T-505-19

Sentencia T-505/19

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia por cuanto medios de defensa ordinarios no son efectivos

INOPONIBILIDAD DE LA MORA PATRONAL PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Obligación de las entidades administradoras de cobrar a los empleadores morosos los aportes adeudados

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes

INCONSISTENCIAS EN HISTORIA LABORAL-Carga de la prueba es de la entidad administradora de pensiones

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y PENSION DE VEJEZ-Reconocimiento de indemnización sustitutiva no puede constituir una barrera para estudiar nuevamente solicitud de pensión de vejez

Ante un eventual reconocimiento de la pensión de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva, existe la posibilidad de deducir de las mesadas lo pagado por concepto de tal indemnización. Ello no se considera como una medida que pueda afectar la sostenibilidad financiera del sistema, pues de esta manera se asegura que los aportes del asegurado financien solamente una prestación

PENSION DE VEJEZ Y REGIMEN DE TRANSICION-Aplicación del Acuerdo 049/90

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez, según Decreto 758/90

Referencia: expediente T-7.310.345

Acción de tutela interpuesta por Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Hotel Calypso Beach.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La señora Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval formuló acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones) y el Hotel Calypso Beach. Solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso, al considerar que Colpensiones debió tener en cuenta los periodos de cotización en mora en que incurrió el Hotel Calypso Beach, para efectos de reconocer la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

2. Hechos probados relevantes[1]. La tutelante tiene 83 años de edad[2], no percibe un ingreso fijo[3], registra un puntaje de 22,76 en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBÉN-[4], y está vinculada al régimen subsidiado de salud[5]. Según su historia clínica, está diagnosticada con "riesgo cardiovascular alto", "diabetes", "hipertensión esencial" y "obesidad"[6].

3. La accionante aportó dos certificaciones laborales. La primera, del 5 de enero de 2005, según la cual trabajó para el Hotel Calypso Beach "como Auxiliar de Cocina durante el periodo comprendido del año 1976 al 1991", y la segunda, del 11 de octubre de 2010, en la que se indica que "fue trabajadora de [esa misma empresa] durante varios años de los cuales actualmente no existen archivos (…) lo único que podemos certificar es que su retiro del Seguro Social se realizó con la Planilla de Relación de Novedades el 31 de Enero

del año 1993”. En las certificaciones no se indicó que la vinculación laboral hubiera tenido interrupción[7].

4. La demandante fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales (en adelante I.S.S.) por Leonor Espinosa de Sosa, en calidad de representante legal del Hotel Calypso Beach[8], con el número patronal -23018400100-, correspondiente a las afiliaciones 230000815 y 922774525[9]. Con relación a lo anterior, se evidenció lo siguiente:

Afiliación -230000815-

Afiliación -922774525-

Fecha de Inicio

En comunicación del 17 de junio de 2019, Colpensiones señaló que la afiliación inició el 9 de enero de 1980[10].

En comunicación del 17 de junio de 2019, Colpensiones señaló que la afiliación inició el 22 de febrero de 1988[11].

Vigencia

Mediante documento del año 1993, el revisor de semanas cotizadas del I.S.S. certificó, que la actora “con número de afiliación 230000815 – 922774525 (…) con patronal 23018400100 figura activo”[12].

Fecha de desafiliación

El 17 de junio de 1993, el I.S.S. certificó que “la afiliación No. 230000815, quedó desafiliada del patronal 23018400100 desde el 31 de enero de 1993”[13].

En el registro de “periodos de afiliación” del I.S.S. se observa que la fecha de retiro de la afiliación “922774525”se efectuó el 31 de enero de 1993[14].

5. El 10 de julio de 1991 la tutelante solicitó al I.S.S. el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Por medio de la Resolución No. 1361 del 30 de marzo de 1992, el I.S.S. resolvió que la accionante no cumplió con el número de semanas cotizadas, exigidas por el Decreto 758 de 1990. Esto se debió a que “cotizó un total de 522 semanas de las cuales únicamente 480 fueron cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años”[15].

6. Por medio de oficio 2125 del 9 de diciembre de 1992, el subdirector financiero del I.S.S. manifestó al director del I.S.S en San Andrés Islas que “al revisar la solicitud de pensión presentada por la [demandante] (…) se estableció que el patrono WARNER GEORGA CLUB 5, patronal 23018400048 se encuentra en mora, afectando el reconocimiento de pensión del solicitante”. Con fundamento en ello, le solicitó que iniciara el cobro de aportes en mora[16]. Mediante comunicación del 2 de febrero de 1993, el director del I.S.S. en San Andrés Islas informó que, en atención al citado oficio 2152, la oficina de cobranzas realizó el cobro directo al mencionado empleador, quien pagó lo requerido[17]. Estas semanas de cotización fueron incluidas a la historia laboral de la actora[18].

7. Mediante Resolución 830 del 14 de febrero de 1994 el I.S.S. negó de nuevo el reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que la tutelante cotizó “601 semanas de las cuales solamente 480 fueron cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad”. Además, ordenó pagar a la accionante la suma de $1.956.240, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez[19].

8. El 25 de marzo de 1999 la demandante realizó ante el I.S.S. una nueva solicitud de la pensión de vejez, en la que afirmó que “en un principio faltó que se tuviera en cuenta unas 22 semanas que trabajé con el [Hotel Calypso Beach], la causa del desconocimiento fue [porque] el citado hotel no las había pagado (…). Pero para mí fortuna me enteré que el citado hotel las canceló (…) no era mi culpa que el Señor Gerente no pagara las cuotas que me habían descontado”[20]. El 24 de mayo de 1999 el I.S.S. dio respuesta negativa a esa petición y manifestó que “solicitó el certificado de semanas cotizadas a la Gerencia Nacional de Historia Laboral, para establecer si efectivamente el empleador había pagado la

mora como lo afirma en su oficio encontrando que figuran las mismas semanas que motivaron la negativa de esta Entidad a concederle pensión por vejez. Ahora bien, si usted tiene pruebas del pago de esa mora por parte del empleador, como el comprobante de pago expedido por esta Entidad a favor del empleador le solicitamos nos lo envíe”[21].

9. El 25 de septiembre de 2018 la actora solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez[22]. Esa entidad respondió, mediante la Resolución SUB267762 del 11 de octubre de 2018, negando la petición, con fundamento en que la tutelante: (i) no acreditó los requisitos del Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, debido a que solo cotizó 483 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, y un total de 604 semanas en todo el tiempo cotizado, (ii) no cumplió con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiaria del régimen de transición, es decir, haber cotizado 750 semanas al 25 de julio de 2005 o 1000 semanas en cualquier tiempo, (iii) no consolidó los requisitos de la Ley 797 de 2003 para la pensión de vejez, esto es 1300 semanas de cotización en cualquier tiempo, y (iv) recibió una indemnización sustitutiva, la cual es “incompatible” con la pensión de vejez[23].

