



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA
Carrera 57 No. 43-91 Piso 4º

Bogotá D.C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020).

Expediente No.: 11001-33-34-006-2020-00091-00
Accionante: Hernando Herrera Gómez
Accionado: Colpensiones
Acción: Tutela

Procede el Despacho a emitir fallo en la acción de tutela promovida por el señor Hernando Herrera Gómez, quien actúa mediante apoderada judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN

Los hechos expuestos por el accionante y relevantes para el fondo del asunto, se sintetizan así:

-Que laboró al servicio del consorcio CAMPENON BERNARD SPIE BATIGNOLLES desde el 23 de abril de 1985 al 5 de noviembre de 1990, periodo en el cual no se le efectuaron aportes al sistema pensional.

- Que debido al estado de liquidación del Consorcio empleador, es necesario otorgar la posibilidad de asumir el pago de los aportes omitidos bajo la modalidad de cálculo actuarial o recuperación de semanas.

-Que el 31 de octubre de 2019 bajo radicado 2019_14742201 realizó solicitud de cálculo actuarial o recuperación de semanas por los aportes que no le fueron cotizados por el consorcio CAMPENON BERNARD SPIE BATIGNOLLES desde el 23 de abril de 1985 al 5 de noviembre de 1990.

-Que Colpensiones emite la Resolución SUB 328109 del 29 de noviembre de 2019, negando lo pretendido.

-Que interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución SUB 328109 del 29 de noviembre de 2019.

-Que Colpensiones con oficio BZ_2019_14742201 de 19 de diciembre de 2019, señala que no es procedente acceder a la solicitud elevada toda vez que, para el periodo que solicita el trámite de recuperación de semanas, no registra afiliación con el empleador Consorcio Campeon Bernard – Spie Bartignolles.

-Que a través de la Resolución SUB 25546 del 28 de enero de 2020 se desata el recurso de reposición, negando el derecho a la pensión porque el afiliado no reúne el número mínimo de semanas requeridas para acceder al beneficio solicitado y respecto a la recuperación de semanas o cálculo actuarial, señala que no es procedente que lo solicite el trabajador sino directamente el empleador omiso.

-Que el accionante padece actualmente un cuadro de EPOC exacerbado y ha estado hospitalizado por dicha condición, sin poder trabajar y apoyado por sus familiares para solventar sus gastos básicos.

II. PRETENSIONES

Con fundamento en lo anterior, solicita *“amparar el derecho fundamental de petición, seguridad social y mínimo vital al señor HERNANDO HERRERA GÓMEZ, y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES o a quien haga sus veces, que efectué de manera INMEDIATA y sin DILACIÓN ALGUNA cálculo actuarial a favor del actor por los periodos que omitió el consorcio CAMPENON BERNARD SPIE BATIGNOLLES aportar para pensión, esto es, desde el 23 de abril de 1985 y el 05 de noviembre de 1990.”*

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue presentada el 28 de mayo de 2020 ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá (Pág. 43), siendo admitida el 29 de mayo de 2020 (Pág. 46 - 47), providencia en la cual se dispuso notificar a la parte accionada, solicitándole un informe sobre los hechos que motivaron la acción y que remitiera la información que allí le fue requerida.

IV. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

Mediante escrito recibido vía correo electrónico el 1 de junio de 2020, Colpensiones a través de la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, dio respuesta en los siguientes términos: (Pág. 54 y siguientes)

Señala que la convalidación de semanas cuando no existe relación laboral, se debe realizar por medio de cálculo actuarial, para de esta manera asegurar el

aprovisionamiento de recursos económicos necesarios para actualizar la historia laboral del afiliado sin menoscabar los recursos del Estado.

Explica que el cálculo actuarial se constituye como un mecanismo que permite al empleador, reparar el daño ocasionado por la omisión de afiliación y cotización efectiva de los aportes a pensión de sus trabajadores.

