

Cartagena de Indias D. T. y C., ocho (08) de junio de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	TUTELA
Radicado	13001-33-33-005-2023-00205-01
Accionante	RAFAELA ESCUDERO PEÑAFIEL
Accionado	COLPENSIONES
Tema	Modifica - ampara debido proceso y seguridad social en cuanto a la actualización de la historia laboral debido a que las consecuencias de la falta de afiliación y el pago tardío de los aportes no debe ser trasladadas a la actora -improcedencia de la acción para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO.

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por la accionante, Rafaela Escudero Peñafiel¹, contra la sentencia del cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023)², proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, mediante la cual se denegó por improcedente la acción de tutela.

III.- ANTECEDENTES.

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela la accionante solicitó dejar sin efecto el acto administrativo SUB-35673 del 09 de febrero de 2023 y el SUB-92235 del 10 de abril del mismo año emitidos por Colpensiones, así mismo, tutelar a favor de la accionante los derechos al debido proceso, derecho al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, al derecho de petición, derecho al mínimo vital, salud y vida digna, ordenándole a la accionada conceder el derecho adquirido de pensión de vejez vitalicia.

3.2 Hechos⁴.

La parte actora relató que, tiene 58 años de edad y se encuentra afiliada a Colpensiones desde el 14 de julio de 1983. Inició cotizando en pensiones como empleada de Carulla y CIA S.A. desde la mencionada fecha hasta el 1 de febrero de 1992. Luego, fue empleada del señor Cecilio Jiménez Sierra, en un primer momento del 24 de junio de 1992 hasta el 22 de junio de 1993 y en una segunda oportunidad del 01 de abril de 1994 al 30 de enero de 2002. Con

¹ Doc. 17 Exp. Digital.

² Doc. 14, Fols. 1-15 Exp. Digital.

³ Fol. 6 Doc. 01Exp. Digital.

⁴ Fols. 1-3 Doc. 01 Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

posterioridad, hizo aportes como trabajadora independiente desde el 1 de julio de 2008 hasta el 19 de abril de 2023.

Resaltó que, el señor Cecilio Jiménez Sierra pagó los aportes de pensión, correspondientes al periodo trabajado por la señora Rafaela Escudero Peñafiel entre 1 de abril de 1994 al 30 de enero de 2002, el 07 de septiembre de 2021 de manera extemporánea a Colpensiones. Así pues, la accionante solicitó ante la administradora el reconocimiento y pago de su pensión vitalicia de vejez, la cual fue negada el 9 de febrero de 2023 mediante Resolución SUB-35673 por no cumplir el requisito mínimo de semanas cotizadas.

En consecuencia, el día 23 de febrero de 2023 presentó recurso de reposición en subsidio de apelación contra dicha resolución, aportando las planillas de pago que el mismo señor Cecilio Jiménez les facilitó, además, solicitó se actualizara su historial laboral y se tuviera en cuenta el tiempo laborado para el señor antes referido, debido a que existió una relación laboral y a pesar de haberlo hecho tarde pagó los aportes.

Seguidamente, el 10 de abril de 2023 la entidad accionada emitió acto administrativo SUB-92235 confirmando la totalidad del acto recurrido, manifestando que, para la fecha del pago extemporáneo, la actora no tenía relación laboral con dicho empleador, ni existía afiliación a Colpensiones, por tal razón, los mismos no se contabilizan en la historia laboral.

Para finalizar, la accionante aclaró que nunca fue desafiliada de dicha administradora, además no comprende la negativa en razón de la supuesta inexistencia de una relación laboral con el señor Cecilio Jiménez Sierra, así mismo la carga prestacional esta sobre el empleador si bien este incumplió con el pago a su cargo, ello no es motivo para negar el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez, ya que la señora Rafaela Escudero Peñafiel cumple con todos los requisitos exigidos para el efecto.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 COLPENSIONES⁵.

La parte accionada afirmó que, revisado el expediente administrativo de la actora, se encuentra que la solicitud presentada fue contestada mediante Resolución SUB 35673 del 09 de febrero de 2023 y Resolución SUB 92235 del 10 de abril de 2023., por tal razón, se ha dado el debido trámite a las peticiones realizadas por la señora Rafaela Escudero Peñafiel y se encuentra en trámite el recurso de apelación y en caso de estar inconforme debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

⁵ Doc. 07, Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

Agregó que, la acción de tutela respecto al trámite que pretende adelantar la accionante desconoce su carácter subsidiario para reconocer prestaciones económicas, por lo cual debe agotar previamente los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin, por tratarse de una controversia suscitada en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras, además, en el caso de la accionante no procede este mecanismo como protección transitoria.