10. En un informe de 16 de septiembre de 2018 Colpensiones registró que diversos empleadores cotizaron a favor de la accionante, en los siguientes periodos[24]:

Empleador

Periodo de tiempo efectivamente cotizado

Cortés Garcés Sonia

Del 06/02/1978 al 30/10/1978

Warner Georga Club 54

Del 28/09/1978 al 01/11/1979

Hotel Calypso Beach

Del 09/01/1980 al 30/06/1983

Hotel Calypso Beach

Del 22/02/1988 al 31/01/1993

Hotel Natania Ltda.

Del 15/04/1986 al 31/08/1986

Hotel Natania Ltda.

Del 03/10/1986 al 22/10/1987

11. Solicitud de tutela[25]. La demandante interpuso la acción de tutela sub examine el 15 de enero de 2019[26]. Manifestó que laboró para el Hotel Calypso Beach desde el 1° de enero de 1976 hasta el 31 de enero de 1993, y que dicho hotel incumplió su obligación

de realizar aportes a pensión en los periodos de cotización comprendidos del 1° de enero de 1976 al 8 de enero de 1980, y del 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988. Afirmó que el I.S.S. omitió su deber de cobrar al hotel demandado los periodos de cotización en mora de pago y, por tanto, le corresponde reconocer a la actora la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990. Afirmó que las semanas de cotización que el hotel accionado no canceló, sumadas a las semanas de cotización registradas en su historia laboral, le permitirían cumplir con los requisitos para pensionarse. Así las cosas, solicitó: (i) como pretensión principal, que se ordene a Colpensiones el pago de la pensión de vejez prevista en dicho régimen, junto con los intereses de mora pertinentes, y (ii) de modo subsidiario, que se ordene al Hotel Calypso Beach el pago de los periodos de cotización en mora y que, después de recibir dichos aportes, Colpensiones reconozca y pague a la tutelante la pensión de vejez solicitada. A continuación, se detallan los periodos que la accionante solicita le sean reconocidos por el Hotel Calypso Beach, en comparación con los tiempos que Colpensiones certificó:

Afiliación

Periodo

Cotización o mora

Del 01/01/1976 al 08/01/1980

Periodo no cotizado por parte del Hotel Calypso Beach

Sí registra afiliación al I.S.S. por parte del Hotel Calypso Beach

Del 09/01/1980 al 30/06/1983

Periodo cotizado por el Hotel Calypso Beach

Del 01/07/1983 al 21/02/1988

Periodo en mora de cotización por parte del Hotel Calypso Beach

Del 22/02/1988 al 31/01/1993

Periodo cotizado por el Hotel Calypso Beach

12. Contestación de las accionadas. Colpensiones señaló que la acción de tutela era improcedente debido a que el juez ordinario laboral era la autoridad competente para resolver la controversia. Además, reiteró que, por medio de Resolución del 11 de octubre de 2018, negó la pensión de vejez solicitada[27]. El demandado Hotel Calypso Beach no contestó la acción de tutela[28].

13. Decisión de primera instancia[29]. El 29 de enero de 2019 el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá declaró improcedente la solicitud de amparo. Consideró que el juez competente para resolver las pretensiones es el juez ordinario laboral, pues no se demostró el riesgo de acaecimiento de un perjuicio irremediable. Indicó que la "condición de salud complicada" de la actora y su avanzada edad no eran factores suficientes para "sustituir las vías ordinarias".

14. Impugnación[30]. La tutelante impugnó la decisión de primera instancia. Argumentó que se encuentra en una situación de perjuicio irremediable, dado que es una persona de la tercera edad, con graves afectaciones en su salud y sin recursos económicos, por lo cual es "desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales" someterla "a los rigores de un proceso judicial".

15. Segunda instancia[31]. El 26 de febrero de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Tercera de Decisión Laboral, confirmó la decisión del a quo. Manifestó que no se desconoció que la accionante es "un sujeto de especial protección y acreedora de un tratamiento especial y preferente", debido a "su precaria condición económica y su avanzada edad", pero que no era posible conceder lo pretendido, porque "no existe certeza de las razones por las cuales no aparecen registradas todas las semanas que dice la accionante su empleador Hotel Calypso Beach registra en mora y más aún que mediara afiliación previa al ISS que justificara e hiciera obligatoria las gestiones de cobro de esta entidad".

16. Actuaciones en sede de revisión. Mediante auto del 6 de junio de 2019, el despacho del magistrado ponente[32] decretó las siguientes pruebas: (i) a Colpensiones

que allegara copia del expediente administrativo de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante, (ii) al Hotel Calypso Beach que informara sobre su relación laboral con la actora y (iii) a la tutelante que explicara si advirtió, tanto al hotel demandado como al I.S.S., sobre la existencia de las semanas que, según ella, se encuentran en mora.

17. Respuesta de Colpensiones en sede de revisión. Por medio de dos comunicaciones radicadas el 17 de junio de 2019[33], allegó el expediente administrativo solicitado[34] y manifestó que: (i) la acción de tutela es improcedente, dado que la sola circunstancia de la edad de la accionante es insuficiente para justificar la intervención excepcional del juez de tutela; (ii) la demandante no ejerció los recursos de la vía administrativa en contra de la Resolución del 11 de octubre de 2018; (iii) la actora no solicitó la corrección de su historia laboral; (iv) Colpensiones carece de legitimación en la causa por pasiva, porque el empleador es el responsable de la afiliación y "en asuntos como el analizado es procedente la exigencia del correspondiente calculo actuarial, por parte del empleador, sin que sea posible trasladar a esa administradora tal carga"[35], de conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional en Auto 075 de 2019; (v) según la Sentencia SU-226 de 2019, la omisión del deber de afiliación obliga al empleador a pagar el monto fijado mediante un cálculo actuarial y "posterior a ello si [corresponde] efectuar el estudio prestacional"[36]; (vi) Colpensiones no adelantó ninguna acción de cobro por mora en contra del hotel demandado por los periodos pretendidos por la tutelante, debido a que se registró "relación laboral y novedad de retiro (R)"[37]; y (vii) en el caso sub examine "se presentó una omisión en la afiliación para los periodos reclamados, más no una mora"[38].

18. Respuesta del Hotel Calypso Beach en sede de revisión. En comunicación del 26 de junio de 2019, Benito J. Sosa, en calidad de gerente del hotel accionado, contestó que: "como quiera que no contamos con archivos de años anteriores a enero de 2007, nos es imposible afirmar o infirmar cualquier aseveración relacionada con cualquier forma de vínculo contractual entre el hotel y la señora SABALZA". Se aclara que el hotel demandado, con su intervención en sede de revisión, no desconoció las certificaciones laborales aportadas por la accionante del 5 de enero de 2005 y del 11 de octubre de 2010.

19. Respuesta de la accionante en sede de revisión. Manifestó que sí solicitó al I.S.S.

la corrección de su historia laboral, pero que no cuenta con prueba de ello. Además, informó que no solicitó al hotel demandado el pago de aportes, debido a que este manifestó haber realizado las cotizaciones[39].

