la posibilidad de "conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas".

61. Del mismo modo, la Corte ha advertido que la información de orden laboral puede ser fundamental por cuanto tiene una relación inescindible con el derecho a la seguridad social. En efecto, la eventual pérdida de documentación por parte de los empleadores, puede derivar en el desconocimiento del derecho a la seguridad social, específicamente cuando por dicha pérdida no sea posible reconocer ni pagar una pensión a una persona que la requiere. Este deber de custodia de la información laboral recae sobre todo tipo de empleador, independientemente de su naturaleza jurídica. También recae sobre las administradoras de pensiones que, en concreto, deben salvaguardar la información que esté consignada en la historia laboral de los afiliados.

62. En lo que tiene que ver con los empleadores, la Corte ha reprochado el que aquellos, en algunas ocasiones, argumenten la pérdida de la información laboral para, con ello, evitar el reconocimiento de relaciones laborales o de los extremos temporales de estas. La Corte ha recordado que el deber de custodia y vigilancia de la información laboral de sus trabajadores no es nuevo para los empleadores.

63. Responsabilidad de las entidades de orden público. La Corte ha indicado que las entidades públicas han tenido el deber de custodiar la información laboral de quienes prestan servicios al Estado, por disposición de diversas normas como, por ejemplo, el Código de Régimen Político y Municipal -artículos 189 y 320-, la Ley 43 de 1913 -artículo 1-, el Decreto 1571 de 1998 o el Decreto 2842 de 2010 -artículo 12-. La Corte, citando al Consejo de Estado, ha coincidido con esa alta Corporación en que las entidades públicas deben cuidar este tipo de información porque es necesario "(…) mantener un registro de (…) situaciones tan trascendentales como las relaciones laborales entre los diferentes entes estatales y sus servidores". Por ello, en algunas ocasiones, la Corte ha ordenado que cuando se pierdan o destruyan archivos laborales, las entidades públicas deben seguir el trámite previsto en el artículo 126 del Código General del Proceso para reconstruirlos.

64. Responsabilidad de los empleadores de orden privado. La Corte ha recordado que el deber de custodia también recae sobre empleadores particulares, por virtud de lo establecido en los artículos 57.7 y 264 del Código Sustantivo del Trabajo. En el artículo 57.7 se ordena al empleador, entre otras cosas, "[d]ar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado". A su turno, en el artículo 264 ibid. se señala que "las empresas obligadas al pago de la jubilación deben conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicio de sus trabajadores y los salarios devengados". Con base en estos mandatos, la Corte ha ordenado a los empleadores particulares reconstruir los archivos presuntamente perdidos o destruidos. Esto ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia T-926 de 2013.

65. Ahora bien, el tiempo durante el cual deberán conservarse los archivos laborales no es muy claro, y ello ha sido reconocido por la Corte Constitucional. En materia laboral, la Corte ha recordado que el Ministerio del Trabajo propuso una interpretación analógica con lo dispuesto en el artículo 60 del Código de Comercio. Allí se dice que los archivos contables deben guardarse y custodiarse por 10 años. Sin embargo, esa interpretación analógica no es tan sencilla de hacer. En efecto, no es fácil equiparar un papel contable con los registros laborales de un trabajador. Esto porque, como se ha visto, la ausencia de dichos registros laborales puede implicar la no materialización del derecho fundamental a la seguridad social de una persona. Precisamente teniendo en cuenta esto último, la Corte ha sostenido que "(…) sin importar el tiempo transcurrido desde la desvinculación del trabajador hasta el día

en el que solicite la certificación laboral tiene derecho a que su empleador se la expida".