Informa que Colpensiones no está obligada al cobro de aportes en pensiones cuando el empleador omite la afiliación de sus trabajadores, pues es claro que la afiliación de un trabajador es el mecanismo mediante el cual Colpensiones o cualquier AFP tiene conocimiento de que existe una relación laboral que origina la obligación de pagar aportes a seguridad social, y en casos como el presente, en donde no existe afiliación, Colpensiones no puede ejercer ninguna labor de cobro, toda vez que no tiene noticia de la existencia del vínculo laboral del trabajador.

Aclara que si bien la Corte Constitucional en la sentencia T 079 de 2016, manifestó que los efectos del pago extemporáneo de cotizaciones no se pueden trasladar a los afiliados, y la mora del empleador en el pago de los aportes no puede justificar retrasos ni inconsistencias en el trámite de reconocimientos pensionales, es preciso señalar que dicha directriz únicamente es aplicable cuando existe afiliación, dado que como fue señalado, es precisamente a partir de la afiliación que Colpensiones tiene noticia de la existencia del vínculo laboral, requisito esencial para desplegar las acciones de cobro que han sido atribuidas a las AFP por el legislador.

Indica que el cálculo actuarial por omisión, tiene como objetivo garantizar que los tiempos laborados por un trabajador al cual su empleador no reportó la respectiva afiliación ante un fondo de pensiones determinado, sean imputados en su historia laboral y así puedan ser tenidos en cuenta para un futuro reconocimiento de una prestación económica dentro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, es decir, a través de un cálculo actuarial se puede establecer el valor de las cotizaciones que deber asumir el empleador durante la vigencia de la relación laboral con su trabajador, para que el empleador posteriormente cancele dichos dineros y subsane su yerro.

Resalta que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela debe improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores

y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Recalca que no se puede apelar a la tutela cuando no se han agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto, ya que esta acción no puede ser considerada una instancia más en el trámite jurisdiccional ni un mecanismo de defensa que reemplace los diseñados por el legislador.

Aduce que si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto, se insiste en que debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin, de modo que no es viable reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos laborales pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Argumenta que decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodomínio, pero además excede las competencias del juez constitucional, en la medida que no se probó vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno.

En ese orden de ideas, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela incoada, en la medida en que cuenta con otro mecanismo de defensa, hecho que impide se configure el requisito de subsidiariedad o residualidad de este medio constitucional y la ausencia de un perjuicio irremediable que justifique su excepción.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de esta acción según lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 dado que las conductas que motivan la acción se producen en esta ciudad, en concordancia con el Decreto 1983 de 2017 que modificó las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo planteado por el accionante en el escrito de tutela, corresponde al Despacho determinar si Colpensiones, vulneró o no los derechos de petición,

Acción de Tutela No. 2020-00091
Accionante: Hernando Herrera Gómez
Accionado: Colpensiones

seguridad social y mínimo vital del señor Hernando Herrera Gómez, ante la presunta negativa de la accionada de otorgarle la posibilidad de realizar el cálculo actuarial para el período comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 05 de noviembre de 1990, período para el cual, su empleador no realizó los aportes correspondientes, y si la presente acción resulta procedente para ordenar la realización del cálculo actuarial.

2.1 Derecho de petición

El derecho de petición está consagrado en la Constitución Política de Colombia como fundamental, es decir, hace parte de los derechos de la persona humana y su protección judicial inmediata puede lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela.

El artículo 23 de la Constitución Política lo definió como la posibilidad que se reconoce a toda persona de presentar solicitudes respetuosas a las autoridades y conlleva el derecho a obtener una pronta resolución frente a lo solicitado, según la jurisprudencia, este constituye una vía expedita de acceso directo a las autoridades, que exige que se emita un pronunciamiento de fondo, oportuno y concreto, respecto de lo manifestado por el peticionario.

La Ley Estatutaria 1755 de junio 30 de 2015 que reguló el derecho fundamental de petición dispuso:

“Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación.

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

(...)

Parágrafo. *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.*

Debe tenerse en cuenta que el derecho de petición tiene como propósito obtener una pronta resolución de la administración respecto de la solicitud elevada, servir de instrumento eficaz para poner en funcionamiento el aparato estatal y fortalecer la relación existente entre la persona y el Estado; este derecho se ve satisfecho cuando la administración brinda una respuesta oportuna, clara y eficaz, que guarde relación directa con lo solicitado -sin que ello implique necesariamente que sea favorable a lo pedido- observando el término de 15 días que para tal efecto estableció la normatividad referida.