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos y metodología de la decisión

20. Corresponde a la Sala Primera de Revisión establecer, en primer lugar, si la solicitud de tutela cumple con los requisitos de procedencia (problema jurídico de procedibilidad). De ser procedente, será necesario responder los siguientes problemas jurídicos sustanciales: (i) Si el Hotel Calypso Beach vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso de la señora Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval, al no pagar el periodo de cotización a pensión comprendido del 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988; y (ii) Si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales de la accionante al no tener en cuenta el mencionado periodo de cotización, que implicarían una mora del empleador, para efectos de reconocer la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990.

21. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala Primera de Revisión: (i) examinará si en este caso se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, posteriormente, de ser pertinente, (ii) reiterará la jurisprudencia de esta Corte sobre allanamiento a la mora del empleador en el pago de aportes, junto con los requisitos para acceder a la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990, y (iii) realizará el análisis de fondo del caso sub judice.

2. Análisis de procedibilidad

22. En este caso se cumple con el requisito de legitimación en la causa[40]. Con relación a la legitimación en la causa por activa, se encuentra que la acción de tutela fue presentada por la titular de los derechos fundamentales que se invocan vulnerados[41]. En cuanto a la legitimación por pasiva, por un lado, la tutela se dirige en contra de Colpensiones quien: (i) fue la entidad que negó la solicitud de pensión de vejez de la tutelante[42], (ii) es la autoridad competente para efectuar la corrección de la historia laboral que la accionante pretende[43] y (iii) es el fondo de pensiones en el cual la

demandante tiene registradas todas las semanas de cotización efectivamente pagadas y, por tanto, de acreditarse los requisitos necesarios para consolidar dicha prestación social, sería el encargado de reconocer la pensión de vejez requerida[44]. De otro lado, el Hotel Calypso Beach es la empresa que, según la actora, omitió el pago de los aportes a la seguridad social que se requieren para cumplir con los requisitos pensionales, empresa que registró a la tutelante con las afiliaciones 230000815 y 922774525, tal y como se observa en el expediente administrativo aportado por Colpensiones[45].

23. El asunto sub examine satisface el requisito de subsidiariedad. De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela cumple el requisito de subsidiariedad: (i) cuando el accionante no dispone de un medio ordinario de defensa judicial, o (ii) a pesar de este, se utiliza para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Al respecto se advierte que el medio ordinario de defensa judicial previsto por el legislador para resolver la controversia planteada por la demandante, es el proceso ordinario laboral, regulado por lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante C.P.T. y de la S.S.)[46]. Ahora bien, se evidencia que las circunstancias en las que se encuentra la actora configuran el riesgo de acaecimiento de un perjuicio irremediable, lo cual justifica la excepcional intervención del juez de tutela. Esto debido a que la tutelante: (a) es una persona de la tercera edad, pues tiene 83 años y, por tanto, es un sujeto de especial protección constitucional[47]; (b) su historia clínica revela que padece de diferentes enfermedades, circunstancia que, a su edad, le generan una situación de vulnerabilidad[48]; (c) no recibe ninguna renta o ingreso fijo, por lo cual afronta una precaria situación económica[49]; y (d) presenta un puntaje de 22,76 en el SISBÉN, lo que muestra la condición de pobreza[50] que le impide atender sus necesidades básicas de subsistencia. Así las cosas, sería desproporcionado exigirle a la tutelante que agote el medio judicial ordinario, pues existe la necesidad de impedir la concreción de un riesgo cierto, altamente probable, inminente y que requiere la impostergable intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la consumación de la afectación a sus derechos fundamentales, situación que en este caso en particular, el proceso ordinario laboral no es eficaz para impedir[51].

24. La acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez. La valoración del

cumplimiento del requisito de inmediatez depende de las circunstancias particulares de cada caso, pues este no tiene un término expreso de caducidad. La jurisprudencia ha señalado diferentes criterios para definir si el lapso entre los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales y la solicitud de amparo atiende a la finalidad de la acción de tutela, es decir, ser un mecanismo excepcional y expedito. Entre tales criterios se destacan "la pertenencia del actor a un grupo vulnerable, "la vulnerabilidad económica, además de la persistencia o agravación de la situación del actor", y "la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado" [52]. En el caso sub judice la demandante interpuso la tutela el 15 de enero de 2019, es decir, tres meses y cuatro días después de la expedición de la Resolución SUB267762 del 11 de octubre de 2018, que fue la última ocasión en la que Colpensiones negó la pretensión pensional de la actora. Para la Sala, este es un término razonable para interponer la acción de tutela, con el cual se satisface el requisito de inmediatez.

25. Aunque este caso presenta la situación particular de que el I.S.S., con anterioridad al 11 de octubre de 2018, se pronunció negando la solicitud pensional de la tutelante[53], lo cierto es que la conclusión sobre el cumplimiento de este requisito se mantiene, porque la tutelante fue absolutamente diligente en defender sus intereses, pues solicitó en diferentes ocasiones el reconocimiento pensional que ahora alega en sede de tutela, y en cuanto le fue posible procuró cumplir con las exigencias efectuadas por la entidad pensional[54], hasta llegar al momento en el cual la negativa de Colpensiones, a reconocer su derecho pensional, le resultó insuperable.

26. Agotado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, procede la Sala de Revisión a pronunciarse de fondo.

3. Reiteración de jurisprudencia sobre la mora del empleador en el pago de aportes y requisitos para acceder a la pensión regulada por el Decreto 758 de 1990

27. Reiteración de jurisprudencia sobre el allanamiento a la mora del empleador. La Corte ha abordado en diferentes oportunidades el mismo tema que ocupa los problemas jurídicos del presente caso (párr. 20) y que se concretan en el supuesto preciso de la mora del empleador en el pago de los aportes pensionales. Sobre este aspecto se han fijado las siguientes reglas jurisprudenciales:

28. i. Cuando un empleador incumple su obligación de cotizar oportunamente al sistema pensional al cual se encuentra afiliado su trabajador, la entidad administradora de pensiones debe adelantar las gestiones de cobro respectivas. Esto debido a que dicha entidad dispone de todas las herramientas legales que se requiere para hacer exigible el traslado efectivo de los aportes al Sistema de Seguridad Social[55].

29. ii. Cuando la administradora de pensiones no "ejerce el cobro coactivo, ni los mecanismos judiciales establecidos en la Ley para que cumpla a cabalidad con su obligación, se entenderá que se allanó a la mora"[56], es decir, que asume las consecuencias derivadas de su propia negligencia. Por este motivo le corresponde admitir la morosidad del empleador y reconocer el pago de las mesadas a que tiene derecho el trabajador. En estos casos, se ha dicho que de conformidad con los principio de buena fe y de confianza legítima, los efectos nocivos de la mora del empleador no se pueden trasladar al trabajador[57]. Se resalta que el I.S.S., hoy Colpensiones, tiene la obligación de ejercer acciones de cobro al empleador de los aportes a pensión en mora, según lo dispuesto en los Decretos 433 de 1971 y 2665 de 1988[58], posteriormente modificados por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2633 de 1994[59].

