



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., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020).

Expediente No.: 110013334-006-2020-00152-00

Accionante: Hans Fernando Buitrago

**Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
y Aerovías del Continente Americano - Avianca**

Acción: Tutela

Procede el Despacho a emitir fallo en la acción de tutela promovida por el señor **Hans Fernando Buitrago**, contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y la sociedad **Aerovías del Continente Americano - Avianca**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales de petición, al habeas data y a la seguridad social.

I. ANTECEDENTES

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN

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

- Manifiesta que laboró para la empresa Aerovías del Continente Americano Avianca S.A. en los periodos comprendidos entre el 6 de mayo de 1991 al 7 de enero de 1992, el 20 de septiembre de 1995 y el 23 de octubre de 1995, el 2 de octubre de 1995 al 1 de abril de 2010.
- Indica que en la Historia Laboral no se reflejan los periodos comprendidos entre el 6 de mayo de 1991 al 25 de julio de 1991, y el 20 de septiembre de 1995 al 31 de octubre de 1995.
- Que solicitó la corrección de historia laboral a Colpensiones el 16 de junio de 2020, mediante radicado 2020_5860699, la que fue resuelta mediante oficio del 15 de julio de 2020, manifestando que no era posible dicha corrección, lo que indica que no se hizo gestión de cobro desde 2012.
- Aduce que conforme a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la falta de pago de aportes del empleador y la omisión

del fondo de pensiones en cobrar, no puede afectar al trabajador afiliado cuando se le ha descontado la cotización por su empleador.

- Que dicho precedente se reglamentó por parte de Colpensiones mediante la Circular 014 de 2015.
- Manifestó que la respuesta de Colpensiones mediante oficio BZ2020_5860699-1444852 del 15 de julio de 2019, fue equivocada por cuanto la solicitud no era para las acciones de cobro sino la aplicación del precedente de mora patronal y la Circular 014 de 2015, por lo que no se puede considerar como respuesta de fondo.
- Indicó que se vulneran sus derechos al Habeas Data por la falta de completitud de la historia laboral, al no ejercer las facultades de cobro por casi 20 años, además de que la entidad puede exigir a los empleadores la verificación de las cotizaciones de sus afiliados, lo que a la fecha no se ha realizado.
- Así mismo se le vulneró el derecho a la seguridad social por la falta de gestión de cobro por parte de Colpensiones.

PRETENSIONES.

Solicita el accionante que sean tutelados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso y a la igualdad, y como consecuencia de ello, se ordene a las accionadas:

- “1. *Con total respeto me permito solicitar a su señoría que por favor tutele los derechos fundamentales a la Seguridad Social (art. 48) y a presentar peticiones (art. 23 C.P.) vulnerados por el actuar de la Administradora Colombiana de Pensiones.*
2. *Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones emitir respuesta de forma clara, concreta y de fondo a la solicitud presentada mediante radicado 2020_5860699 del 17 de junio de 2020 en el sentido de adelantar todas las gestiones para dar aplicación al precedente jurisprudencial de mora patronal y en consecuencia actualizar mi historia laboral.*
3. *En caso de que su señoría lo estime conveniente le solicito que tutele a favor mío cualquier otro derecho que estime se encuentra siendo*

vulnerado por el actuar de la entidad tutelada y emita las ordenes que estime convenientes para su protección.”

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue presentada el 29 de julio de 2020 a través del correo dispuesto para tal efecto por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del día siguiente se dispuso su admisión, y se ordenó notificar a la entidad accionada, concediéndole el término de dos días para pronunciarse sobre los hechos que motivaron la acción, así mismo se vinculó a la sociedad Aerovías del Continente Americano - Avianca, la que fue igualmente notificada en la misma fecha (fls. 25 y 26; 28 a 33).

III. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Por conducto de la Directora de Acciones Constitucionales, dio respuesta a la presente acción (fls. 37 a 49), en la que se manifestó lo siguiente:

Que mediante petición del 16 de junio de 2020, con radicado No. 2020_6117565, el accionante solicitó la corrección de la historia laboral, la que fue contestada por la Dirección de Historial Laboral mediante la comunicación externa del 15 julio de 2020, en la que se informó al accionante que una vez verificada la información suministrada en relación con el empleador Avianca S.A., no se evidenció su vínculo laboral con dicho empleador, ni registro de pagos a su nombre para los períodos reclamados, por lo que no se puede efectuar la corrección solicitada.

Respecto a la imputación de pago a la historia laboral del afiliado, indicó que solo es procedente cuando se hace efectivo el pago del aporte respectivo, por cuanto es mediante los recursos recaudados que se financian las prestaciones de los pensionados conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, el cual transcribió; así mismo, precisó que conforme al artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, la imputación de pagos por cotizaciones realizada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones se tendrá como base el total de lo recaudado para el riesgo, en relación a ello quedó estipulado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el inciso 7º del artículo 48 de la Constitución Política la sostenibilidad del sistema pensional, por lo que si se procediera al cargue de tiempos sin el

recaudo efectivo de los aportes se afectaría el pago de las prestaciones de los pensionados.