En cuanto al contenido y alcance del derecho, la Corte Constitucional ha explicado de manera reiterada que¹:

“El derecho de petición se vulnera si no existe una respuesta oportuna a la petición elevada. Además, que ésta debe ser de fondo. Estas dos características deben estar complementadas con la congruencia de lo respondido con lo pedido. Así, la respuesta debe versar sobre aquello preguntado por la persona y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición. Esto no excluye que además de responder de manera congruente lo pedido se suministre información relacionada que pueda ayudar a una información plena de la respuesta dada.

El derecho de petición sólo se ve protegido en el momento en que la persona que elevó la solicitud conoce su respuesta.

Se hace necesario reiterar que no se considera como respuesta al derecho de petición aquella presentada ante el juez, puesto que no es él el titular del derecho.”

Conforme a lo anterior, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, son elementos y requisitos del derecho de petición que forman parte de su núcleo esencial, que la respuesta a la petición sea pronta y oportuna, que resuelva el

¹ Sentencia T-308 de abril 11 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

asunto de fondo, de manera clara, precisa, y congruente con lo solicitado, y que la respuesta emitida se dé a conocer al ciudadano que ha solicitado el derecho.

2.2. Derecho a la seguridad social en pensiones

Si bien el derecho a la seguridad social no se encuentra taxativamente contemplado en la Constitución Política como derecho fundamental, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, señaló que si lo es. En dicha oportunidad expresó:

“El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social (i) es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y (ii) es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto ‘Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social’ en concordancia con varios instrumentos del bloque de constitucionalidad’.

*Del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende que el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, entre otras contingencias.
(...)”*

Bajo ese entendido, el derecho a la seguridad social es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, más aún cuando se trate de personas que por sus circunstancias particulares no están en la capacidad de solventar por si mismas sus necesidades básicas.

2.3 Derecho al mínimo vital

El mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como:

“Un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”²

El derecho fundamental al mínimo vital se encuentra intrínsecamente relacionado con la dignidad humana, así lo ha considerado el máximo órgano constitucional:

² Corte Constitucional Sentencia T-184 de 2009.

“(...) esta Corporación ha considerado que el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas”.³

En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos:

“(...) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”.

De ello se desprende que: (i) se trata de acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, (ii) que depende de su situación particular y (iii) es un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso⁴, por lo que requiere un análisis caso por caso y cualitativo.

3. Procedencia y aplicación del cálculo actuarial

Colpensiones señala que el cálculo actuarial se constituye como un mecanismo que permite al empleador, reparar el daño ocasionado por la omisión de afiliación y cotización efectiva de los aportes a pensión de sus trabajadores.

En ese sentido, el cálculo actuarial ha sido concebido como una forma de actualización y proyección de valores adeudados con ocasión a la omisión del empleador respecto de los empleados a su cargo, de afiliarlos y realizar aportes correspondientes.

Al respecto, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, establece la obligatoriedad de cotizar a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas atendiendo al salario o ingresos devengados según sea el caso.

Frente a la aplicación del cálculo actuarial, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994 que reglamentó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde se establecieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de

³ Corte Constitucional Sentencia T-401 de 2004

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-809 de 2006.

Prima Media y los tiempos de servicios que serían válidos para ello, exigiéndose que los aportes realizados antes de la vigencia de la Ley 100, fueran trasladados por el anterior empleador a la respectiva caja con base en el cálculo actuarial.

En ese sentido, cuando el empleador omita la afiliación de su trabajador al sistema general de pensiones, surge la obligación de pagar el cálculo actuarial, para cuya cuantificación se utiliza la fórmula establecida por el artículo 3º del referido Decreto 1887 de 1994.

Así, el cálculo actuarial se aplica en diferentes situaciones relacionadas con el reconocimiento y pago de derechos pensionales y las obligaciones por parte del empleador, como sucede cuando la omisión del empleador en la afiliación del empleado al Sistema Pensional, genera el traslado de aportes con base en el cálculo actuarial, como lo dispone el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 y el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003.