30. iii. Cuando la mora por parte del empleador en el pago de los aportes a pensión puede llegar a afectar el derecho al reconocimiento pensional de un afiliado, y la administradora de pensiones no ha realizado las gestiones de cobro pertinentes, no es admisible que dicha entidad deje de contabilizar periodos en mora al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez[60].

31. iv. Las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación corresponden al empleador, "quien [mantiene] dicha obligación hasta la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales o las cajas de previsión correspondientes"[61]. Esto de conformidad con lo previsto en el artículo 259 del Decreto Ley 2663 de 1950, el cual establece que: "las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

32. v. Las administradoras de pensiones son responsables de la custodia de la historia laboral para el reconocimiento pensional y, por ende, deben garantizar que contenga información veraz, cierta, precisa, actualizada y completa, a fin de que el afiliado pueda reclamar los derechos que le asisten[62]. En efecto, dicha entidad pensional tiene el deber de registrar la mora en el pago de aportes en la historia laboral del afiliado, lo cual "puede generarse por dos fenómenos a saber: a) cuando existiendo un vínculo laboral vigente el empleador no realiza el pago a la administradora de pensiones a la que esté afiliado el empleado, o b) cuando a pesar de haber cesado la relación laboral, el empleador no reporta la novedad de retiro a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)"[63].

33. vi. Esta Corte ha cuestionado "la práctica reprochable de suprimir de la historia laboral, las semanas en las que se presentara mora patronal y llamó la atención al respecto"[64]. En esa medida, afirmó que los errores operacionales en la administración de las historias laborales, tales como "problemas procedimentales o de trámites pendientes, razones formales o el incumplimiento de obligaciones que no le conciernen al usuario del sistema y pueden ser solventados por la autoridad pensional", no justifican la negativa de la pensión de vejez[65]. Además, la entidad pensional tampoco puede invocar a su favor el propio descuido en el uso de sus facultades de cobro, como una excusa para negar el reconocimiento de una pensión de vejez[66].

34. vii. Ante un eventual reconocimiento de la pensión de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva, existe la posibilidad de deducir de las mesadas lo pagado por concepto de tal indemnización. Ello no se considera como una medida que pueda afectar la sostenibilidad financiera del sistema, pues de esta manera se asegura que los aportes del asegurado financien solamente una prestación[67].

35. viii. Se aclara que las consecuencias jurídicas aplicables a los eventos de mora en el pago de aportes a pensión son diferentes a los casos en los que no ha mediado afiliación del trabajador a la administradora de pensiones. Frente a esta última circunstancia no aplican las reglas señaladas en precedencia, entre otras razones, porque no existió traslado del riesgo pensional y, por lo tanto, no existe el deber de cobro por parte del respectivo fondo de pensiones.

37. Sobre la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 (aprobado mediante el Decreto 758 de 1990). El debate sobre la solicitud pensional que ocupa el presente caso consiste en que la accionante pretende el reconocimiento de la pensión de vejez regulada por el Decreto 758 de 1990, y Colpensiones argumenta que la actora no cumple con el requisito de semanas de la pensión de vejez que exige el citado decreto. Al respecto, la actora considera que si se tienen en cuenta las semanas de cotización en mora que pretende sean reconocidas, podría completar las semanas de cotización que requiere para acceder a la pensión de vejez que solicita. Dado que en este caso existe la posibilidad de contabilizar las semanas de cotización en mora del empleador (Párr. 27), resulta pertinente precisar los siguientes requisitos que la demandante tendría que cumplir para acceder a la pensión de vejez que pretende:

38. i. En primer lugar, la actora debe demostrar que cumple con los presupuestos para ser beneficiaria del régimen de transición. Esto debido a que solamente a los beneficiarios del régimen de transición le son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. De acuerdo a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la accionante tendría que cumplir con alguno de los siguientes presupuestos para poder acceder al régimen de transición: (a) en el caso de la mujer, tener 35 años de edad o más al 1 de abril de 1994, o (b) 15 años o más de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, sin consideración a la edad. Además de lo expuesto, según la modificación del Acto Legislativo 01 de 2005, la tutelante tendría que encontrarse en alguna de la siguientes circunstancias para conservar el régimen de transición: (a) haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios para obtener una pensión de un régimen anterior a la Ley 100 de 1993, antes del 31 de julio de 2010, o, en caso de no acreditarse lo dicho en este literal, (b) tener al menos 750 semanas de cotización al 25 de julio de 2005 y haber cumplido los requisitos pensionales del régimen anterior antes del 31 de diciembre de 2014[68]. De no acreditarse alguna de las mencionadas circunstancias, la accionante perdería definitivamente la posibilidad de beneficiarse del régimen de transición y, por ende, el único régimen pensional que se le podría aplicar sería el previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[69].

39. ii. En el caso de la tutelante, el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993 que sería aplicable es el del Decreto 758 de 1990, debido a que fue afiliada por diferentes empleadores al I.S.S. y no pertenecía a algún régimen pensional especial o exceptuado. Los

requisitos pensionales del Decreto 758 de 1990 que le son exigibles a la accionante son, por ser mujer: (a) la edad de 55 años, y (b) 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, o 1000 semanas en cualquier tiempo.

40. En estos términos, a continuación se ilustran los mencionados requisitos que la actora tendría que cumplir para poder acceder a la pensión de vejez solicitada:

Requisitos que la accionante requiere para acceder a la pensión de vejez regulada por el Decreto 758 de 1990

i) Requisitos del régimen de transición previstos en la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

ii) Requisitos del Decreto 758 de 1990.

(a) 35 años de edad o más, o (b) 15 o más años de servicios cotizados, al 1° de abril de 1994

(a) Haber cumplido los requisitos pensionales del régimen anterior antes del 31 de julio de 2010, o, en caso de no acreditarse lo dicho, (b) tener al menos 750 semanas de cotización al 25 de julio de 2005 y haber cumplido los requisitos pensionales del régimen anterior antes del 31 de diciembre de 2014.

Edad mujer: 55 años.

(a) 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, o (b) 1000 semanas en cualquier tiempo.

41. El cálculo para efectos de establecer el cumplimiento del requisito de semanas de cotización se debe hacer por el tiempo efectivamente laborado, sin sumar los aportes simultáneos[70].

42. Así las cosas, en el caso que resulte viable acceder al reconocimiento de semanas de cotización en mora, sería necesario establecer también si la actora cumple con los requisitos, atrás referidos, para acceder al régimen de transición y a la pensión de vejez regulada por el Decreto 758 de 1990.