Frente a la procedencia de la acción de tutela, adujo que se presenta un desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, pues conforme al artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, esta acción será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa, y en concordancia con el numeral 4° del artículo 2° del C.P.T., toda controversia entre afiliados y entidades administradoras deberá ser conocida la jurisdicción ordinaria laboral.

En cuanto al cálculo actuarial por omisión de afiliación, precisó que la convalidación de semanas cuando no existe relación laboral se debe realizar por medio de cálculo actuarial, para asegurar el aprovisionamiento de los recursos necesarios para actualizar la historia laboral del afiliado sin que haya menoscabo a los recursos del Estado, siendo el cálculo la forma en que el empleador negligente repara el daño por la omisión de afiliación y cotización efectiva del aporte, por tanto Colpensiones no está obligada al cobro de aportes cuando el empleador omite la afiliación, pues en este caso donde no existe afiliación no se puede ejercer ninguna labor de cobro, porque no se conoce del vínculo laboral del trabajador.

Aclaró 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 debe 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

Respecto a los requisitos para obtener la pensión de vejez frente al cómputo de semanas transcribió el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y aclaró que la metodología para la realización del cálculo está establecida en el Decreto 1887 de 1994, y en ese sentido puedan ser objeto de imputación en la historia laboral de los trabajadores, conforme al artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, disposición que fue transcrita.

Concluyó que conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 y lo dicho por la Corte Constitucional en Auto 05 de 2001, respecto a la legitimación por pasiva, que Colpensiones no se encuentra vulnerando derecho fundamental alguno, como quiera que los periodos durante los cuales el empleador no realizó el aporte, tampoco registró la afiliación del accionante y el cálculo actuarial solo será posible realizarse una vez lo solicite el empleador y se alleguen los documentos necesarios, por lo que solicitó se denegara la acción de tutela.

2. AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA

Por conducto de apoderado judicial (fls. 57 a 67), se dio respuesta a la presente acción de tutela en los siguientes términos:

Inicia su exposición indicando el procedimiento de la acción de tutela, destacando los artículos 1º y 19 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 86 e la Constitución Política. Seguidamente se refiere a los requerimientos realizados por el Despacho en el auto del 30 de julio de 2020, frente a la afiliación y pago de aportes por los periodos no reflejados en la historia laboral del accionante, para lo cual indica que se aportó el documento de aviso de entrada al ISS, donde se demuestra que se cotizó a favor del accionante para los riesgos de IVM, bajo el número patronal 01007102243 y número de afiliación 979570600, por el periodo del 4 de mayo de 1991 hasta el 31 de julio de 1991, y en cuanto a las planillas de aportes por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1995 al 31 de octubre de 1995, manifestó que realizó la búsqueda documental de esos archivos pero no le fue posible hacer entrega de los mismos.

Al respecto precisa que era obligación de Colpensiones la custodia y conservación de la información y los documentos que soportan las cotizaciones, lo cual ha sido desarrollado en sentencias de revisión de fallos de tutela, y señaló las siguientes, T-855 de 2011, T-482 de 2012, T-493 de 2013 y T-076 de 2016.

Precisa que la empresa no ha recibido requerimiento alguno por parte de Colpensiones para el pago de cotizaciones por los periodos en cuestión y que conoció de las presuntas inconsistencias de la historia laboral con ocasión de la acción de tutela.

Frente a la acción de tutela manifestó que el accionante prestó sus servicios a la compañía en los siguientes periodos del 6 de mayo de 1991 al 7 de enero de 1992, del 20 de septiembre de 1995 al 23 de octubre de 1995 y del 2 de noviembre de 1995 al 11 de abril de 2010, y se cotizó a favor del accionante para riesgos de IVM al ISS, tal y como se indicó anteriormente, y que elevó solicitud ante Colpensiones para que procediera a reconocer y cargar los periodos comprendidos entre el 06 de mayo de 1991 al 25 de julio de 1991, quedando radicado, la que fue radicada con el número 2020 _ 7469036, así mismo, se adjuntó copia del contrato laboral y de la liquidación final, para el reconocimiento de los periodos del 20 septiembre de 1995 al 31 de octubre de 1995, lo que quedó radicado bajo el número 2020 _ 7482936 de 03 de agosto de 2020, con lo cual se puede concluir que Colpensiones está en la obligación de corregir la historia laboral del accionante, pues está demostrado con suficiencia la afiliación por parte de Avianca S.A. y los vínculos laborales del actor, por lo que se desvirtúa el argumento principal aducido para no corregir la historia laboral.