También opera en el evento de ausencia de cotizaciones por parte del empleador frente a empleados afiliados al Sistema, generando mora en el pago, como lo dispone el artículo 23 de la Ley 100; y cuando existe afiliación tardía del empleado por parte del empleador, donde se genera el pago de aportes con base en el cálculo actuarial según lo reglado en el Decreto 3798 de 2003.

En ese orden de ideas, la aplicación del cálculo actuarial debe entenderse como una forma de actualización y proyección de valores adeudados en razón a la omisión de obligaciones legales del empleador frente a sus empleados.

Por su parte, han sido varios los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional en materia de cálculo actuarial.

En la sentencia T-164 de 2013 al estudiar un caso donde para ese entonces el Instituto de Seguro Social se negó a realizar el cálculo actuarial respecto de los aportes a seguridad social en pensiones adeudados por el empleador al accionante, la Corte Constitucional señaló: *“No encuentra la Sala una razón aceptable para el comportamiento del Instituto del Seguro Social, quien al no realizar el cálculo actuarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, obstaculiza el acceso al derecho pensional que le asiste al señor Grigelio Rodríguez Gómez, puesto que requiere del reconocimiento efectivo del tiempo laborado para la Cooperativa COOINCAMPO LTDA., para efectos de cumplir con el requisito de semanas cotizadas exigido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.”*

En ese sentido, en sentencia T-234 de 2018 la Corte Constitucional refirió: “(...) *no es posible que los empleadores se amparen en su propia culpa para evadir su cumplimiento y exonerarse de las consecuencias que puede acarrear su omisión. Por tanto, “si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes, no puede quedar desamparado el trabajador (...). Así, dicha omisión no puede ser imputada al trabajador, ni mucho menos este deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador (...).*”

En igual sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T 064 de 2018, al indicar que “Por lo tanto, **la omisión en la afiliación y la falta de pago de las cotizaciones**, como el incumplimiento a todas las obligaciones contempladas en la legislación, por parte del empleador **no puede ser imputable al trabajador**, ni puede generar consecuencias negativas poniendo en peligro el derecho a la vida digna, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social, máxime cuando tal aspecto no le puede ser imputable.” (Resaltado fuera de texto)

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha referido respecto de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores, que: “La afiliación de los trabajadores particulares al ente de seguridad social recurrente constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que no fue a partir de ésta que se estableció tal obligación patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia de dicho ente de seguridad social, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico como lo vinieron a ser las pensiones de invalidez, vejez y sobreviviente”⁵.

Cabe destacar, que en la citada sentencia T-234 de 2018, la Corte aclaró la intención del legislador al establecer la figura del pago del cálculo actuarial, explicando que “(...) *es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales (...). De tal manera que (...), los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados.*”

⁵ Sentencia SL16086-2015 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

En el Auto A075 de 2019, la mencionada Corporación frente a un caso en el cual el empleador había dejado de efectuar las cotizaciones del empleado para un periodo de tiempo laborado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, señaló que Colpensiones no es la entidad llamada a responder por las semanas trabajadas y dejadas de cotizar por la empresa empleadora, pues su obligación se centraba en establecer el cálculo actuarial, sin asumir directamente esa obligación, pues las mismas correspondieron a los periodos trabajados y no reportados entre agosto de 1969 a septiembre de 1970 y marzo a junio de 1971, esto es, en vigencia de la Ley 90 de 1946.

En ese caso, el empleador había desaparecido legalmente, por lo que la Corte consideró que no era preciso exigir a la referida entidad que asumiera una carga respecto de la cual no podría repetir contra el obligado a cumplir con el deber de aprovisionamiento correspondiente.