4. Análisis del caso concreto

43. El Hotel Calypso Beach incurrió en mora de pago de aportes a pensión de la accionante desde el 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988. La Sala constata que el hotel demandado incurrió en mora, al acreditarse lo siguiente:

44. i. La tutelante laboró formalmente para la empresa accionada, por lo menos, desde el 9 de enero de 1980 hasta el 31 de enero de 1993, según se corrobora con lo siguiente: (i) la certificación laboral del 5 de enero de 2005 indica que la accionante trabajó desde el año 1976 al 1991[71], y la certificación laboral del 11 de octubre de 2010 evidencia que la demandante prestó sus servicios durante varios años y que fue retirada del I.S.S. el 31 de enero del año 1993[72]; (ii) la certificación laboral del 5 de enero de 2005 fue suscrita por Nubia Calvo, quien se identifica como jefe de personal del hotel demandado, y es la misma persona que remitió a esta Corte el correo electrónico del 27 de junio de 2019[73], con el cual, el hotel accionado se pronunció sobre el requerimiento que el magistrado ponente efectuó con auto del 6 de junio de 2019; (iii) en comunicación del 27 de junio de 2019[74], Benito José Sosa, gerente de la empresa accionada, no desconoció el valor probatorio de las certificaciones laborales aportadas por la actora[75]; (iv) en las citadas constancias laborales no se indicó que la vinculación hubiera presentado interrupción; y (v) desde el 9 de enero de 1980 al 30 de junio de 1983 y del 22 de febrero de 1988 al 31 de enero de 1993, Calypso Beach pagó los aportes a pensión de la tutelante.

45. ii. El hotel demandado[76] afilió a la accionante en el I.S.S. desde el 9 de enero de 1980, afiliación que se mantuvo hasta el 31 de enero de 1993, por lo tanto, tenía la obligación de pagar los aportes a pensión durante ese periodo. Ello se confirma con lo que sigue: (i) Colpensiones señaló que a partir del 9 de enero de 1980 la demandante fue afiliada por la empresa demandada mediante afiliación 230000815, la cual finalizó el 31 de enero de 1993, sin reporte de interrupciones[77]; (ii) el I.S.S. certificó que la afiliación 230000815 figuraba activa en el año 1993[78]; y (iii) aunque Colpensiones afirmó que “se registra relación laboral y novedad de retiro”[79], se aclara que no aportó prueba que indique que la afiliación 230000815 tuviera una novedad de retiro diferente a la del 31 de enero de 1993, lo cual sí se probó con certificación del 17 de junio de 1993[80].

46. iii. Lo expuesto permite concluir que el Hotel Calypso Beach incurrió en la mora de pago de los aportes a pensión de la actora causados durante el periodo comprendido entre el 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988. Adicionalmente, se advierte que no se demostró que el hotel demandado hubiera afiliado a la tutelante entre el 1° de enero de 1976 y 8 de enero de 1980, tiempo que también fue requerido por la actora, y, frente al cual, no es posible afirmar que se haya presentado la figura de la mora en el pago de aportes (párr. 33) en tanto que no existió transferencia del riesgo pensional.

47. Colpensiones incumplió su obligación de tener en cuenta para efectos pensionales las semanas de cotización en mora del 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988 del Hotel Calypso Beach, y se allanó a la mora del empleador. En este caso: (i) se demostró que la demandante contaba con una afiliación activa al I.S.S. durante el periodo comprendido entre el 1° de julio de 1983 y el 21 de febrero de 1988 y que, ante la falta de pago del empleador en dicho lapso, el I.S.S. tenía la obligación de ejercer las acciones de cobro a su cargo (párr. 27 y 38); (ii) no se demostró que el I.S.S. o Colpensiones hubieran ejercido alguna acción de cobro en contra de la empresa demandada por el periodo en mora, suscitado entre el 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988; (iii) se probó que el I.S.S. sí se percató de la mora del empleador Warner Georga, que ejerció acciones de cobro en contra del mismo y que logró que este pagara los aportes a pensión que adeudaba, lo cual ratifica que frente al hotel demandado pudo haber ejercido las mismas acciones y, sin justificación alguna, no lo hizo; y (iv) se evidenció que, el 25 de marzo de 1999, la accionante advirtió al I.S.S. que habían unas semanas de cotización del hotel demandado que no se reportaban en su historia laboral, y el I.S.S. no demostró haber verificado si la empresa accionada estaba en mora, ni haber efectuado alguna acción de cobro al respecto[81].

48. En consecuencia de lo anterior, Colpensiones omitió su deber de incluir en la historia laboral de la actora el lapso en mora del 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988, para efectos de contabilizar el requisito pensional de semanas de cotización (párr. 31). Así, es claro que dicha administradora se allanó a la mora del empleador, lo cual trae como consecuencia que debe admitir la mora del Hotel Calypso Beach en la historia laboral de la tutelante, a fin de que esas semanas también sean contabilizadas para efectos pensionales.

49. Por lo tanto, en el presente caso se encuentran cumplidos los presupuestos exigidos por las reglas jurisprudenciales referidas al allanamiento de la mora del empleador (Párr. 27):

Regla jurisprudencial

Caso concreto

i. El empleador incumplió la obligación de pagar aportes a pensión, en favor del trabajador que se encuentra debidamente afiliado.

Cumple

ii. El fondo de pensiones no ejerció los mecanismos previstos por la ley para exigir al empleador el pago del aporte a pensión en mora.

Cumple

iii. La mora del empleador puede afectar el derecho al reconocimiento pensional del afiliado.

Cumple

iv. Las obligaciones derivadas del reconocimiento pensional no corresponden al empleador, pues fueron transferidas al fondo de pensiones con la afiliación del trabajador.

Cumple

v. El fondo de pensiones no registró los periodos en mora del empleador en la historia laboral del afiliado.

Cumple

vi. El descuido del fondo de pensiones, en el uso de sus facultades de cobro o en la administración de la historia laboral, no es una excusa válida para no tener en cuenta los periodos en mora.

Cumple. Esta regla aplica al caso pues el fondo de pensiones no justificó en modo alguno la omisión de cobro y por tanto debe tener en cuenta los periodos en mora.

vii. El previo pago de una indemnización sustitutiva no impide el posterior reconocimiento de una pensión de vejez.

Cumple. Esta regla aplica al caso pues la accionante recibió una indemnización sustitutiva.

viii. No se trata de un caso de omisión en la afiliación a pensión.

Cumple. La reclamación por mora que se tiene en

cuenta únicamente corresponde al periodo comprendido entre el 1° de julio de

1983 y el 21 de febrero de 1988, en los cuales existió afiliación activa del

trabajador.

50. Verificada la viabilidad de contabilizar para efectos pensionales el periodo de cotización en mora del 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988, a continuación, corresponde determinar si la tutelante cumple los requisitos para el reconocimiento pensional que pretende.

