

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA  
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA  
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ  
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0022

<b>Proceso:</b>	Acción De Tutela 2ª Instancia
<b>Radicación:</b>	<a href="#">81001311000120230016401</a> Enlace link
<b>Accionante:</b>	Luz Marina Gómez Niño en nombre propio y a favor de su hermana Natividad Gómez Peralta
<b>Accionado:</b>	Departamento de la Prosperidad Social -DPS- Regional Arauca; COLPENSIONES; Alcaldía del Municipio de Arauca
<b>Derechos invocados:</b>	Debido proceso administrativo – Igualdad – Habeas data, mínimo vital, dignidad humana
<b>Asunto:</b>	Sentencia

Sent No.0004

Arauca (A),veintiséis ( 26 ) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

## 1. Objeto de la decisión

Decidir las impugnaciones promovidas por la señora la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2023, por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE ARAUCA<sup>1</sup>

## 2. Antecedentes

### 2.1. Del escrito de tutela<sup>2</sup>

La señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO, ciudadana<sup>3</sup> de 68 años de edad, promueve acción de tutela contra el DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS-, COLPENSIONES, MUNICIPIO DE ARAUCA, en procura de la defensa de sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, vida digna, seguridad social y debido proceso administrativo, que estima vulnerados porque el DPS REGIONAL

<sup>1</sup> Blanca Yolima Caro Puerta - Juez

<sup>2</sup> 2 de octubre de 2023

<sup>3</sup> Identificada con cédula de ciudadanía No. 41.671.154

ARAUCA, mediante Resolución No. 01826 del 24 de agosto de 2023 declaró insubsistente el nombramiento de libre y remoción en el cargo DIRECTOR REGIONAL CÓDIGO 0042 GRADO 13 que desempeñó desde el 12 de marzo de 2012<sup>4</sup>, sin tener en cuenta la estabilidad laboral reforzada que por su calidad de pre pensionada reconoció la Subdirección de Talento Humano del Departamento de la Prosperidad a través de *Oficio del 24 de julio de 2018*<sup>5</sup>.

Refiere que cuenta con el tiempo de servicio (semanas cotizadas) y la edad para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en la ley 100 de 1993<sup>6</sup>, pero su derecho pensional no se ha materializado en razón a que el MUNICIPIO DE ARAUCA-ALCALDÍA MUNICIPAL realizó el pago de la cotización por concepto de pensión al Seguro Social hoy COLPENSIONES, de manera extemporánea, y que a pesar de los múltiples requerimientos, esta entidad ha asumido una conducta reticente, *“completando en la actualidad cinco (5) años desde que se hizo el primer requerimiento, sin que se haya subsanado esa irregularidad, afectando de este modo, el monto real de la mesada pensional a disfrutar, en el sentido de que no se ven reflejados en el sistema el número real de semanas cotizadas”*.

Como consecuencia de lo anterior y comoquiera que el salario que percibía como empleada pública, o en su defecto, la mesada pensional si se hubiera reconocido, era el único ingreso que detentaba, estima una afectación a sus derechos fundamentales y los de su hermana de 91 años NATIVIDAD GÓMEZ PERALTA de quien detenta su custodia y cuidado, respecto de quien agencia sus derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna.

### **Pretensiones:**

- I.** *“Se amparen nuestros Derechos Fundamentales a la Igualdad, al Mínimo Vital, a una Vida Digna, a la Seguridad Social y al Debido Proceso y demás derechos que a juicio del Juez Constitucional encuentre vulnerados y/o conculcados, con ocasión a la Resolución No. 01826 del 24 de agosto de*

---

<sup>4</sup> Mediante Resolución No. 00230 del 12 de marzo de 2012; y que actualmente se encuentra **acéfalo**, por cuanto la Ley de Garantías vigente actualmente prohíbe realizar movimientos en la planta de personal.

<sup>5</sup> En respuesta a su solicitud elevada a través de memorando adiado 17 de julio de 2018, en virtud de que, para esa fecha *“me faltaban (3) años de servicio para acceder a la Pensión de Vejez”*

<sup>6</sup> Refiere tiempo laborado y cotizado en la Gobernación del Departamento del Meta (entre 1986 a 1991); Gobernación del Departamento de Arauca (1993-1994); Municipio de Arauca (1999-2000); Independiente (1995, 2005-2011); D.P.S. (desde agosto de 2011 hasta agosto de 2023)