Sin embargo, la Corte ha indicado en la sentencia SU-226 de 2019, que a la entidad administradora 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.*”

4. DE LAS PRUEBAS APORTADAS

4.1 Por la parte accionante

- Constancia de período laborado. (Pág. 5)
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía. (Pág. 6)
- Solicitud de cálculo actuarial – recuperación de semanas realizada a Colpensiones. (Pág. 7)
- Constancia de trámite de notificación de la Resolución SUB 328109 de 2019. (Pág. 8)
- Copia de la Resolución SUB 328109 de 29 de noviembre de 2019. (Pág. 9 - 13)
- Comunicación de Colpensiones de 19 de diciembre de 2019 relacionada con la solicitud de recuperación de semanas. (Pág. 14 - 15)
- Recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución SUB 328109 de 29 de noviembre de 2019. (Pág. 16 - 19)

- Constancia de trámite de notificación de la Resolución SUB 25546 de 28 de enero de 2020 que resolvió el recurso de reposición. (Pág. 20)
- Copia de de la Resolución SUB 25546 de 28 de enero de 2020 que resolvió el recurso de reposición. (Pág. 21 - 31)
- Copia del informe de Epicrisis. (Pág. 32 - 34)
- Copia del resumen de atención del paciente, diagnosticos y tratamiento. (Pág. 35 - 42)

4.2 Por la parte accionada

- Constancia de trámite de notificación de la Resolución SUB 25546 de 28 de enero de 2020 que resolvió el recurso de reposición. (Pág. 62 - 63)
- Copia de de la Resolución SUB 25546 de 28 de enero de 2020 que resolvió el recurso de reposición. (Pág. 64 - 74)
- Comunicación de Colpensiones de 19 de diciembre de 2019 relacionada con la solicitud de recuperación de semanas. (Pág. 75 - 76)
- Copia de de la Resolución DEP 3179 de 24 de febrero de 2020 que resolvió el recurso de apelación. (Pág. 77 - 86)
- Solicitud de cálculo actuarial – recuperación de semanas realizada a Colpensiones. (Pág. 87)

4. EL CASO CONCRETO

En el presente asunto, el señor Hernando Herrera Gómez pretende que se amparen sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y mínimo vital, ordenando a Colpensiones efectuar el cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, en el cual el Consorcio Campeonon Bernard Spie Batignolles omitió realizar los aportes para pensión.

Por su parte, Colpensiones argumenta que la acción de tutela debe negarse por improcedente porque toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras, deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral, cosiderando además, que Colpensiones no está obligada al cobro de aportes en pensiones cuando el empleador omite la afiliación de sus trabajadores, que en el presente caso no existe afiliación y recalando que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos laborales, precisando que decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodomínio; agregando que el cálculo actuarial debe ser solicitado por el empleador y no por el empleado.

De la lectura de la acción de tutela, se encuentra que las inconformidades planteadas por la parte accionante giran en torno a la falta de realizarse el cálculo actuarial por parte Colpensiones para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, en el cual el Consorcio Campenon Bernard Spie Batignolles omitió realizar los aportes para pensión.

Inicialmente, Colpensiones aduce que la acción de tutela es improcedente en la medida que no se puede apelar a ella cuando no se han agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto y no se pueden reclamar acreencias laborales so pena de invadir la órbita del Juez Laboral.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Entre tanto, el artículo 6º ibídem, señala que la Acción de Tutela no procede en los siguientes casos: (i) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; (ii) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus; (iii) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que el interesado solicite la tutela con el fin de impedir un perjuicio irremediable; (iii) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y; (iv) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

La Corte Constitucional ha considerado que la procedibilidad de la acción de tutela se fortalece, cuando quien reclama el amparo, es un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de las personas de la tercera edad⁶.

En ese sentido, se tiene que el señor Hernando Herrera Gómez es una persona de la tercera edad pues cuenta con 66 años (Pág. 6), siendo un sujeto de especial

⁶ T 410 de 2018, T 064 de 2018.

protección constitucional. Pero además, se encuentra que ha padecido quebrantos de salud, al punto de llegar a estar hospitalizado en la presente anualidad (Pág. 32 – 42).

Aunado a lo anterior, la situación que vive el país con ocasión al COVID-19 y como consecuencia de ello, la suspensión de términos judiciales que ha venido ordenando el Consejo Superior de la Judicatura desde el 16 de marzo de 2020⁷ a la fecha⁸, hace que el medio ordinario de defensa judicial se torne actualmente ineficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del accionante, habida consideración el represamiento de las actuaciones judiciales, lo cual se reflejara en congestión y tardanza para resolverse los asuntos .