66. Responsabilidad de las administradoras de pensiones. Ahora bien, una cosa es la responsabilidad de los empleadores en el cuidado de la información laboral de los trabajadores, y otra muy distinta es la información que deben custodiar las administradoras de pensiones. Sobre esto también se ha referido la Corte, y ha dicho que "las administradoras de pensiones son las principales llamadas a responder frente a las controversias que surjan a partir de las historias laborales, pues estas tienen a su cargo el manejo y tratamiento de los datos laborales bajo los principios del derecho al habeas data. Adicionalmente, la ley y la jurisprudencia han exigido un especial nivel de diligencia en el manejo de dicha información debido a su relevancia constitucional. Esto quiere decir que dichas entidades deberán desplegar todas las actuaciones que sean necesarias para garantizar la veracidad, claridad y precisión de las historias laborales".

67. En consecuencia, la Corte ha concluido que en la actualidad "(…) es indiscutible que hay una obligación, tanto en el empleador como en las administradoras de pensiones, de velar por la correcta custodia, almacenamiento y disposición de los medios documentales que contengan información relevante sobre la trayectoria laboral de una persona, sea en el sector público o privado". Igualmente, según la Corte Constitucional, es trascendental que "(…) la información laboral contenida en los archivos sea veraz, cierta, clara, precisa y completa "a fin de que, de un lado, el trabajador pueda reclamar los derechos que le asisten, y, del otro, se protejan en su integridad los demás derechos fundamentales de los que son titulares".

"De acuerdo con el marco legal, no hay una única prueba solemne ni exclusiva para demostrar los tiempos trabajados. Desde el siglo pasado, el ordenamiento jurídico previó que la documentación física podía perderse; por lo que resultaba irrazonable exigir el certificado documental como el único medio de prueba válido. En el sector público, por ejemplo, la Ley 50 de 1886, "que fija reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones" estableció que en aras de obtener un reconocimiento pensional del "tesoro nacional", la prueba escrita era la idónea. Sin embargo, aceptó que cuando la misma no fuese posible de recuperar, se podría acudir a otros medios supletivos de prueba, como la testimonial. Tratándose del sector privado, el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo trae una consideración similar, al permitir la prueba supletoria, cuando no se pueda obtener la certificación del tiempo laborado.

Con fundamento en estas normas, la Corte ha defendido el principio de libertad probatoria que rige las relaciones laborales. Y aunque se presume la buena fe de los afiliados, también ha sostenido que “el reconocimiento de la prestación periódica exige cierto nivel de certeza de los supuestos fácticos que se pretenden reconstruir y acreditar”. Especialmente, en sede de tutela, donde no es posible desplegar una actividad probatoria a profundidad, ni reemplazar las competencias del juez natural”.

69. En conclusión, es claro que (i) los responsables del cuidado y custodia de la información laboral no son los trabajadores -parte débil de la relación- sino sus empleadores y las administradoras de pensiones. (ii) Este deber no se desprende solo de la jurisprudencia constitucional, sino de las reglas previstas en las propias normas laborales. (iii) Los empleadores públicos o privados deben iniciar acciones efectivas para reconstruir los archivos laborales de una persona que se han perdido o destruido, y no le pueden trasladar a ella dicha carga. En ese propósito, deben tener en cuenta los elementos probatorios allegados por el trabajador. Y (iv) el trabajador puede aportar todas las pruebas con que cuente, para demostrar los extremos de una relación laboral. Para ello no existe un estándar probatorio específico.

() Las figuras de la omisión en la afiliación y del allanamiento a la mora. Reiteración de jurisprudencia

70. La omisión en la afiliación. La afiliación es el mecanismo por el cual se ingresa al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En el caso de los trabajadores dependientes, el contrato de trabajo es el que genera la obligación, para el empleador, de afiliar a sus trabajadores. Luego de que los afilia, debe realizar las cotizaciones mensuales respectivas en favor de aquellos porque, de lo contrario, propiciaría que un periodo trabajado no se contabilice en el reconocimiento de una pensión y esto, en concreto, desconocería el derecho a la seguridad social de los empleados.