Manifiesta respecto a la inexistencia de violación a los derechos alegados por el accionante por parte de Avianca S.A., que estaba claro que la información relativa a las cotizaciones obligatorias que hacen los empleadores en materia pensional, la administran única y exclusivamente las Administradoras de Fondos de Pensiones, correspondiéndoles el deber de custodia, administración y corrección de dicha información, lo que ha sido reiterado por la Corte Constitucional, respecto a lo cual transcribió un aparte de la Sentencia 079 de 2016, a partir de lo cual concluye que corresponde a Colpensiones el deber de custodiar, conservar y guardar la información y los documentos que soportan las cotizaciones, así mismo, recae sobre ésta la obligación de realizar la corrección de la historia laboral y que Avianca

allegó el aviso de entrada al entonces ISS y los contratos laborales que demuestran los vínculos laborales del actor con la empresa.

Aduce que se presenta falta de legitimación por pasiva respecto de Avianca S.A., por cuanto los derechos que se alegan conculcados no devienen de una acción u omisión atribuible a ésta, lo que está acorde con lo dicho por la Corte Constitucional, frente a lo cual transcribe un aparte de la Sentencia T – 1015 de 2006, seguidamente indica que Avianca S.A. no es la llamada a responder por los hechos y omisiones de la entidad de seguridad social, por lo cual solicitó que se declarara que no estaba vulnerando derecho alguno del accionante y se ordenara su desvinculación del presente trámite.

IV. 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 establecer si la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Avianca S.A., han vulnerado sus derechos fundamentales de petición, al habeas data y a la seguridad social, al no corregir su de su historia laboral, respecto de los períodos comprendidos entre el 6 de mayo de 1991 al 25 de julio de 1991 y el 20 de septiembre de 1995 al 31 de octubre de 1995.

3. MARCO JURISPRUDENCIAL

3.1. 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 con 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 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.

3.2. DERECHO DE PETICIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA.

Aunque el derecho de petición frente al cual el accionante solicita el amparo tutelar se presentó el 29 de julio del presente año, es decir durante la emergencia económica, social y ecológica, así como la acción de tutela, por lo que debe revisarse las determinaciones adoptadas frente al derecho de petición en orden a

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

establecer lo pertinente ante una eventual decisión que ampare el derecho de petición de la accionada.

Así pues, se observa que el Gobierno Nacional mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica² en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19.

En desarrollo de dichas medidas, se expidió el Decreto 491 de 28 de marzo de 2020³, en donde se consideró, que los términos establecidos en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo relacionados para resolver las peticiones, resultan insuficientes, dadas las medidas de aislamiento social tomadas por el Gobierno nacional en el marco de los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y las capacidades de entidades para garantizarle a todos sus servidores, los controles, herramientas e infraestructura tecnológica necesarias para llevar a cabo sus funciones mediante el trabajo en casa; razón por la cual, se hace necesario ampliar los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones, con el propósito de garantizar a los peticionarios una respuesta oportuna, veraz, completa, motivada y actualizada.

En ese orden de ideas, dispuso en el artículo 5 del referido Decreto 491 de 28 de marzo de 2020, lo siguiente:

“Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse

² Actualmente se encuentra en ese sentido, el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020.

³ “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.”

dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

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 el presente artículo 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 en este artículo.

En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.”

3.3. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA PENSIONAL Y SU PROTECCIÓN A TRAVES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Seguridad Social fue concebida en la Constitución Política de 1991 como un servicio público que se presta bajo la constante dirección, coordinación y control del Estado, y que debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, debido a su alcance material, su vulneración puede repercutir en el goce efectivo de los derechos fundamentales, al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.”^[10]

El alcance en materia pensional de los principios de la seguridad social, es parte del objetivo del Estado Social de Derecho recogido en el artículo 46 de la Constitución Política, el cual impuso la garantía de protección y asistencia a personas de la tercera edad, todo esto de la mano con los principios generales del derecho al trabajo, previsto en el artículo 53 ibídem, así es como el derecho a la seguridad social, específicamente, en materia pensional, se materializa con el goce efectivo de una prestación social y económica, y que en muchos casos tiene un alcance fundamental que amerita su protección por vía de tutela.

Siendo pues, la pensión una prestación que se encuentra en formación hasta que se cumpla el plazo y la condición de la densidad de cotizaciones necesarias para su reconocimiento, las administradoras de los regímenes pensionales deben mantener registro de la afiliación y los pagos que se realizan por parte del cotizante o a su favor, cuando es un empleado dependiente, así mismo, tienen la obligación de verificar la continuidad de los pagos de las cotizaciones por parte del empleador o el trabajador independiente, cuando no ha sido reportada una novedad que de lugar a la cesación de la afiliación, en el caso de los empleadores, se presume que la obligación de cotizar es correlativa al tracto sucesivo de la relación de trabajo y por ello deben reportar la finalización del contrato como novedad para poner fin a la continuidad de las cotizaciones, todas estas situaciones que obligan a las partes involucradas tanto en la afiliación como en el pago y administración de ésta, así como el monto, y el tiempo en que fue causada se registran en la historia laboral, la cual es el soporte probatorio de la formación del derecho pensional por parte del trabajador para acceder a los ingresos que no podrá procurarse por sí mismo en la etapa de vejez.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el derecho a la seguridad social en asuntos de naturaleza pensional, incluidas las controversias que se puedan presentar respecto a la veracidad de la información consignada en la historia laboral, es un derecho subjetivo y reclamable ante funcionarios administrativos y judiciales⁴, y debido a su trascendencia y el impacto que su desconocimiento puede ocasionar en la vida de una persona que experimenta en su vida la materialización de los riesgos de vejez o de invalidez, o en el caso de sus dependientes, la muerte de aquel, el derecho a la seguridad social en materia pensional se erige como un verdadero derecho fundamental, por cuanto es de su esencia la dignidad humana, en asocio a las demás garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política.