En esa misma línea, adujo que hay diferencia entre la protección al derecho de petición frente al derecho de acceder a lo pedido, la accionante tiene derecho a realizar su solicitud, la cual fue respondida a tiempo y de fondo, sin embargo, es con independencia de que su sentido sea positivo o negativo en cuanto a sus pretensiones.

Por lo anterior, la entidad solicitó se deniegue la acción de tutela en su contra y se declare la improcedencia de la misma, teniendo en cuenta que Colpensiones no ha vulnerado los derechos de la tutelante.

3.3.2 CECILIO JIMÉNEZ SIERRA⁶.

La parte vinculada sobre los hechos de la tutela, manifestó que la señora Rafaela Escudero le prestó sus servicios como empleada doméstica desde el día 24 de junio 1992 hasta 22 de junio de 1993, y nuevamente, a partir del 01 de enero de 1995 hasta el 31 de enero de 2002, sin embargo, por error involuntario del empleador no pagó en forma oportuna los aportes a pensión correspondientes a periodo del 01 de enero de 1995 al 31 de enero de 2002, sino que lo hizo en forma tardía el 07 de septiembre de 2021, con destino a Colpensiones, por cuanto la actora nunca fue desvinculada de esta administradora.

Expresó que, la actora le comunicó la negativa de Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez en su favor por no reconocer los pagos cancelados de manera extemporánea, por ello, le solicitó a Colpensiones liquidar el cálculo actuarial y/o la devolución de los dineros pagados, pero Colpensiones negó dicha devolución y no emitió pronunciamiento alguno sobre el cálculo actuarial solicitado.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

El Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, en sentencia del 5 de mayo de 2023 resolvió denegar por improcedente la tutela para obtener la pensión de vejez reclamada.

⁶ Fols. 2-3 doc. 26 Exp. Digital.

⁷ Doc. 14, Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

Según las consideraciones del A-quo, en el caso sub-examine, la actora pretende la nulidad de las resoluciones que niegan el reconocimiento de su pensión de vejez, lo cual busca obtener por medio de la tutela sin acreditar la existencia de un perjuicio irremediable, acreditar razones por las cuales la justicia ordinaria laboral no es eficaz, ni cumplir los requisitos excepcionales para su procedencia. Tampoco evidenció el juez afectación en la salud de la accionante, pues revisada la plataforma ADRES, encontró que está afiliada a la EPS Salud Total en el régimen contributivo como cotizante.

Por lo anterior, a juicio del juez, no es posible confirmar que la accionada haya vulnerado sus derecho, además, la actuación administrativa continua en curso y apenas se notificó el acto administrativo que resolvió la apelación.

De manera que, el juez reiteró la improcedencia general de la acción de tutela con fines pensionales en consideración a la existencia de otro medio de defensa judicial dispuesto por el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la cual es competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

3.5. IMPUGNACIÓN⁸

La accionante por medio de apoderado, impugnó el fallo de primera instancia, solicitando que se revoqué la decisión y se ordene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez de manera transitoria, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifestó que la acción de tutela se presentó como medio transitorio, pues de someterse a un proceso ordinario cuya duración es incierta, podría sobrevenir un perjuicio irremediable, por cuanto la señora Rafaela Escudero Peñafiel se le está haciendo difícil pagar mensualmente la cotización en pensión, sin tener la obligación de hacerlo porque cumple con todos los requisitos exigidos por la ley y posee el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, el cual de manera flagrante está desconociendo Colpensiones.

Por último, consideró que el A-quo debió vincular al señor Cecilio Jiménez Sierra para que este diera las razones por las cuales pagó las cotizaciones de manera extemporánea.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 10 de mayo de 2023⁹, el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, concedió la impugnación interpuesta por la accionante contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del asunto a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 11 de mayo de 2023¹⁰, por lo que se dispuso su admisión en proveído del mismo día¹¹.

⁸ Doc. 17, Exp. Digital.

⁹ Doc. 18, Exp. Digital.

¹⁰ Doc. 20, Exp. Digital.