En ese orden de ideas, en el *sub judice* resulta procedente el presente amparo tutelar, para lo cual se abordará el respectivo estudio, sin que ello implique una obligatoriedad del juez de tutela en acceder a las pretensiones, toda vez que el amparo del derecho es producto de la valoración responsable y diligente de los medios probatorios aportados por las partes y las circunstancias fácticas que rodean la acción de tutela.

Por lo anterior y ante la inminente necesidad de una pronta decisión sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, resulta factible la observancia del asunto puesto de presente en la acción de tutela.

Así, se encuentra que el señor Hernando Herrera Gómez laboró al servicio del Consorcio Campeon Bernard-Spie-Batignolles desde el 23 de abril de 1985 al 5 de noviembre de 1990, según constancia expedida por el Director de Relaciones Industriales de fecha 5 de noviembre de 1990 (Pág. 5).

Mediante petición de 31 de octubre de 2019 interpuesta a través de su apoderada ante Colpensiones, el señor Hernando Herrera Gómez solicitó a Colpensiones realizar el cálculo para recuperación de semanas por el tiempo que omitió cotizar el Consorcio Campeon Bernard-Spie-Batignolles a su favor por el tiempo comprendido entre el 23 de abril de 1985 al 5 de noviembre de 1990 (Pág. 7, 87).

Colpensiones a través de la Resolución SUB 328109 de 29 de noviembre de 2019 niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al accionante,

⁷ Acuerdo PCSJA20-11517.

⁸ Acuerdo PCSJA20-11567.

considerando que no acreditó los requisitos mínimos de edad y/o semanas cotizadas (Pág. 9 – 13).

El señor Hernando Herrera Gómez a través de su apoderada interpuso el 14 de diciembre de 2019 los recursos de reposición y apelación contra la Resolución SUB 328109 de 29 de noviembre de 2019, solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 y subsidiariamente se emita el respectivo cálculo para recuperación de semanas por el tiempo comprendido entre el 23 de abril de 1985 al 5 de noviembre de 1990 (Pág. 16 - 19).

Luego, mediante comunicación de 19 de diciembre de 2019 Colpensiones indica al accionante que de conformidad con la Circular No. 03 de 2013 emitida por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal de la entidad, no es posible acogerse al proceso de recuperación de semanas por los periodos laborados y no cotizados por el Consorcio Campenon Bernard-Spie-Batignolles, toda vez que para el periodo que solicita el trámite de recuperación de semanas no registra afiliación con el empleador mencionado (Pág. 14 – 15, 75 - 76).

El recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución SUB 25546 de 28 de enero de 2020 (Pág. 21 – 31, 64 - 74), en la cual Colpensiones señala frente a la solicitud de cálculo actuarial lo siguiente:

“(...)sea lo primero advertir que la solicitud y realización de los cálculos actuariales por omisión del empleo privado no son producto de una obligación pendiente por pagar que tiene dicho empleador con la administradora de pensiones, como quiera que no se reportó la novedad de ingreso-vínculo laboral del trabajador al Sistema general de Pensiones en la oportunidad debida, sino que se trata de una información que se le entrega al empleador omiso para que sea éste quien tome la decisión, bien sea de pagarle a esta administradora, o bien, de responsabilizarse por pago y/o reconocimiento de la pensión del mismo, si hay lugar a ello, para darle cumplimiento a las obligaciones derivadas de la relación laboral.

*En ese orden de ideas, **es directamente el empleador quien deberá solicitar a la administradora de pensiones, la elaboración del respectivo cálculo actuarial** y una vez efectuada la liquidación, proceder a cancelar el valor respectivo, ya que, **de lo contrario, NO es posible convalidar el tiempo de servicio no cotizado**, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.”* (Resaltado fuera de texto)

En ese sentido, resolvió confirmar la decisión conenida en la Resolución SUB 328109 de 29 de noviembre de 2019, que negó el reconocimiento de la pensión.