3.4. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR CORRECCIÓN DE LA HISTORIA LABORAL ANTE COLPENSIONES

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones ha establecido para el caso de las solicitudes de corrección de historia laboral, la siguiente clasificación⁵:

1. Por periodo transicional, que corresponde a los periodos de cotización

⁴ Sentencia T – 549 de 2012.

⁵ <https://www.colpensiones.gov.co/publicaciones/216/Correcci%F3n%20de%20historia%20laboral.pdf>

comprendidos entre enero de 1967 y diciembre de 1994; 2. Por el periodo que corresponde a las cotizaciones de enero de 1995 en adelante y 3. Por la actualización de periodos de cotización en fondos privados de pensiones, dentro de los cuales se deberá aportar:

- Formulario de solicitud de correcciones de historial laboral.
- Presentación del documento de identificación.
- Identificación de las aclaraciones y correcciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la administradora deberá garantizar que la información contenida en cada historia laboral, sea verídica, completa y ajustada a la realidad de cada persona, por lo cual el tratamiento y manejo de la información deberá estar encaminado a guardar y custodiar las bases de datos y desplegar las actuaciones necesarias que permitan garantizar su actualización, veracidad y precisión de la información.

3.5. DERECHO FUNDAMENTAL DE HABEAS DATA.

El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia prevé el derecho al habeas data en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

La Corte Constitucional ha puntualizado frente al derecho al habeas data, y su relación con el derecho a la seguridad social que se trata de un derecho de doble

naturaleza⁶, así en reciente jurisprudencia reiteró pronunciamientos anteriores en los siguientes términos:

- i) *El derecho al habeas data goza de reconocimiento constitucional autónomo, razón por la cual el titular de la información tiene la posibilidad de conocer la información que sobre el reposa en las bases de datos, así como de exigir a quien la administra la actualización, rectificación, autorización, inclusión y exclusión de información recolectada.*
- ii) *El derecho al habeas data es garantía de otros derechos, “en la medida en que los protege mediante la vigilancia y cumplimiento de las reglas y principios de la administración de datos”. Ello sucede, entre otros, en cuanto al buen nombre, cuando se emplea para rectificar el tratamiento de información falsa⁵¹, en cuanto al derecho a la seguridad social, cuando se emplea para incluir información personal necesaria para la prestación de los servicios de salud y de las prestaciones propias de la seguridad social⁵², o en cuanto al derecho de locomoción, cuando se solicita para actualizar información relacionada con la vigencia de órdenes de captura ⁵³”*

La información que se suministra a las administradoras de pensiones, no es solo la compilación del cumplimiento de una obligación parafiscal, sino que tiene una trascendencia de capital importancia en los derechos prestacionales pensionales, además de que – en palabras de la Corte Constitucional – “ [...] otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales”^{[40].7}

Así pues, dentro de los deberes de las administradoras de pensiones con el afiliado y los empleadores, ha de destacarse la correcta custodia de la información contenida en las historias laborales, respecto a su formación e integralidad, las que deben reflejar la realidad, como quiera que se trata de un documento que contiene información personal del afiliado y es la principal prueba del esfuerzo que el trabajador realizó con la única finalidad de asegurar los riesgos de vejez, invalidez y muerte, que en el transcurso de su vida productiva pudieran materializarse, o posterior a ésta para asegurar su subsistencia.

⁶ Sentencia T – 470 de 2019; M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo

⁷ Sentencia T-207^a de 2018; M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Respecto a la trascendencia de la historia laboral, la Corte Constitucional, ha dicho lo siguiente:

“(...) La historia laboral es un documento emitido por las administradoras de pensiones –sean públicas o privadas- que se nutre a partir de la información sobre los aportes a pensiones de cada trabajador. En ella se relaciona el tiempo laborado, el empleador –si lo tiene- y el monto cotizado. También se consignan datos específicos sobre el salario, la fecha de pago de la cotización, los días reportados e igualmente se pueden hacer anotaciones sobre cada uno de los períodos de aportes. La Corte Constitucional ha considerado que este documento tiene relevancia constitucional porque involucra la protección de derechos fundamentales y permite el reconocimiento de prestaciones laborales. La historia de cotizaciones de seguridad social contiene información relevante sobre la trayectoria laboral de una persona, pero también contiene detalles de pagos efectuados a la administradora de pensiones, con el objeto de acceder al reconocimiento de una prestación social. (...)”