71. La omisión en la afiliación al sistema de pensiones consiste en una falta de reporte, por parte del empleador, de la novedad de ingreso del trabajador. Afiliar al empleado es responsabilidad exclusiva del empleador. La omisión en la afiliación, a su turno, impide que las administradoras de pensiones se enteren del inicio de la relación laboral. Por ello, cuando este escenario se presenta, el empleador que incurrió en dicha omisión debe asumir las

consecuencias que se derivan de ello, y pagar la suma del cálculo actuarial que corresponda al tiempo en que no realizó los aportes al sistema.

72. Esta solución al problema de la falta de afiliación ha sido compartida por la Corte Suprema de Justicia. Esa alta Corporación ha sido clara al sostener que la consecuencia para el empleador que omite afiliar a un trabajador, es el pago de un cálculo actuarial que, en todo caso, debe ser proporcional al tiempo de prestación del servicio por el cual no se cotizó al sistema de pensiones. Este valor del cálculo actuarial debe ser asumido por el empleador, quien deberá trasladarlo a la administradora de pensiones con el fin de que se pueda financiar la prestación pensional que se reconozca al trabajador.

73. En la reciente Sentencia T-289 de 2024, la Corte Constitucional señaló que "(…) ante los escenarios de omisión de afiliación, si bien la responsabilidad principal del incumplimiento recae en el empleador, las administradoras de pensiones tienen facultades para adelantar el proceso de cobro de aportes en mora. No obstante, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de tal facultad requiere (i) que la omisión haya sido puesta en conocimiento de la entidad administradora de pensiones, y (ii) que esta haya cumplido su deber de fijar el monto actuarial adeudado".

74. El allanamiento a la mora. Incurre en mora el empleador que cumple con el deber de afiliación, pero no realiza oportunamente el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones en favor del trabajador. La Corte Constitucional, en la Sentencia T-411 de 2023, señaló que el empleador tiene el deber de notificar al sistema de pensiones sobre el inicio de la relación laboral, y que, a partir de allí, las administradoras también adquieren el deber legal de proteger al empleado contra las contingencias propias de la seguridad social.

75. La Corte Constitucional ha establecido que cuando el empleador incurre en mora, las administradoras de pensiones tienen la obligación de realizarle el cobro de los aportes faltantes. La falta de diligencia de las administradoras en dicho cobro, hace que ellas se allanen a la mora. En otras palabras, cuando existe un comportamiento negligente de las administradoras de pensiones en las acciones de cobro, que deben dirigir contra los empleadores que no pagan los aportes en debida forma, la consecuencia es que la administradora deberá contabilizar el tiempo de la mora, y asumir la carga financiera de las prestaciones económicas que se generen para el afiliado.

76. En efecto, la Corte ha reconocido que son las administradoras las que cuentan con los mecanismos apropiados para garantizar el recaudo de cotizaciones. Por ello, actúan de forma negligente cuando no hacen uso de estas herramientas y no adelantan procesos de cobro coactivo, u operaciones de recaudo y transferencias de recursos, teniendo el deber de hacerlo. La propia Corte Suprema de Justicia ha aceptado que la negligencia de la administradora en sus labores de cobro, tiene como consecuencia asumir la mora del empleador.

77. En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido de forma clara la diferencia entre la omisión en la afiliación y el allanamiento a la mora. Estas diferencias las ha explicado en los siguientes términos:

"Con todo, valga recordar que la decisión del colegiado no se aleja de la jurisprudencia de esta Sala de Casación que ha resaltado las diferencias entre «mora» en el pago de aportes y «falta de afiliación», expresión esta última que se puede asimilar a la omisión en comunicar el ingreso del trabajador por parte del empleador. En el primer caso, se ha señalado que no es admisible que las consecuencias de la omisión del empleador en realizar el pago de las cotizaciones se traslade al afiliado, si antes no se acredita por la administradora que adelantó las gestiones de cobro correspondientes. (…)

"En el caso de la no afiliación, la Corte sostiene que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación."