51. La accionante cumple los requisitos para acceder al régimen de transición y a la

pensión de vejez regulada por el Decreto 758 de 1990. Las semanas de cotización a pensión en mora, que estaban a cargo del hotel demandado, comprendidas entre el 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988, suman un total de 242,29. Estas permiten que la demandante acredite los requisitos para acceder al régimen de transición y a la pensión solicitada[82] (párr. 34), tal y como se describe a continuación:

52. i. La actora cuenta con un total de 772,15 semanas de cotización, no simultáneas, que se componen de 529,86 semanas efectivamente cotizadas por distintos empleadores, y 242,29 semanas que deben ser contabilizadas en virtud del allanamiento a la mora de Colpensiones:

Empleador

Periodo laborado no simultaneo

Semanas[83]

Cortes Garcés Sonia

Del 06/02/1978 al 30/10/1978

38,14

Warner Georga Club 54

Del 31/10/1978 al 01/11/1979

52,43

Hotel Calypso Beach

Del 09/01/1980 al 30/06/1983

181,29

Hotel Calypso Beach

Del 01/07/1983 al 21/02/1988

242,29

Hotel Calypso Beach

Del 22/02/1988 al 31/01/1993

258

Total de semanas

772,15

53. ii. La accionante satisface el requisito de 500 semanas de cotización, no simultáneas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años. Precisamente, con antelación al 9 de octubre de 1990 (fecha de cumplimiento de la edad de 55 años) completó un total de 651,29 semanas:

Empleador

Periodo laborado no simultaneo

Cortes Garcés Sonia

Del 06/02/1978 al 30/10/1978

38,14

Warner Georga Club 54

Del 31/10/1978 al 01/11/1979

52,43

Hotel Calypso Beach

Del 09/01/1980 al 30/06/1983

181,29

Hotel Calypso Beach

Del 01/07/1983 al 21/02/1988

242,29

Hotel Calypso Beach

Del 22/02/1988 al 9/10/1990

137,14

Total de semanas

651,29

54. iii. En estos términos, la tutelante cumple los requisitos para acceder al régimen de transición y a la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990, así:

Aplicación de los requisitos pensionales al caso de la actora

(i) Cumple los requisitos del Régimen de transición

(ii) Cumple los requisitos del Decreto 758 de 1990

a) Tenía más de 35 años al 1° de abril de 1994 (para esa fecha tenía 58 años).

b) Cumplió los requisitos pensionales previstos en el Decreto 758 de 1990, antes del 31 de julio de 2010, tal y como se observa en el No. (ii) del presente cuadro[84].

a) Cumplió los 55 años el 9 de octubre de 1990.

55. Conclusión. Atendiendo a lo expuesto, la Sala considera que Colpensiones violó los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso de la señora Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval. En efecto, la demandante es beneficiaria de la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, dado que Colpensiones omitió su obligación de tener en cuenta para efectos pensionales las 242,29 semanas de cotización en mora en que incurrió el Hotel Calypso Beach, desde el 1° de julio de 1983 al 21 de febrero de 1988. En consecuencia, se ordenará a Colpensiones que reconozca y pague la pensión de vejez solicitada por la accionante.

56. Remedio frente a la vulneración. Como ha quedado expuesto, es procedente conceder el reconocimiento pensional solicitado por la accionante, por tal motivo, a continuación se indican las condiciones en las cuales es pertinente conceder el amparo:

57. i. El reconocimiento pensional que procede con la presente decisión no incluye el retroactivo pensional. En este caso el pago de la pensión será efectivo desde las mesadas pensionales que se causen a partir de la fecha de notificación de esta sentencia. Esto debido a que: (a) los derechos fundamentales que se amparan con este fallo, principalmente el del mínimo vital, encuentran satisfacción con el pago respectivo de la mesada pensional correspondiente; y (b) tal como se evidenció con las reglas jurisprudenciales aplicables al caso sobre mora del empleador (Párr. 27-35), la presente sentencia es constitutiva del derecho[85] y, por tanto, el amparo del juez de tutela no lleva implícito el reconocimiento de un retroactivo pensional. Al respecto, se aclara que la sentencia constitutiva en el ámbito de una acción de tutela se circunscribe a la garantía de los derechos fundamentales, tal y como ocurrió en el caso del reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional de la Sentencia SU-1073 de 2012. Por consiguiente, la controversia que se pueda suscitar con relación al retroactivo pensional puede ser dilucidada ante la jurisdicción ordinaria laboral.

58. ii. En igual sentido, el presente fallo no obsta para que Colpensiones pueda ejercer las acciones de cobro que considere pertinentes en contra del Hotel Calypso Beach.

59. iii. Asimismo, se recalca que Colpensiones puede deducir de las mesadas pensionales que cancele a la accionante, de forma periódica, el dinero que recibió por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Sin embargo, el monto de la mesada pensional no puede ser inferior a un salario mínimo legal vigente (parr. 33).

60. iv. Por otra parte, en consideración a que la actora cuenta con el proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de vejez pretendida, es necesario resaltar que, en principio, la decisión de esta sentencia debería proceder como mecanismo transitorio para evitar la concreción de un perjuicio irremediable, lo cual impondría a la accionante el deber de iniciar el proceso ordinario laboral en un lapso determinado. No obstante, dadas las particulares condiciones en las que se encuentra la tutelante (párr. 23), que existe certeza sobre su derecho a la pensión de vejez (párr. 44) y en virtud del principio de economía procesal[86], la Sala considera que lo razonable es conceder el amparo constitucional de forma definitiva[87].

61. En virtud de lo anterior, esta Sala ordenará a Colpensiones que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, incluya a la señora Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval en la nómina de pensionados y efectué el pago de la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, como mecanismo definitivo de protección. El pago de la pensión no incluirá el reconocimiento de un retroactivo pensional, sino que será efectivo desde las mesadas pensionales que se causen a partir de la fecha de notificación de esta sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Segundo.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, incluya a la señora Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval en la nómina de pensionados y efectué el pago de la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, como mecanismo definitivo de protección, en las condiciones señaladas en la parte motiva de

esta sentencia.

Tercero.- LIBRAR, por Secretaría General, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-505/19

PENSION DE VEJEZ-Se debió ordenar pago retroactivo de la pensión, a partir del momento en que se cumplen los requisitos (Aclaración de voto)

Debido a la condición de vulnerabilidad de la accionante, considero que el Fallo debió conceder el retroactivo pensional y no debió fundamentar su negativa en la infundada tesis

de que la Sentencia es constitutiva del derecho amparado.

(M. P. CARLOS BERNAL PULIDO)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito expresar las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Primera de Revisión en la Sentencia T-505 de 2019. Si bien comparto la resolución de amparar los derechos de la accionante, considero que debió reconocérsele también el respectivo retroactivo pensional, al cual tiene derecho. A mi juicio, en eventos en los cuales una persona se halla en las condiciones de la peticionaria, resulta injustificado someter a más dilación la garantía de todas las prestaciones en seguridad social que la Ley prevé a su favor.

1. En el caso decidido por la Sala, la señora Teresa de Jesús Sabalza de Sandoval interpuso acción de tutela contra Colpensiones y el Hotel Calypso Beach. Esto, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, y debido proceso, al considerar que Colpensiones debió tener en cuenta los periodos de cotización en mora en que incurrió el Hotel Calypso Beach, para efectos de reconocer la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990.