En concordancia con el pronunciamiento citado, no extraña que el deber de guarda, custodia y conservación de la información, obliga a la administradora a disponer y desplegar las medidas necesarias para conservar la información, por tanto, no es imputable al afiliado la contingencia que se presente en el registro de la información, sin perjuicio de que tenga derecho, ante la eventualidad, de solicitar la corrección, actualización y expedición de la misma con la totalidad de sus cotizaciones e información necesaria para el estudio del beneficio pensional a que tenga derecho, todo esto en ejercicio del derecho fundamental del habeas data.

3.6. PROCEDENCIA Y APLICACIÓN DEL CÁLCULO ACTUARIAL

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

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 ante 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.

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: *“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)

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”⁸.*

⁸ Sentencia SL16086-2015 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

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.”*

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.

Finalmente, en sentencia SU-226 de 2019, la Corte puntualizó 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.”*

3.7. DE LAS PRUEBAS APORTADAS

3.7.1. Por el accionante:

1. Certificación de tiempo de servicios expedida por Avianca S.A., como empleadora del accionante por los periodos comprendidos entre el 6 de mayo de 1991 al 7 de enero de 1992, el 20 de septiembre de 1995 al 23 de octubre de 1995 y el 2 de octubre de 1995 al 11 de noviembre de 2010. (fls. 15).
2. Derecho de petición radicado el 17 de junio de 2020 solicitando la corrección de la historia laboral del accionante. (fls. 16 a 19).
3. Historia Laboral del accionante. (fl. 20).

4. Oficio No. BZ2020_5860699-1444852 del 15 de julio de 2020, mediante el cual se dio respuesta al derecho de petición del accionante radicado el 17 de junio de 2020. (fls. 21, 22).

3.7.2. Por la accionada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones:

1. Oficio No. BZ2020_5860699-1444852 del 15 de julio de 2020, mediante el cual se dio respuesta al derecho de petición del accionante radicado el 17 de junio de 2020. (fls. 37, 38).

3.7.3. Por la accionada Aerovías del Continente Americano - Avianca :

1. Contrato de aprendizaje suscrito por el accionante para con la sociedad Avianca S.A., el 20 de junio de 1991. (fls. 91, 92).
2. Contrato de aprendizaje suscrito por el accionante para con la sociedad Avianca S.A., el 19 de septiembre de 1995. (fls. 93, 94).
3. Formato hoja de vida del accionante en Avianca con registro No. 438266. (fl. 95).
4. Aviso de entrada del trabajador No. 01-00-71-02243, radicado ante el ISS el 26 de junio de 1991, con número de radicado consecutivo 000503. (fl. 96).
5. Liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales con fecha del 10 de enero de 1992. (fls. 97, 98).
6. Contrato suscrito por el accionante para con la sociedad Avianca S.A., el 1 de noviembre de 1995. (fls. 99, 100).
7. Formato hoja de vida del accionante en Avianca con No. de registro 438266. (fl. 101).
8. Liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales con fecha del 11 de abril de 2010. (fl. 102).
9. Carta de renuncia del accionante, de fecha, 11 de abril de 2010. (fl. 103).
10. Carta de Avianca S.A., aceptando renuncia, de fecha, 12 de abril de 2010. (fl. 104).
11. Copia de la cédula de ciudadanía del accionante, antigua. (fl. 105)
12. Solicitud de corrección de cotizaciones a favor del accionante remitida por Avianca S.A. con fecha 3 de agosto de 2020, por el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1995 y el 31 de octubre de 1995. (fl. 106).

13. Solicitud de corrección de cotizaciones a favor del accionante remitida por Avianca S.A. con fecha 3 de agosto de 2020, por el periodo comprendido entre el 6 de mayo de 1991 y el 25 de julio de 199. (fl. 107).

4. EL CASO CONCRETO

Pretende el accionante que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones a dar respuesta de fondo a su derecho de petición incoado el 17 de junio de 2020, en el sentido de corregir su historia laboral respecto a los periodos comprendidos entre el 6 de mayo al 25 de julio de 1991 y del 20 de septiembre de 1995 al 31 de octubre de esa anualidad, época para la cual laboró en la empresa Avianca S.A..

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, frente a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, adujo que se dio respuesta a la solicitud elevada por el accionante mediante oficio No. BZ2020_5860699-1444852 del 15 de julio de 2020, en el que se le informó que no se evidencia el vínculo laboral; así mismo, precisó que si no hubo afiliación no está obligada a ninguna gestión de cobro, y que debe hacerse la solicitud correspondiente por parte del empleador para proceder con el cálculo actuarial de los periodos no cotizados para que sean asumidos.

Por su parte la sociedad Aerovías del Continente Americano – Avianca S.A., adujo que afilió al accionante para los riesgos del invalidez, vejez y muerte, bajo el número patronal 01007102243 y número de afiliación 979570600, por el periodo del 6 de mayo de 1991 hasta el 31 de julio de 1991, pero respecto del periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1995 al 31 de octubre de esa misma anualidad no pudo aportar la documental correspondiente, pero presentó ante Colpensiones las solicitudes de corrección por tales periodos el 3 de agosto de 2020, acreditando el vínculo laboral para la época.