Posteriormente, a través de la Resolución DPE 3179 de 24 de febrero de 2020 (Pág. 77 – 86), la accionada resolvió el recurso de apelación, señalando frente al proceso de cálculo actuarial lo siguiente:

*“De acuerdo con la normatividad expuesta, se observa que si el empleador no afilió (o no reportó novedad de vínculo laboral) al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a su empleado, deberá transferir el valor actualizado (cálculo actuarial), a satisfacción de la entidad administradora, para que estos aportes le sean tenidos en cuenta como tiempo de cotización para efectos del eventual reconocimiento de la pensión. **Esta obligación**, por disposición del Art. 33 de la Ley 100 de 1993, antes mencionado, **se encuentra en cabeza del empleador** por cuanto omitió uno de los deberes legales que tenía con su trabajador.*

(...)

*Que como el empleador omitió las cotizaciones a pensión entre el ciclo 198504 y el ciclo 199011, **se requiere que el propio empleador solicite a COLPENSIONES la elaboración del respectivo cálculo actuarial** y una vez efectuada la liquidación, proceder a cancelar el valor respectivo, ya que de lo contrario esta entidad no convalidará el tiempo no cotizado, para el reconocimiento de la pensión de vejez.”* (Resaltado fuera de texto)

Luego de realizar el estudio de los requisitos de la prestación, resolvió confirmar la decisión contenida en la Resolución SUB 328109 de 29 de noviembre de 2019, que negó el reconocimiento de la pensión.

En ese orden de ideas, se encuentra que Colpensiones ha negado al señor Hernando Herrera Gómez la posibilidad de realizar el cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, lapso en el cual, el Consorcio Campeonon Bernard Spie Batignolles presuntamente omitió afiliarlo y realizar los aportes para pensión, aduciendo que de conformidad con la normatividad, es el empleador quien debe solicitar el cálculo actuarial ante Colpensiones.

El Despacho encuentra de conformidad con la comunicación de 19 de diciembre de 2019 expedida por Colpensiones, que el accionante no registra afiliación para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, es decir, que existe una omisión por parte del empleador en la afiliación del señor Hernando Herrera Gómez, y por consiguiente, también existe una omisión en el pago de los aportes para pensión.

En ese contexto, Colpensiones exige al accionante que sea el empleador quien realice la solicitud de elaboración del cálculo actuarial, para que una vez efectuada la liquidación, proceda a cancelar el valor respectivo, considerando que esa

obligación, por disposición del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se encuentra en cabeza del empleador por cuanto omitió uno de los deberes legales que tenía con su trabajador.

Para el Despacho no está en discusión que es el empleador quien en uso de la figura de cálculo actuarial, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia referida, tiene la facultad de solventar las omisiones en que haya incurrido respecto de los aportes que debía realizar frente a sus empleados a cargo.

Tampoco es objeto de debate en el presente asunto, la obligación del empleador de realizar la correspondiente afiliación y pago de los aportes de los empleados a su cargo, en consonancia con lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral y la Corte Constitucional en los pronunciamientos citados en precedencia.

Ahora, de conformidad con lo señalado por la parte accionante en los hechos de la acción de tutela y las pruebas aportadas, para el periodo de tiempo que reclama, comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, su empleador fue el Consorcio Campeonon Bernard-Spie-Batignolles, el cual ya no existe por haberse liquidado dicha persona jurídica.

En ese sentido, ante la inexistencia del empleador que incurrió en las omisiones de falta de afiliación y pago de los aportes para el periodo reclamado por el accionante, no es posible en esta oportunidad realizar la solicitud de cálculo actuarial en los términos requeridos por Colpensiones; pues ello constituiría un imposible tanto fáctico como jurídico, luego, ante la omisión de afiliación del empleador frente al trabajador, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral⁹, debe encontrarse una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado.

De esa manera, surge la necesidad de encontrar una solución y poder garantizar al señor Hernando Herrera Gómez, la elaboración del cálculo actuarial que solicita, pues en todo caso, téngase presente que la intención del legislador al establecer la figura del pago del cálculo actuarial, es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos

⁹ Sentencia SL068-2018, Radicación No. 57026, Acta 03 de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral.

prestacionales, de tal manera qué, los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados (T 234 de 2018).