¹¹ Doc. 21, Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

Seguidamente, mediante auto del 02 de junio de la presente calenda, se dispuso la vinculación del señor Cecilio Jiménez Sierra¹².

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarree nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES.

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con lo presentado, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

1. *¿Se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela como medio transitorio para ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez?*

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

2. *¿Colpensiones y el ex empleador de la accionante han vulnerado los derechos fundamentales de la actora al negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez?*
3. *¿Hay lugar a amparar la seguridad social y el debido proceso, por no haberse accedido a la corrección y actualización de la historia laboral bajo el argumento de requerirse el trámite del calculo actuarial por pago tardío de las cotizaciones, a pesar de que las mismas ya fueron pagadas?*

5.3. Tesis de la Sala.

Esta Sala MODIFICARÁ el fallo impugnado, manteniendo la improcedencia de la tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por no demostrarse el cumplimiento de los requisitos excepcionales para tener por superada la subsidiariedad; sin embargo, amparará los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de la actora, por estar acreditado que la negativa a la actualización de la historia laboral con la inclusión de los periodos correspondientes a 199404-200201 se sustenta en la falta de pago del calculo actuarial por parte del empleador, por la mora en el

¹² Doc. 24 Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

pago de los aportes, incumplimiento que conforme a la SU-226-de 2019, no debe ser asumida, o sus consecuencias trasladadas a los trabajadores, máxime cuando las administradoras disponen de los trámites internos para liquidar y adelantar la gestión del cobro de dicho calculo actuarial.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela, (ii) La procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para reclamar el reconocimiento de una prestación pensional, (iii) El derecho al hábeas data y el manejo de la información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, (iv) Responsabilidad del empleador y de la AFP que no puede ser trasladada al trabajador – Seguridad Social y Debido Proceso (v) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

13001-33-33-005-2023-00205-01

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses.

5.4.2 La procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para reclamar el reconocimiento de una prestación pensional

El artículo 86 de la Constitución Política, dispone que *“sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. De lo anterior, puede inferirse que la regla general la tutela es residual y subsidiaria pues solo será procedente cuando el afectado no tenga mecanismo de defensa para sus derechos. En consonancia con lo anterior, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela, cuando las personas tengan un mecanismo de defensa idóneo para la protección del derecho, salvo que, esa herramienta de defensa idónea no evite la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo cual sería procedente la acción de tutela.

En la misma línea, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la acción de tutela es procedente siempre que no se cuente con un medio de defensa judicial para obtener la protección del derecho reclamado. Sin embargo, ha precisado la H. Corte Constitucional que existen dos eventos en los cuales se torna procedente la acción de tutela cuando el interesado cuenta con un mecanismo de defensa: (i) *el primero, se refiere cuando dicho medio de defensa no resulta idóneo ni eficaz para proteger los derechos*, de conformidad con las especialidades del caso; en esta oportunidad la acción constitucional es definitiva, (ii) *el segundo, ocurre cuando el mecanismo de defensa, aunque es idóneo no impide el acaecimiento de un perjuicio irremediable*, circunstancia en la cual el amparo a través de la acción de tutela es transitorio¹³.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: *“en el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*

15. Así, la procedencia del amparo para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas:

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T 161 del 10 de marzo de 2017. MP. José Antonio Cepeda Amarís. Expediente T-5769057

13001-33-33-005-2023-00205-01

(i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

16. No obstante lo anterior, la Corte ha considerado que la condición de vulnerabilidad o la calidad de sujeto de especial protección constitucional del interesado no son suficientes para que, sólo por esa circunstancia, la tutela sea procedente en materia pensional. Por ello, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para estudiar las pretensiones que implican otorgar una pensión por vía de la tutela, que consisten en:

“a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.”¹⁴

5.4.3 El derecho al hábeas data y el manejo de la información por parte de las administradoras de fondos de pensiones.

El derecho fundamental al hábeas data, se encuentra contenido en el artículo 15 constitucional, el cual: “establece en cabeza de todo individuo la potestad de determinar quién y cómo se administra la información que le concierne y, en ese sentido, otorga la facultad de conocer, actualizar, rectificar, autorizar, incluir y excluir información que es considerada como personal y que está siendo administrada en la base de datos de una entidad pública o privada”¹⁵

Este derecho, trae consigo una serie de implicaciones que se convierten en deberes para las entidades que custodian los datos: (i) permitir el ejercicio de las facultades (rectificar, corregir, actualizar) por parte del titular de la información; (ii) conservar y mantener la información de tal forma que el titular pueda acceder a ella a hacer uso de ese derecho. En materia de administradoras de fondo de pensiones, la Corte Constitucional ha establecido que es necesario que la función de guarda y custodia de la información se ejerza conforme la Ley 1581 de 2012, esto es que la información que se consigne y se compile debe ser cierta, precisa, fidedigna y actualizada.