78. En conclusión, es claro que (i) si lo que se demuestra es que hubo una omisión en la afiliación, corresponde al empleador adelantar el pago de un cálculo actuarial. Por medio de

este mecanismo, la administradora de pensiones podrá tener por válidas las semanas que se echan de menos, y que permitirán al solicitante acceder a las prestaciones que ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. De otro lado (ii) si lo que se logra demostrar es que el empleador afilió al trabajador, pero no pagó oportunamente los aportes en su nombre, y que pese a este incumplimiento la administradora de pensiones no inició gestión alguna para cobrar esos dineros, entonces lo que se presenta es el fenómeno del allanamiento a la mora. Esto significa que la administradora deberá contabilizar los periodos respecto de los cuales no realizó cobró, teniendo el deber legal de hacerlo.

() Análisis del caso concreto

79. En este caso la accionante, de 65 años en la actualidad, indicó que trabajó para Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984. Sin embargo, señaló que esos periodos no aparecen en su historia laboral. Por ello, solicitó a Colpensiones corregirla. En respuesta, esa administradora le indicó que su empleador la afilió solo desde noviembre de 1984, en adelante. Por ello -dijo la administradora- el periodo faltante solo podrá figurar en su historia laboral luego de que el empleador que omitió afiliarla pague el respectivo cálculo actuarial.

80. Por su parte, el empleador se ha defendido en este proceso de tutela indicando que no posee las pruebas necesarias que permitan establecer, más allá de toda duda, que la relación laboral inició el 16 de noviembre de 1982. También ha expuesto que no está obligado a guardar la información laboral por más de 10 años, pues así lo establece el Código de Comercio en su artículo 60. Los jueces de tutela, de otro lado, negaron la acción indicando que la actora no se enfrenta a un perjuicio irremediable y que, por ello, puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para solicitar por esa vía la corrección de su historia laboral.

81. La Corte Constitucional, en contraste con lo advertido por la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. y por los jueces de instancia, estima que existen suficientes elementos de juicio para amparar los derechos fundamentales de la accionante en esta causa. Esto tiene que ver con que las pruebas aportadas al expediente de tutela, permiten concluir que la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez sí trabajó para la empresa accionada desde el 16 de noviembre de 1982. Empero, el periodo que transcurrió entre la referida fecha y el 22 de noviembre de 1984 no figura en la historia laboral porque su empleador no la afilió

oportunamente al sistema de pensiones. A esta conclusión se arriba por las siguientes razones, a saber.

82. Primera. Inicialmente, la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. no negó que la accionante hubiere trabajado para ella desde el 16 de noviembre de 1982. De hecho, cuando la accionante le pidió por primera vez -el 22 de junio de 2023- una copia de su hoja de vida y de los pagos hechos al sistema de seguridad social en su favor, la empresa le contestó -el 26 de junio de 2023 y sin negar que el vínculo hubiere iniciado en 1982-, que no contaba con los soportes de pago a dicho sistema por los periodos referidos.

83. Segunda. Luego de que la actora solicitara nuevamente a la empresa una búsqueda exhaustiva de sus archivos laborales, aquella emprendió la nueva pesquisa y le informó que definitivamente no los había encontrado. Sin embargo, el 27 de julio de 2023, la empresa pidió a Colpensiones que le remitiera copia de los pagos efectuados al sistema de pensiones en favor de la accionante. En esa comunicación, señaló que la actora estuvo trabajando para ella "(…) desde el 16 de noviembre de 1982 (…)".

84. Tercera. La accionante, en los anexos de la tutela, presentó una copia de un certificado laboral proferido por Laboratorios de Cosméticos Vogue Ltda., y firmado por la entonces directora de Relaciones Industriales de la empresa, Aura Yolanda Pinzón F., en el que se indicaba que el inicio de la relación laboral entre las partes tuvo lugar el 16 de noviembre de 1982. El empleador, en la contestación de la acción de tutela y en la respuesta al auto de pruebas del 24 de julio de 2024, indicó que ese certificado no contenía un membrete y que, por eso, no podía acreditarse su autenticidad.