La Sentencia resolvió conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones incluir a la actora en la nómina de pensionados y efectuar el pago de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990. Con relación al retroactivo pensional, decidió no incluir consideración alguna sobre su procedencia con fundamento en que: (i) el mínimo vital encontraba satisfacción con el pago de la respectiva mesada pensional; y (ii) la sentencia era "constitutiva del derecho"[88], por lo cual el amparo del juez de tutela no llevaba "implícito el reconocimiento de un retroactivo pensional". La sentencia afirmó aclarar que la discusión sobre el retroactivo pensional se podía suscitar ante la jurisdicción ordinaria laboral.

1.1. Estoy de acuerdo con la decisión de amparar y con el análisis realizado, que llevó a concluir que, en efecto, Colpensiones vulneró los derechos fundamentales de la demandante. Sin embargo, discrepo en que no se le haya concedido el retroactivo pensional al que igualmente tiene derecho. La accionante tuvo que esperar varios años para lograr el reconocimiento de su pensión, y hoy tiene 84 años, cuenta con un puntaje de 22,76 en el

SISBÉN, se encuentra vinculada al régimen subsidiado de salud y padece diferentes afectaciones físicas ("riesgo cardiovascular alto", "diabetes", "hipertensión esencial" y "obesidad"). En estas condiciones, considero desproporcionado e irrazonable remitirla a que debata su derecho al retroactivo pensional ante la jurisdicción ordinaria laboral.

1.2. De otra parte, pese a la advertencia de que es posible reclamar el retroactivo pensional ante el juez laboral, me parece que las consideraciones que contiene el fallo, en el sentido de que la propia decisión es "constitutiva del derecho", podrían inducir a la errónea interpretación de que el derecho solo surgió jurídicamente con la Sentencia y que, por ende, no hay lugar a reclamar el mencionado retroactivo de lo causado con anterioridad. En otras palabras, la tesis de que la Sentencia es constitutiva del derecho podría ocasionar la consecuencia de que, aunque se reconozca la posibilidad de reclamar el retroactivo pensional ante el juez laboral, en la práctica no se conceda esta pretensión con el argumento de que el derecho solo surgió con la decisión. Por si fueran necesarias, esto me lleva a realizar, así mismo, las siguientes precisiones:

El derecho pensional no se adquiere con el reconocimiento judicial, sino cuando se cumplen las condiciones fijadas por el Legislador para obtenerlo, motivo por el cual es equívoco afirmar que la Sentencia es "constitutiva del derecho". Además, en la Sentencia de la que me aparto parcialmente no se presentaron argumentos sólidos para sustentar la tesis de que la decisión "constituye el derecho". Esto, dado que la sentencia SU-005 de 2018, que se cita como ejemplo de una sentencia constitutiva[89], no se ajusta a la situación fáctica de la Sentencia T-505 de 2019, pues en tal oportunidad se discutía una pensión de sobrevivientes, mientras que en el presente asunto se trata de una pensión de vejez, lo cual evidencia una diferencia de supuestos que no fue dilucidada. De igual manera, la Sentencia SU-1073 de 2012, también referenciada con los mismos fines, no contiene alguna consideración específica sobre el tema.

2. Así las cosas, debido a la condición de vulnerabilidad de la accionante, considero que el Fallo debió conceder el retroactivo pensional y no debió fundamentar su negativa en la infundada tesis de que la Sentencia es constitutiva del derecho amparado.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Primera de Revisión.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] La situación fáctica descrita en esta sentencia se circunscribe a las aseveraciones que cuentan con respaldo probatorio, recaudado en las instancias de tutela o en sede de revisión.

[2] Fecha de nacimiento: 9 de octubre de 1935. Cno. 1, fl. 13.

[4] Cno. 1, fl. 33.

[5] Cno. 1, fl. 32.

[6] Cno. 1, fls. 25 al 29.

[7] Cno. 1, fls. 17 y 18.

[8] A folio 11 del cno. 1 obra Certificado de Matrícula Mercantil de Persona Natural expedido por la Cámara de Comercio de San Andrés, el 12 de diciembre de 2018, en el cual se indica que Leonor Espinosa de Sosa es la propietaria de la empresa accionada. A folio 122 del cno. de revisión se encuentra la información consultada por el magistrado ponente en la página web www.rues.org.co, en la cual se observa que la última renovación al registro mercantil fue en el año 2019 y que, según el Registro Nacional de Turismo, la representante legal del hotel es Leonor Espinosa de Sosa. De igual forma, a folio 76 del cno. de revisión, se encuentra Resolución No. 01361 de 1992 en la que se indica que el número patronal del hotel demandado es igual al que se registra para Leonor Espinosa de Sosa, como se observa en la certificación del I.S.S. del folio 65 del cno. de revisión.

[9] Cno. de revisión fl. 76.

[10] Cno. de revisión fl. 106.

[11] Cno. de revisión fl. 106.

[12] Cno. de revisión fl. 76.

[13] Cno. de revisión a folio 71.

[14] Cno. de revisión fl. 65.

[15] Cno. de revisión 1, fl. 76 y 77.

[16] Cno. de revisión fl. 73.

[17] Cno. de revisión fl. 71.

[18] Cno. de revisión fl. 103.

[19] Cno. de revisión fl. 67.

[20] Cno. de revisión fl. 67.

[21] Cno. de revisión fl. 64.

[22] Cno. 1, fl. 20.

[23] Cno. 1 fl. 21.

[24] Cno. 1 fl. 15.

[25] Cno. 1, fl. 3.

[26] Cno. 1, fl. 34.

[27] Cno. 1 fls. 41 y 49.

[28] Cno. 1, fls. 35 y 39. Mediante auto del 17 de enero de 2018, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la acción de tutela en contra del Hotel Calypso Beach y ordenó comunicarle tal decisión. El juzgado remitió telegrama a la dirección de notificación que se registra en el certificado de matrícula mercantil del hotel demandado.

[29] Cno. 1, fl. 55. Se aclara que esta decisión fue notificada al Hotel Calypso Beach

mediante telegrama remitido a la dirección de notificación que registra en el certificado de matrícula mercantil (cno. 1 fl. 67).

[30] Cno. 1 fl. 65.

[31] Cno. 2 fl. 3. Se resalta que esta decisión fue notificada al Hotel Calypso Beach mediante telegrama remitido a la dirección de notificación que registra en el certificado de matrícula mercantil (cno. 2 fl. 12). El Tribunal también envío al hotel demandado la notificación de la sentencia al correo electrónico registrado en el certificado de matrícula mercantil (cno. 2 fl. 9).

[32] Cno. de revisión, fl. 45.

[33] Cno. de revisión, fls. 103 y 88

[34] Cno. de revisión, fl. 58

[35] Cno. de revisión fl. 104

[36] Cno. de revisión fl. 106.

[37] Cno. de revisión fl. 106.

[38] Cno. de revisión fl. 107.

[39] Cno. de revisión fl. 101.

[40] Constitución Política, artículo 86; Decreto Ley 2591 de 1991, artículos 1, 5, 10 y 13.

[41] La acción de tutela fue presentada por medio de abogado debidamente autorizado (Cno. 1 fl. 1).

[42] Resolución SUB267762 del 11 de octubre de 2018 (Cno. 1, fl. 21).