Así las cosas, se presenta una circunstancia excepcional, toda vez que no se puede hacer el cálculo actuarial respecto del empleador, por la potísima razón de que éste ya no existe, luego, es evidente que no se puede exigirle el cumplimiento de dicho requisito, motivo por lo que las omisiones de éste en la afiliación y pago de los aportes que se encontraban bajo su responsabilidad¹⁰, no pueden ahora venir a afectar al accionante frente a los derechos prestacionales que reclama.

En ese sentido, recuérdese que la Corte Constitucional¹¹ ha sido clara en señalar que si los empleadores no realizan los aportes a pensión, porque por ejemplo, nunca afiliaron al trabajador, como sucede en este caso, no puede quedar desamparado el trabajador, y dicha omisión no puede ser imputada al trabajador¹², quien no debe soportar las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, siendo entonces la solución, que se efectúe el correspondiente cálculo actuarial tal y como lo solicita el accionante.

Si bien Colpensiones pone de presente en la comunicación de 19 de diciembre de 2019 lo concerniente al Decreto 692 de 1994, relacionado con la forma de realizar los aportes al régimen de prima media con prestación definida, cabe precisar que lo que está en discusión es un tema de no afiliación que condujo a la falta del pago de aportes para ese periodo laborado por el accionante, reclamándose por éste la posibilidad de realizar el cálculo actuarial correspondiente, diferente a la obligación del empleador de liquidar los aportes, realizar los descuentos a sus trabajadores, entre otras, que refiere con sustento en el mencionado Decreto.

En ese sentido, tampoco resulta viable en el presente asunto hablar de una mora en el pago de los aportes y cotizaciones pensionales que debía realizar el empleador frente al periodo reclamado por el accionante, en virtud a que ni siquiera cumplió con la obligación de realizar la correspondiente afiliación, omisión que no debe afectar al trabajador.

Por lo anterior, y en aras de proteger los derechos fundamentales de petición, seguridad social y mínimo vital del accionante, se ordenará al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que en el término de cinco

¹⁰ En ese sentido se puede leer la sentencia T 064 de 2018.

¹¹ T 234 de 2018.

¹² T 064 de 2018.

(5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar el cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, en el cuál el Consorcio Campenon Bernard-Spie-Batignolles omitió afiliar al accionante y realizar los aportes correspondientes a pensiones, término dentro del cual deberá notificar la respuesta a la accionante así como acreditar el cumplimiento de la orden ante este Juzgado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

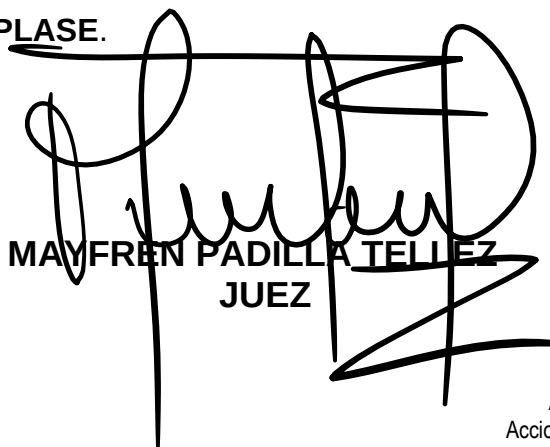
PRIMERO: AMPÁRANSE los derechos fundamentales de petición, seguridad social y mínimo vital del señor Hernando Herrera Gómez, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de ésta decisión.

SEGUNDO: ORDÉNASE al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar el cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1985 y el 5 de noviembre de 1990, en el cuál el Consorcio Campenon Bernard-Spie-Batignolles omitió afiliar al accionante y realizar los aportes correspondientes, término dentro del cual deberá notificar la respuesta a la accionante así como acreditar el cumplimiento de la orden ante este Juzgado.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes mediante correo electrónico.

CUARTO: REMITASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea impugnada, una vez haya cesado la suspensión de términos que opera en dicha Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MAYFREN PADILLA TELIEZ
JUEZ