¹⁴ [Corte Constitucional, Sentencia T 009 del 21 de enero de 2019. MS. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente T-6.953.297.](#)

¹⁵ [Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 2016](#)

13001-33-33-005-2023-00205-01

Frente al tema en específico, cuando las historias laborales contienen errores, la Corte Constitucional, sostuvo que:

“Es de resaltar que esta Corporación ha analizado en reiteradas ocasiones, situaciones en las que un ciudadano se ve imposibilitado para acceder al reconocimiento del derecho a la pensión a la que estima ser acreedor, en razón a que las administradoras de fondos de pensiones, por errores o por la simple omisión en la contabilización de las cotizaciones, terminan consagrando información que no representa los verdaderos esfuerzos que el trabajador ha efectuado a lo largo de su vida y que, en últimas, terminan por obstaculizar el normal ejercicio de sus garantías fundamentales.

En esos casos, la Corte ha considerado que, en los eventos en los que la información reportada sea parcial, inexacta o incompleta, al punto de que pueda llegar a inducir al error, su titular se encuentra facultado para obtener su rectificación, de forma que una vez presentada la solicitud, es menester que, dentro del trámite administrativo que corresponde, la administradora de pensiones dé respuesta desde un análisis detallado que verifique tanto los hechos, como el marco normativo en el que se encuadran, de forma que se obtenga una resolución que dé prioridad a lo materialmente laborado por el trabajador, independientemente de que sea favorable a sus intereses o no”.¹⁶

Consecuentemente, negar la actualización, corrección, rectificación de la historia laboral de manera cierta, veraz y fidedigna de un trabajador, sin dar prioridad a lo que materialmente este laboró, es violatorio del derecho del habeas data, y, en consecuencia, al de la seguridad social, por estar relacionado con la información de los aportes pensiones que determinan el cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de los derechos pensionales.

5.4.4 Responsabilidad del empleador y de la AFP que no puede ser trasladada al trabajador – Seguridad Social y Debido proceso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-226-de 2019, estableció las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social y la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social y en especial la posibilidad de pensionarse y se vulnera el mismo cuando el empleador no realiza las cotizaciones a la administradora de pensiones con el cálculo actuarial respectivo y por parte de esta cuando no compele al empleador a pagar las cuotas en mora , una vez se determine la existencia del vínculo laboral. Dicha sentencia en sus apartes establece:

5.15. Así pues, ante la omisión de afiliación, la entidad administradora de pensiones no asume obligaciones. Sólo hasta tanto se verifica el incumplimiento patronal estos entes se encuentran llamados legalmente a (i) fijar el monto actuarial adeudado, (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga, y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, para lo cual se deberá considerar el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador. (...)

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 2016.

13001-33-33-005-2023-00205-01

5.23. En el evento en que el contratante desatiende su obligación de afiliación, éste debe subsanar su incuria con el pago del pasivo liquidado por la entidad administradora, con base en el cálculo actuarial. Por su parte, a este último extremo de la relación le corresponde (i) fijar el monto total adeudado, (ii) recibir la cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga, y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión respectiva, considerando siempre el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó la omisión del empleador. (...)

Las administradoras de fondo de pensiones tienen la obligación legal de realizar el cobro de las cotizaciones que no hayan sido efectuadas por los empleadores. En específico, COLPENSIONES tiene atribuida dicha facultad a través del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, de la cual hace uso a través del procedimiento de constitución en mora del empleador en un proceso de jurisdicción coactiva y el posterior cobro ante la jurisdicción ordinaria, los cuales están contemplados en los artículos 2 y 5 del Decreto 2633 de 1994, hoy compilados en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

La constitución en mora procede una vez, haya transcurrido el plazo para que los empleadores realicen la cotización de los aportes, es entonces cuando la entidad deberá requerir el pago. Si pasado 15 días el empleador no se pronuncia, la administradora procederá a liquidar la obligación, la cual presta mérito ejecutivo.