85. Con todo, en respuesta al mismo auto de pruebas del 24 de julio de 2024, la actora aportó nuevamente este mismo certificado, y anexó otros. En esa oportunidad la accionante escaneó de una manera más legible el certificado indicado en el párrafo anterior. En esta nueva reproducción del documento sí se puede observar el membrete que extrañó el apoderado de la empresa accionada, e incluso puede verse que la firma de quien certifica está ubicada sobre el sello de la empresa.

86. Además, la persona que firmó el certificado antedicho (Aura Yolanda Pinzón F., en su calidad de directora de Relaciones Industriales de la empresa), también firmó otro de los certificados que la actora aportó al expediente en su respuesta al auto de pruebas. En este

último documento, se lee que la accionante trabajó desde febrero de 1990 hasta julio de 1992. Por estos periodos, la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., sí realizó cotizaciones al sistema de pensiones en favor de la accionante, como puede verse en su historia laboral.

87. Cuarta. Una vez se dio el respectivo traslado de las pruebas recaudadas por la Corte, la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. no remitió pronunciamiento alguno. En efecto, no descartó la autenticidad del documento aportado por la actora en su respuesta al auto de pruebas del 24 de julio de 2024, ni lo tachó de falso. Tampoco negó que la persona que suscribió los certificados referidos en el punto anterior hubiere sido empleada de esa empresa, ni descartó que ella hubiere fungido como directora de Relaciones Industriales en la época en que firmó, en calidad de tal, los certificados.

88. Quinta. Además de todo lo antedicho, Colpensiones informó a esta Corte, el 20 de agosto de 2024, que la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. le había solicitado estimar el cálculo actuarial que debía pagar por el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984. Igualmente, Colpensiones adjuntó una copia de esa solicitud. En la narración de los hechos que se incluyó en la mencionada petición, puede leerse lo siguiente:

"(…) La señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.628.397 de Bogotá D.C., trabajó para la sociedad Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. (antes Laboratorios de Cosméticos Vogue Ltda).

"El vínculo laboral transcurrió entre el 16 de noviembre de 1982 y hasta el 30 de enero de 1990. Sin embargo, los períodos comprendidos entre el 16 de noviembre de 1982 y hasta el 22 de noviembre de 1984 no se encuentran acreditados en la historia laboral de la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez.

"El último salario devengado por la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez antes del período de omisión correspondió a $11.850 (once mil ochocientos cincuenta pesos).

"Es el deseo de la sociedad Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. (antes Laboratorios de Cosméticos Vogue Ltda) reconocerle a la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez todo el tiempo trabajado, y por lo tanto, pagar al Sistema General de Seguridad Social la reserva

actuarial que sea procedente (…)”.

89. Como anexos de la solicitud antedicha, se encuentra un certificado suscrito por Aldo Daniel Rivera Martínez, quien en su calidad de representante legal de la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., hizo constar “(…) que la señora Martha Yamile Ordoñez Jiménez identificada con cédula de ciudadanía No. 51.628.397 de Bogotá, laboró mediante contrato de trabajo con la sociedad Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. // No obstante, los períodos comprendidos entre el dieciséis (16) de noviembre de 1982 y hasta el veintidós (22) de noviembre de 1984 fueron omitidos en su historia laboral”.

90. Como puede verse, la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. aceptó ante Colpensiones que omitió afiliar de manera oportuna a la accionante. Por ello, pidió que se estime el cálculo actuarial que deberá pagar. Esta versión coincide con la que indicó Colpensiones en sus comunicaciones del 29 de agosto y del 25 de septiembre de 2023. En ellas informó que el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984 no aparecía en la historia laboral de la accionante, básicamente porque su empleador solo la afilió al sistema de pensiones desde el 23 de noviembre de 1984, en adelante.

91. Al respecto, igualmente se advierte que Colpensiones ya estableció el valor del cálculo actuarial y lo comunicó a la empresa, según lo informado por esa administradora a la Corte en correos del 27 de agosto y del 10 de septiembre de 2024. De allí que lo único que resta en este proceso, es que la antigua empleadora de la accionante pague dicho valor, para que de esa manera los tiempos que la actora echa de menos puedan figurar en su historia laboral.