De acuerdo con las pruebas aportadas, se constata que el accionante Hans Fernando Guzmán Buitrago, laboró para la sociedad Avianca S.A., durante los periodos comprendidos del 6 de mayo de 1991 al 7 de enero de 1992 y del 20 de septiembre de 1995 al 23 de octubre de 1995, de acuerdo a la certificación obrante al folio 15 y los contratos visibles a folios 91 a 94 del expediente.

A folios 91 y 92, se aprecia contrato de aprendizaje entre el hoy accionante y la sociedad Avianca S.A., cuya suscripción data del 20 de junio de 1991 y en la

cláusula cuarta del mismo se indica como término de vigencia que empieza a partir del 6 de mayo de 1991.

Igualmente, a folios 93 y 94 se observa copia del contrato de aprendizaje como copiloto aprendiz, celebrado entre el señor Hans Fernando Buitrago y Avianca S.A., suscrito el 19 de septiembre de 1995, con una vigencia de dos meses, el cual empezó el día 20 del mismo mes y año.

El 17 de junio de esta anualidad, mediante radicación No. 2020-05860699, el hoy accionante presentó petición ante Colpensiones mediante el cual solicitó la corrección de la historia laboral respecto de los períodos comprendidos del 6 de mayo de 1991 al 25 de julio del mismo año y del 20 de septiembre de 1995 al 31 de octubre de la misma anualidad (folios 16 a 19 expediente digitalizado).

Mediante comunicación BZ2020 5860699-1444852 del 15 de julio de 2020, Colpensiones dio respuesta a la solicitud presentada el 17 de junio de la misma anualidad, indicando lo siguiente:

“Tipo de Requerimiento: Periodo Falta

Periodo Desde: 1991-05-01T00:00:00 Periodo Hasta: 1991-07-31T00:00:00

Respuesta Requerimiento: Respecto de su solicitud y una vez verificada la información suministrada en relación con el empleador AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA, nos permitimos informar que no fue posible evidenciar su vínculo laboral con dicho empleador, ni registro de pagos a su nombre para los períodos reclamados, por lo anterior no es posible efectuar la corrección solicitada.

Periodos Post 94

Nombre o Razón Social Empleador: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA

Tipo de Requerimiento: Periodo Falta Periodo Desde: 1995-09-01T00:00:00

Periodo Hasta:1995-10-31T00:00:00

Respuesta Requerimiento: Respecto de su solicitud y una vez verificada la información suministrada en relación con el empleador AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO- AVIANCA nos permitimos informar que no fue posible evidenciar su vínculo laboral con dicho empleador, ni registro de pagos a su nombre para los períodos reclamados; por lo anterior no es posible efectuar la corrección solicitada.”

Se aportó al expediente por parte de la sociedad Avianca S.A. la planilla denominada **“AVISO DE ENTRADA DEL TRABAJADOR”**, **radicada el 26 de julio de 1991** (fl. 96), en la cual se verifica la afiliación del accionante al entonces Instituto de Seguros Sociales, y se consigna como fecha de ingreso el 4 de junio de 1991, con lo cual se acredita la afiliación del trabajador. En cuanto a la relación laboral

que tuvo lugar a partir del 1º de septiembre de 1995, no se acreditó dicho trámite por cuanto adujo la sociedad empleadora que no se pudo remitir la documental correspondiente.

De acuerdo con las anteriores pruebas, se encuentra que Colpensiones negó la corrección de historia laboral del accionante al no evidenciar un vínculo laboral con el empleador, ni registro de pagos de cotizaciones.

No obstante, en lo que corresponde al período comprendido del 6 de mayo al 25 de julio de 1991, está acreditado el vínculo laboral entre el señor Buitrago Guzmán y la sociedad Avianca S.A., destacándose que el contrato de aprendizaje que regía dicha relación laboral fue suscrito hasta el 20 de junio de 1991, pero con vigencia anticipada, a partir del 6 de mayo de esa anualidad.

Ahora, respecto a la afiliación del hoy accionante al régimen del seguro social, se advierte que la solicitud de inscripción tan solo se produjo hasta el día 26 de julio de 1991, fecha en la que se radicó ante el ISS el documento denominado “Formato de entrada del trabajador”, el cual constituye la solicitud de inscripción y con el cual se produce la afiliación del trabajador, en los términos del artículo 4º del Decreto 3063 de 1989, norma vigente para esa época. Además, en dicho documento se advierte como fecha de ingreso a la empresa el día 4 de junio de 1991.

Los anteriores medios de convicción permiten concluir al Despacho que Avianca S.A., en su condición de empleador, omitió afiliar en la debida oportunidad al señor Hans Fernando Buitrago al régimen de los seguros sociales obligatorios, pues ella no se produjo en forma simultánea con la vinculación laboral, en los términos que lo ordenaba el artículo 29 del Decreto 3063 de 1989, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 29. SIMULTANEIDAD DE LA INSCRIPCION. Los patronos deberán inscribir a sus trabajadores ante el ISS en forma simultánea con la vinculación laboral, de acuerdo con formulario especial adoptado por esta entidad. (...)”