[43] Artículo 2.6.5.2.5. de la Ley Estatutaria 1581 de 2012: “debe entenderse que no sólo existe un derecho del Titular del dato de acceder a su información, sino que esta garantía implica que cuando de la inclusión de datos personales en determinadas bases, deriven situaciones ventajosas para el titular, la entidad administradora de datos estará en la

obligación de incorporarlos, si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exige para tales efectos, de tal forma que queda prohibido negar la incorporación injustificada a la base de datos".

[45] Cno. de revisión fl. 76.

[46] Así lo confirman sentencias como la T-381 de 2017. Precisamente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha conocido casos sobre el mismo tema que aquí se discute, por ejemplo, en la Sentencia Rad. N° 42299 del 5 de junio de 2012. Además, el juez ordinario laboral puede implementar las medidas cautelares que considere necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 590 del Código General del Proceso.

[47] Esto de acuerdo a lo explicado en la sentencia T-047 de 2015: "será adoptado como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE (...) el análisis de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo se flexibiliza para aquellas personas que alcancen la mencionada edad pues en estos casos, generalmente, la jurisdicción ordinaria no resulta ser lo suficientemente eficaz e idónea". Se aclara que el DANE informó que la esperanza de vida de las mujeres en Colombia para el periodo de 2015 a 2010 es de 79 años (Ver: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf).

[48] La historia clínica de la accionante refleja que presenta un "riesgo cardiovascular alto", su diagnóstico principal es "diabetes" y los diagnósticos relacionados son "hipertensión esencial" y "obesidad" (fl. 25).

[49] Cno. 1 fl. 6 y Cno. de revisión fl. 2.

[50] Si bien el mencionado puntaje no tiene un significado inherente, lo cierto es que constituye un criterio importante para valorar el grado de vulnerabilidad de las personas. Ver la Sentencia T-028 de 2018.

[51] Sentencia SU-695 de 2015: "La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser

ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos".

[52] Sentencia T-412 de 2018.

[53] La última petición que la accionante realizó al I.S.S. tuvo respuesta mediante comunicación del 24 de mayo de 1999, y desde esa fecha hasta el 11 de octubre de 2018, fecha de la citada Resolución SUB267762, la demandante no realizó ninguna reclamación administrativa o judicial.

[54] Se han presentado las siguientes actuaciones en torno a la pensión de vejez que pretende la accionante: (i) el 10 de julio de 1991 la tutelante solicitó al I.S.S. el reconocimiento de la pensión de vejez, y este fue negado mediante Resolución No. 1361 del 30 de marzo de 1992 (Cno. de revisión 1, fl. 76 y 77); (ii) el 2 de febrero de 1993, el I.S.S. decidió ejercer acciones de cobro de aportes en mora en contra de George Warner, exempleador de la accionante, cuyo respectivo pago generó la inclusión de esas semanas de cotización en la historia laboral de la accionante (Cno. de revisión fl. 73); (iii) el 14 de febrero de 1994, el I.S.S. decidió proferir la Resolución 830, mediante la cual ordenó pagar a la tutelante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (Cno. de revisión fl. 67); (iv) el 25 de marzo de 1999 la accionante advirtió al I.S.S. sobre unas semanas en las que había laborado con el hotel demandado que no se reflejaban en la historia laboral, y recibió respuesta a ello mediante comunicación del 24 de mayo de 1999 (Cno. de revisión fl. 67); y (v) el 25 de septiembre de 2018 la tutelante solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, que fue negada mediante Resolución SUB267762 del 11 de octubre de 2018 (Cno. 1 fl.21).

[55] Ver Sentencia T-230 de 2018.

[56] Sentencia T-398 de 2013.

[57] Ver las Sentencias T-399 de 2016, T-526 de 2014 y T-079 de 2016.

[58] Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, No. 38622 17 de mayo de 2011.

[59] Sentencia T-362 de 2011: "No sobra aclarar que, si bien la mora del deudor se dio

desde 1980, esta prosiguió hasta el 31 de diciembre de 1994 cuando ya estaba vigente la ley 100 de 1993, el Decreto 2665 de 1988 y el Decreto 2633 de 1994 y por ende, el I.S.S. contaba con los mecanismos para hacer efectivo el pago de los aportes por parte del deudor moroso".

[60] Ver Sentencia T-436 de 2017.

[61] Auto 075 de 2019, con el cual la Sala Plena anuló la sentencia T-352 de 2018.

[62] Ver Sentencia T-718 de 2005 y T-399 de 2016.

[63] Sentencia T-315 de 2018.

[64] Sentencia T-379 de 2017.

[65] Sentencia T-315 de 2018.

[66] Ver las Sentencias T-436 de 2017, T-940 de 2013 y T-053 de 2010.

[67] Ver Sentencia T-596 de 2016.

[68] Ver Sentencia T-370 de 2016.

[69] "1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."

[70] Ver el artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989, la Sentencia T-526 de 2014 y las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rads. No. 42299 de 2012 y No. 66990 de 2019.

[71] Cno. 1, fl. 17

[72] Cno. 1, fl. 18

[73] Cno. de revisión fl. 98.

[75] Las fotocopias simples de las certificaciones aportadas por la accionante cuentan con pleno valor probatorio de acuerdo con lo previsto en el artículo 246 del Código General del Proceso.

[76] Cno. 1 fl. 14.

[77] En comunicación del 17 de junio de 2019.

[78] En documento fechado del año 1993.

[79] En comunicación del 17 de junio de 2019.

[80] Cno. de revisión fl. 71.

[81] Cno. de revisión fl. 67.

[82] Como quiera que la accionante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez solicitada con las semanas en mora de pago, la Sala considera que no es necesario realizar algún pronunciamiento sobre el periodo reclamado por la tutelante del 1° de enero de 1976 al 8 de enero de 1980, en el cual no se comprobó afiliación de la tutelante por parte del hotel demandado al I.S.S.

[83] Estas semanas efectivamente cotizadas fueron reconocidas por Colpensiones en reporte del fl. 14, Cno. 1.

[84] Se aclara que en el sub judice la tutelante logró preservar el régimen de transición, de conformidad con el primer supuesto previsto en el parágrafo transitorio No. 4 del artículo primero del Acto legislativo 01 de 2005. Por tanto, no fue necesario verificar el cumplimiento del segundo supuesto, es decir, el de cumplir 750 semanas al 25 de julio de 2005.

[85] Un ejemplo de sentencia constitutiva del derecho también se encuentra con la Sentencia SU-005 de 2018.

[86] Artículo 42 del C.G.P.

[87] Ver, por ejemplo, las Sentencias T-086 de 2009, T-512 de 2015, T-026 de 2010, T-1045 de 2010, T-921 de 2010, T-546 de 2015, T-215 de 2008, T-076 de 2003 y T-008 de 2018.

[88] Párrafo No. 57 literal (b) de la Sentencia T-505 de 2019.

[89] Pie de página No. 85 de la Sentencia T-505 de 2019.