Ahora bien, cuando la administradora no cumple con su función de cobro, es decir, no aplica los procedimientos antes establecidos, ella será llamada a asumir los efectos que puedan derivarse del retraso o falta de pago de los aportes, así lo ha establecido la Corte Constitucional como regla jurisprudencial¹⁷ en los siguientes términos:

“De este modo, existe una regla jurisprudencial consolidada respecto de la imposibilidad de trasladarles a los trabajadores las consecuencias negativas de la mora del empleador, y de la falta de gestión de las administradoras en el cobro de los aportes para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En consecuencia, la Corte ha concluido que son las administradoras de pensiones las llamadas a asumir los efectos que puedan derivarse del retraso o de la falta de pago de los aportes”

5.4.4. CASO CONCRETO.

5.4.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación, y los argumentos expuestos, corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, consistente en si resulta procedente la

¹⁷ Sentencias T-387 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas; T-362 de 2011, M.P. Mauricio González; T-979 de 2011, M.P. Nilson Pinilla; T-906 de 2013, M.P. María Victoria Calle y T-708 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero), entre otras.

13001-33-33-005-2023-00205-01

acción de tutela como medio transitorio para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, así:

(i) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza de la señora Rafaela Escudero Peñafiel, quien presuntamente cumple los requisitos exigidos por la ley para obtener la pensión de vejez, por lo cual presentó por medio de apoderado, petición ante Colpensiones solicitando el reconocimiento y pago de la misma, siendo esta negada a través de la Resolución No. SUB 35673 del 9 de febrero de 2023¹⁸, confirmada mediante Resolución No. 2023_2957359¹⁹.

(ii) Legitimación por pasiva: La ostenta Colpensiones, por ser la administradora de pensiones en la que se encuentra afiliada la accionante, ante quien han sido pagadas las cotizaciones de la misma, segundo es la encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales, además la entidad a la cual se dirigió la solicitud y quien dio respuesta negativa por medio de las Resoluciones SUB-35673 del 09 de febrero de 2023 y SUB92235 del 10 de abril de 2023²⁰. De igual manera, está legitimado el señor Cecilio Jiménez Sierra, en calidad de ex empleador de la accionante, quien además efectuó el pago de los aportes pensionales correspondientes a los periodos cuya inclusión se pretende, en forma tardía.

(iii) Inmediatez: En el presente asunto, se evidencia que, la señora Rafaela Escudero Peñafiel promovió la acción de tutela el 21 de abril de la presente calenda²¹, luego de recibir la negativa a su solicitud de reconocimiento y pago de pensión el 9 de febrero de 2023²², interponer recurso de reposición el 23 de febrero de 2023²³ y recibir nuevamente respuesta negativa por parte de Colpensiones el 10 de abril de 2023²⁴. Teniendo en cuenta lo anterior, la acción no ha sobrepasado el termino de 6 meses y bajo la suposición que la violación a sus derechos continua en el tiempo, por no haberse accedido a reconocer la pensión reclamada, se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez.

(iv) Subsidiariedad: Conforme a lo plasmado en el marco normativo y jurisprudencial de este proveído, se estima que la acción de tutela no es, en principio, el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cuanto el interesado dispone del proceso laboral ordinario para obtener la protección de sus derechos, sin embargo, ante determinadas circunstancias que comprometen gravemente los derechos fundamentales de las personas, el amparo puede ser concedido de forma transitoria.

De cara a este principio, esta Sala estima necesario estudiar los requisitos señalados en la sentencia Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2019 ,

¹⁸ Fols. 1-4 doc. 02, Exp. Digital

¹⁹ Fols. 10-14 doc. 02, Exp. Digital.

²⁰ Doc. 02, Exp. Digital.

²¹ Fol. 1 Doc. 03, Exp. Digital.

²² Fol. 1-4 Doc. 03, Exp. Digital.

²³ Fol. 5-9 Doc. 03, Exp. Digital.