Además, la sociedad Avianca S.A. no allegó prueba que acreditará que para el período reclamado por el accionante hubiere realizado el pago de aportes o cotizaciones que le correspondían, circunstancia que denota una omisión en dicha obligación.

De otra parte, en lo que concierne al período del 20 de septiembre al 31 de octubre de 1995, es necesario precisar que para este lapso regía la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, normas según las cuales, en materia de pensiones, el trabajador podría seleccionar el régimen al cual deseaba pertenecer (Decreto 692 de 1994, artículo 3º), esto es, el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad.

La selección del régimen es libre y voluntaria por parte del trabajador, la cual debía ser informada por escrito al empleador, al momento de la vinculación laboral, el cual debía adelantar el proceso con la respectiva administradora mediante el diligenciamiento del formulario previsto para tal efecto y una vez ocurrido ello, se debían realizar las cotizaciones durante el término de vigencia de la relación laboral (Decreto 692 de 1994 arts. 11, 19 y 25)

A pesar de que en el auto admisorio del presente amparo tutelar se requirió a la sociedad Avianca S.A. para que aportará copia de la afiliación y las cotizaciones realizadas para el período 20 de septiembre a 31 de octubre de 1995, los mismos no fueron allegados, lo cual impide determinar cuál fue el régimen de pensiones escogido por el hoy accionante y la administradora correspondiente, siendo preciso aclarar, que una copia del formulario de afiliación correspondía al empleador, quien debía conservar su custodia.

En este contexto, emerge con certeza que en lo que respecta a los períodos del año 1991, la sociedad Avianca S.A., afilió de manera tardía al señor Buitrago Guzmán al régimen de los seguros sociales obligatorios, pues ello tan solo ocurrió el 26 de julio de 1991, máxime cuando la relación laboral, a través del contrato de aprendizaje inicio el 6 de mayo de 1991, y sobre el período del 20 de septiembre al 31 de octubre de 1995, no existe prueba que acredite la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones.

En este punto, conviene recordar que el derecho a la seguridad social en materia pensional es irrenunciable, razón por la cual debe propenderse por garantizar y efectivizar el mismo, en los términos puntualizados en los precedentes jurisprudenciales antes referidos.

Las anteriores omisiones configuran en el asunto *sub-lite* la vulneración del derecho a la seguridad social en materia pensional del accionante, por parte de la sociedad

Avianca S.A., pues desatendió la carga jurídica y las obligaciones que le asistían en materia pensional en su condición de empleadora, circunstancias que tienen relevancia constitucional respecto de dicho derecho, como ya quedó precisado.

Ahora, aunque la sociedad Avianca S.A., en el curso de esta acción de tutela, el 3 de agosto de 2020, solicitó a Colpensiones que se incluyeran en la historia laboral los períodos reclamados por el hoy accionante, ello no subsana las omisiones en cuanto a la afiliación tardía y la falta de afiliación, así como tampoco el pago efectivo de las cotizaciones, pues lo que procedía era solicitar el cálculo actuarial de las cotizaciones adeudadas, respecto de las cuales no logró acreditar su realización, para proceder a realizar su pago de acuerdo con dicho cálculo.

En ese sentido, recuérdese que la Corte Constitucional⁹ ha precisado que si los empleadores no realizan los aportes a pensión, porque por ejemplo, nunca afiliaron al trabajador o la misma fue tardía, como sucede en este caso, no puede quedar desamparado y dicha omisión no puede ser imputada al trabajador¹⁰, quien no debe soportar las consecuencias adversas de la conducta de su empleador.

Ante la omisión de afiliación del empleador frente al trabajador, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral¹¹, debe encontrarse una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado.

Para el Despacho la figura de cálculo actuarial, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia referida, tiene la facultad de solventar las omisiones en que se haya incurrido respecto de los aportes que se debían realizar, pues el empleador deberá trasladar al sistema el valor correspondiente a los aportes al tiempo laborado y no cotizado, para lo cual la administradora expide al empleador un cálculo actuarial de lo adeudado, correspondiente a los aportes que se debieron realizar desde el mismo momento en que inició la relación laboral, para que el patrono realice el correspondiente pago.

De otra parte, en lo que concierne a Colpensiones, el Despacho debe llamar la atención a dicha administradora frente al incumplimiento de los requerimientos de

⁹ T 234 de 2018.

¹⁰ T 064 de 2018.

¹¹ Sentencia SL068-2018, Radicación No. 57026, Acta 03 de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral.

información que le fueron realizados en el auto admisorio de la demanda, pues omitió remitir los documentos que le fueron solicitados, lo cual comporta la desatención a una orden judicial. Por tanto, se exhortará al Presidente de Colpensiones y a la Directora (A) de Acciones Constitucionales para que en lo sucesivo cumplan con dichos requerimientos, so pena de la imposición de sanciones.