92. En consecuencia, teniendo en cuenta que los certificados allegados por la actora no fueron tachados de falsos por la empresa, específicamente cuando estos fueron conocidos por ella luego de que se surtiera el traslado de las pruebas recibidas por la Corte, es razonable asumir que aquellos son auténticos y que por tanto tienen pleno valor probatorio. Además, valorados en su conjunto todos los demás elementos de juicio que se han presentado al expediente, es perfectamente posible concluir que no existe un solo indicio que permita dudar de la veracidad de los documentos mencionados.

93. Esto se debe, en parte, a que el empleador no aportó ninguna prueba que contrarrestara la versión de la actora. De hecho, mientras en el proceso de tutela se defendía señalando

que no contaba con la documentación que permitiera acreditar la fecha exacta en que la accionante empezó a trabajar para él, solicitaba (al mismo tiempo) a Colpensiones la estimación de un cálculo actuarial por los periodos en que no afilió a la señora Ordoñez Jiménez. En esta última solicitud, como se ha visto, aceptó que la relación laboral sí inició el 16 de noviembre de 1982.

94. En esa medida, estando acreditado que la accionante sí laboró para Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984, la figura que se ha presentado en esta causa no es la de la mora en el pago de las cotizaciones, sino la de la omisión en la afiliación. En efecto, cuando inició el vínculo laboral entre las partes, correspondía al empleador afiliar a la trabajadora. Empero, no lo hizo y por ello lo procedente es ordenar al empleador que pague el respectivo cálculo actuarial a Colpensiones, con el ánimo de que esta última administradora corrija la historia laboral de la accionante, y estudie de nuevo si procede el reconocimiento de su pensión de vejez.

D. Síntesis de la decisión

96. La Corte conoció el caso de una ciudadana, de 65 años, que solicitó la corrección de su historia laboral porque en ella no aparecían los periodos trabajados, del 16 de noviembre de 1982 al 22 de noviembre de 1984, para su antiguo empleador Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. Colpensiones le indicó que esos periodos no aparecían en su historia laboral porque su empleador no la afilió oportunamente. Al mismo tiempo, su antiguo empleador le indicó que era materialmente imposible establecer con claridad la fecha en que inició la relación laboral, dado que ello había ocurrido hacía mucho tiempo.

97. Por su parte, el juez de tutela en primera instancia concluyó que la acción no superaba el presupuesto de la subsidiariedad. Decisión que fue acompañada por el juez de segunda instancia.

98. Luego de advertir que la acción de tutela era procedente, por cumplir los requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad, la Sala Quinta de Revisión se propuso identificar si la vulneración del derecho a la seguridad social y a la vida digna se había presentado. Para esto, recordó el precedente jurisprudencial sobre el deber que tienen los empleadores de custodiar la información laboral de sus trabajadores, y sobre las figuras de la omisión en la afiliación y el allanamiento a la mora. Al resolver el caso concreto, la Sala

identificó que en esta oportunidad se había presentado la figura de la omisión en la afiliación y que, por tanto, correspondía a Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S. pagar un cálculo actuarial a la administradora de pensiones, con el ánimo de que los periodos faltantes se incluyeran en la historia laboral de la accionante, y se tuvieran en consideración en el análisis de su derecho pensional.

99. Como consecuencia, la Sala revocó las sentencias proferidas por los jueces de instancia, amparó los derechos a la seguridad social y a la vida digna de la accionante, y ordenó a la empresa Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A.S., pagar el monto establecido por Colpensiones, por concepto de cálculo actuarial, respecto del periodo durante el cual omitió afiliar a la accionante (periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1984). Asimismo, ordenó a Colpensiones que, una vez recibido el pago del empleador accionado, estudie nuevamente si la actora tiene derecho a la pensión de vejez.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nom