²⁴ Fols. 10-14 doc. 02, Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

relacionada en el marco jurisprudencial de esta providencia, en el siguiente orden:

a) Que se trate de sujetos de especial protección constitucional: En el caso concreto, la señora Rafaela Escudero Peñafiel, quien a la fecha de haber presentado la tutela el 21 de abril de 2023 ostenta la edad de 58 años, como manifestó en la misma²⁵, no es catalogada como adulto mayor en razón a las consideraciones de la Corte Constitucional²⁶ al no ser mayor de 60 años o aun sin superar esa edad, pero con más de 55 años, no ha demostrado tener condiciones de *“desgaste físico, vital y psicológico que así lo determinen”*²⁷.

Tampoco se considera de la tercera edad esto, teniendo presente que quienes se encuentran en esta categoría, son aquellas personas que han superado la esperanza de vida certificada por el DANE, que para el periodo “2015-2020”, es de “76 años” sin distinguir entre hombres y mujeres²⁸. Es importante señalar que, no se evidencia en el expediente, que la accionante presente graves problemas de salud.

b) Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital: Sobre este requisito, debemos traer lo manifestado por el apoderado en el escrito de impugnación donde informa sin mayor explicación que sigue pagando mensualmente con dificultad la cotización en pensión, lo que supone sigue devengando ingresos para su sustento, por lo cual tampoco se cumple esta condición²⁹. Además, de la consulta efectuada en el RUAF se evidencia en la sentencia de primera instancia que se encuentra afiliada a la EPS Salud Total³⁰, tampoco ha manifestado que sea cabeza de familia y/o dependan económicamente de ella.

c) Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada: Si bien la accionante solicitó la pensión de vejez y obtuvo una respuesta negativa por parte de Colpensiones el 9 de febrero de 2023³¹, frente a la cual manifestó su incofnformidad haciendo uso de los recursos procedentes, no demuestra haber ejercido ningún tipo de actividad en la jurisdicción laboral, en uso de los medios ordinarios dispuestos a su alcance; tampoco acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que le permita utilizar este

²⁵ Doc. 01, Fol. 1 Exp. Digital.

²⁶ [Corte Constitucional Sentencia T-037 De 2016 MP. Alejandro Linares Cantillo. Referencia: Expediente T-5.182.251.](#)

²⁷ [Corte Constitucional, Sentencia T 013 del 22 de enero de 2020. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente T-7.311.733](#)

²⁸ [Corte Constitucional Sentencia T-034 de 2021. MP. Paola Andrea Meneses Mosquera. Referencia: Expediente T-7.829.180](#)

²⁹ Doc. 17, Fol. 2 Exp. Digital.

³⁰ Doc. 14, Fol. 16 Exp. Digital.

³¹ Doc. 02, Fol. 1-4 Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

mecanismo constitucional con carácter transitorio, además no se evidencia justificación del porqué la justicia ordinaria resulta ineficaz para la protección de sus derechos fundamentales, a pesar de haber manifestado que el proceso tendría una duración de aproximadamente 2 años no explica cómo sería algo irracional o se desprende de ese hecho un perjuicio para la accionante³².

d) Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados: Se reitera lo manifestado en el párrafo anterior, de que no se ha acudido a la justicia ordinaria laboral para que sea esta la que dirija el conflicto sobre el reconocimiento de pensión de vejez, ni explicó las razones por las cuales, esa jurisdicción no está en capacidad de hacerlo.

En virtud de lo anterior, en el *sub examine*, no se demuestran las circunstancias excepcionales que permitan la procedencia de la acción, ya que conforme a sentencia T- 019 de 2019, la acción de tutela sólo es procedente para reconocer pensión de vejez de garantía mínima, cuando se superan los requisitos antes mencionados, siendo así escapa de la órbita del juez constitucional entrar a resolver de fondo, a menos que se cumplan los requisitos anteriores y, existan pruebas suficientes para resolver tales peticiones, las cuales, no están y son propias de la competencia del juez ordinario.

Sin perjuicio de las consideraciones previamente expuestas, esta Sala no pasa por alto que, revisado el expediente, la negativa de Colpensiones al reconocimiento se sustenta expresamente en la falta de realización del cálculo actuarial por parte del empleador, por haberse efectuado el pago de los aportes en forma tardía, tal como se desprende de la Resolución No. SUB92235 del 10 de abril de 2023, por la cual se resuelve el recurso de reposición³³, donde Colpensiones al pronunciarse sobre la solicitud de corrección y actualización de la historia laboral de la actora informa que los ciclos de abril de 1994 a enero de 2002 aunque fueron pagados extemporáneamente, no se contabilizan, por cuanto no existía relación laboral con el empleador, ni afiliación a la AFP y para solucionar dicha inconsistencia le sugiere a la accionante requerir al empleador los documentos necesarios y luego radicarlos.