Ahora bien, ante la negativa por parte de Colpensiones para corregir la historia laboral del accionante, el Despacho encuentra que los argumentos que se adujeron en la comunicación BZ2020 5860699-1444852 del 15 de julio de 2020, no resultan coherentes ni acordes con las pruebas que le fueron aportadas, porque con la solicitud se allegó la certificación laboral que acreditaba el vínculo y en el formulario correspondiente se mencionó el número patronal de la sociedad Avianca S.A., aspectos que no fueron analizados al momento de resolver la solicitud de corrección.

Por tanto, verificada la existencia de un vínculo laboral, la omisión en la afiliación o el pago de las cotizaciones no es una circunstancia oponible al hoy accionante, por cuanto los tiempos de servicios acreditados deben ser incluidos dentro de las semanas de cotización, en aras de preservar el derecho al habeas data respecto de la información que reposa en la historia laboral del accionante.

Por lo anterior, en aras de proteger el derecho fundamental a la seguridad social en materia pensional del accionante, se ordenará al Representante legal de la sociedad Avianca S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, deberá formular ante Colpensiones solicitud de cálculo actuarial correspondiente a los períodos reclamados por el accionante. Una vez establecido el valor de dicho cálculo deberá proceder a su pago.

De otro lado, para proteger el derecho fundamental al habeas data, se ordenará al Director de Historias Laborales de Colpensiones, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar la corrección de la historia laboral del señor Hans Fernando Buitrago Guzmán, incluyendo como semanas cotizadas los periodos comprendidos entre el 6 de mayo y el 25 de julio de 1991 y del 20 de septiembre al 31 de octubre de 1995.

Así mismo, se dispondrá que el Presidente de Colpensiones, a través de la dependencia encargada, una vez se presente la solicitud por parte de Avianca S.A., en un término máximo de treinta (30) días, realice el cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 6 de mayo y el 25 de julio de 1991 y del 20 de septiembre al 31 de octubre de 1995, término dentro del cual deberá notificar la respuesta al accionante y a la sociedad Avianca S.A., así como acreditar el cumplimiento de la orden ante este Juzgado. De igual manera, deberá adelantar todas las gestiones administrativas para obtener el pago de dicho cálculo actuarial.

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 a la seguridad social en pensiones y habeas data del señor **Hans Fernando Buitrago**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de ésta decisión.

SEGUNDO: ORDÉNASE al Presidente de la sociedad Avianca S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, presente ante Colpensiones solicitud de cálculo actuarial correspondiente a los períodos entre el 6 de mayo hasta el 31 de julio de 1991, y el 1º de septiembre al 31 de octubre de 1995, laborados por el señor Hans Fernando Buitrago Guzmán. Una vez establecido el valor de dicho cálculo deberá proceder a su pago. Vencido el término antes previsto, deberá acreditar el cumplimiento de la orden impartida en esta providencia.

TERCERO: ORDÉNASE al Director de Historias Laborales de Colpensiones, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar la corrección de la historia laboral del señor Hans Fernando Buitrago Guzmán, incluyendo como semanas cotizadas los periodos comprendidos entre el 6 de mayo y el 25 de julio de 1991 y del 20 de septiembre al 31 de octubre de 1995.

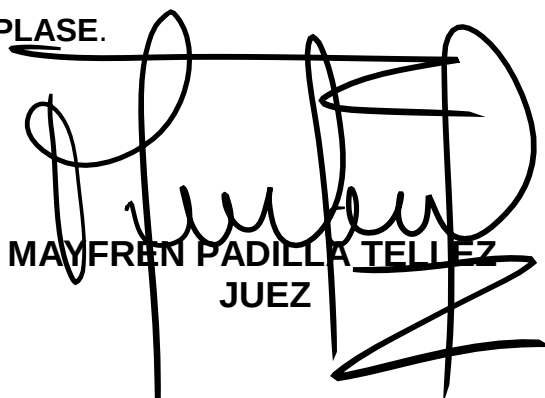
Así mismo, se ordena al Presidente de Colpensiones, a través de la dependencia encargada, una vez se presente la solicitud por parte de Avianca S.A., dentro del

término máximo de treinta (30) días, realice el cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 6 de mayo y el 25 de julio de 1991 y del 20 de septiembre al 31 de octubre de 1995, término dentro del cual deberá notificar la respuesta al accionante y a la sociedad Avianca S.A., así como acreditar el cumplimiento de la orden ante este Juzgado. De igual manera, deberá adelantar todas las gestiones administrativas para obtener el pago del cálculo actuarial resultante.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes mediante correo electrónico.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MAYFREN PADILLA TELLEZ
JUEZ

JVMG

Firmado Por:

MAYFREN PADILLA TELLEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **65550c3535e5863c2411949568b411e00cf6ed602d2f998a961ec9a8ccf85d7b**
Documento generado en 13/08/2020 10:59:32 a.m.