Del informe rendido por el señor Cecilio Jiménez Sierra, se desprende que, la accionante trabajó con él, sin embargo, existe una contradicción entre lo expuesto en dicho documento, puesto que manifiesta en el mismo, que la actora inició con él la relación desde el 01 de enero de 1995 hasta el 31 de enero de 2002, desconociendo que había pagado el 07 de septiembre de 2021, periodos comprendidos entre abril de 1994 hasta enero de 2002. Igualmente solicita una devolución de aportes y/o calculo actuarial, tal como lo había

³² Doc. 01 y 17, Exp. Digital.

³³ Doc. 02, Fol. 10-11 Exp. Digital.

13001-33-33-005-2023-00205-01

sugerido Colpensiones en la Resolución del 10 de abril de 2023, no obstante, no existe prueba de que dicha solicitud fuera sido recibida en tal entidad, ni está demostrado que los formularios anexados hayan sido efectivamente radicados ante la misma, por lo que con su actitud está vulnerando los derechos de la seguridad social de la actora

Ante los anteriores supuestos, es claro para este Tribunal que debe aplicar la regla jurisprudencial consolidada por la Corte Constitucional, antes explicada, sobre la imposibilidad de trasladarle a los trabajadores las consecuencias negativas derivadas de la mora del empleador y de la falta de gestión de las administradoras en el cobro de los aportes en pensión.

Cabe resaltar, que al actor solo se le exige reunir y acreditar el cumplimiento de los requisitos pensionales, no adelantar trámites administrativos internos que en todo caso corresponde atender a Colpensiones y al empleador, Cecilio Jiménez Sierra, como se expuso en el marco normativo, pues dichas actuaciones internas no deben constituir barreras administrativas para el goce y ejercicio efectivo de los derechos de las personas.

Por consiguiente, si bien debe realizarse el calculo actuarial por la mar en el pago de los aportes a pensión, no es dable que Colpensiones no realice la inclusión de los tiempos solicitados por la parte accionante, cuando estos fueron debidamente pagados por el empleador, y así lo reconoce la administradora, además de ello, se desprende que el vínculo laboral sí existió (pues en razón a dicha relacion fue que se hicieron los pagos respectivos). Además, al no realizar la actualización de la historia laboral, impide que la accionante pueda acceder a un posible reconocimiento de pensión de vejez u otra prestación social de carácter económico.

Por las razones expuestas, esta Sala modificará la sentencia de primera instancia, unicamente en el sentido de amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso de la accionante.

En consecuencia, se ORDENARÁ a Colpensiones que actualice la historia laboral de la actora con la inclusión de los periodos entre abril de 1994 a enero de 2002, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, así mismo deberá iniciar la liquidación del cálculo actuarial de las sumas que por no afiliación de la tutelante debe pagar el señor Cecilio Jiménez Sierra, requiriéndole para ello, como lo establece la sentencia SU-226/19, aquí citada, concediéndole el término de 15 días hábiles para el efecto. En caso de que la administradora requiera documentos o información adicional así se lo hará saber a la señora Escudero Peñafiel y al ex empleador antes mencionado.

Bajo estos supuestos, esta Corporación MODIFICARÁ la decisión adoptada en primera instancia.

VI.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el fallo de primera instancia, por las razones expuestas, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensó de vejez, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso frente a la actualización de la historia laboral de la accionante

TERCERO: En consecuencia, **ORDENAR** a Colpensiones que actualice la historia laboral de la actora con la inclusion de los eperiodods entre abril de 1994 a enero de 2002, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, así mismo deberá iniciar la liquidación del cálculo actuarial de las sumas que por no afiliación de la tutelante debe pagar el señor Cecilio Jiménez Sierra, requiriéndole para ello, como lo establece la sentencia SU.226, aquí citada, concediéndole el término de 15 días hábiles para el efecto. En caso de que la administradora requiera documentos o información adicional así se lo hará saber a la señora Escudero Peñafiel y al ex empleador antes mencionado".

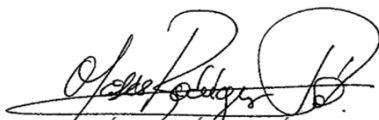
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.038 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