- II.** *Se ordene al Departamento para la Prosperidad Social -DPS-, el reintegro al cargo que venía ostentando o uno de iguales o mejores condiciones, y se mantenga esta relación laboral hasta tanto no se me reconozca la Pensión de Vejez a la cual tengo derecho.*
- III.** *Se ordene al MUNICIPIO DE ARAUCA – ALCALDÍA MUNICIPAL, realizar los trámites pertinentes y necesarios a efectos de actualizar mi historia laboral conforme a la cotización real a pensiones así mismo, que la misma proceda al saneamiento de las fechas dejadas de percibir y consecuentemente los pagos de manera extemporánea a través del Portal Web del Aportante de Colpensiones (PWA)*
- IV.** *Que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES proceder la validación de los meses aportados de manera intermitente como trabajadora independiente durante los siguientes periodos mayo/1995, abril/1996, junio/1996, abril/2005 a octubre/2005, diciembre/2005, enero/2006 a mayo/2006, julio/2006, febrero/2009 y enero/2011, relacionado en el acápite de pruebas. Asimismo, “reconocer la Pensión de Vejez en el término contemplado por la ley y la jurisprudencia.”*

**Adjunta:**

1. *Copia de Resolución 00230 de 2012 – Nombramiento de LUZ MARINA GOMEZ NIÑO con el cargo de Director Regional Código 0042 Grado 13.*
2. *Copia de Memorando notificando a la Subdirección de Talento Humano al ostentar la condición como Pre-Pensionada a LUZ MARINA GOMEZ*
3. *Copia de Contestación por parte de la Subdirección de Talento Humano dirigida a LUZ MARINA GOMEZ*
4. *Copia de Oficio solicitando al Municipio de Arauca – Alcaldía de Arauca el pago y validación de aportes a Pensión.*
5. *Copia de Resolución 01826 del 24 de agosto de 2023 expedido por el Departamento Administrativo de Prosperidad Social que declara insubsistente el cargo de Director Regional Arauca*
6. *Copia de Constancia expedida por la Comisaría Primera de Familia de Arauca sobre custodia y cuidado personal de NATIVIDAD GÓMEZ.*
7. *Copia de Cédula de Ciudadanía de la señora NATIVIDAD GOMEZ.*
8. *Copia de Declaración Extraproceso No. 2033 por la Notaría Única del Circuito de Arauca donde se declara a la señora NATIVIDAD GOMEZ.*

## 2.2. Trámite procesal

Admitida la Acción<sup>7</sup> promovida en defensa de los derechos de las señoras LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO y NATIVIDAD GÓMEZ PERALTA, el *A-quo* concede a DEPARTAMENTO DE LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS; LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; EL MINISTERIO DEL TRABAJO y LA ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE ARAUCA el término de (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991

## 2.3. Respuestas

### DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL<sup>8</sup>

Arguye la inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de pre pensión, pues al momento de la declaratoria de insubsistencia, la señora GÓMEZ contaba con 68 años de edad y 1336.71 semanas cotizadas <<de acuerdo con el reporte en pensiones, con fecha de corte 8 de octubre de 2022, expedido por COLPENSIONES>>, es decir, cumple los requisitos de tiempo y edad para solicitar el reconocimiento de su mesada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y por lo tanto, no sufre los requisitos para ser acreedora del citado fuero, pues la jurisprudencia ha definido que éste opera únicamente sobre aquellas personas “con contrato de trabajo **que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.**”<sup>9</sup>.

Rebate además que, de conformidad con el derrotero jurisprudencial que la Corte Constitucional ha establecido <<Sentencias SU-003/2018 y SU-897/2012>>, la estabilidad laboral reforzada para cargos de libre nombramiento y remoción sólo es predicable de aquellos funcionarios con “**riesgo de frustración de su derecho pensional**” que no cumplen con el tiempo mínimo requerido para obtener su pensión<sup>10</sup>; y que aun cuando la accionante espera mejorar las condiciones base de liquidación de la mesada, lo cierto es que “*La protección laboral reforzada consagrada en la Ley 790 de 2002 para prepensionados, no se extiende hasta*

<sup>7</sup> Octubre 2 de 2023.

<sup>8</sup> COD ASTREA: 173984, octubre de 2023.

<sup>9</sup> Cita la Sentencia T-357 de 2016

<sup>10</sup> Cita además:

*la inclusión en nómina de pensionados, sino hasta que el empleado cumpla los requisitos de edad y tiempo para gozar de esa prestación social”<sup>11</sup>*

Indica, además, que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social no ha recibido informe alguno sobre inconsistencias en los tiempos de cotización de semanas al fondo de pensiones; asunto que escapa a su órbita de competencias y deberá ser resuelto ante la Alcaldía del Municipio de Arauca.

En mérito de lo expuesto, pide negar el amparo solicitado ante la inexistencia de vulneración a las garantías invocadas.

### **Alcaldía del Municipio de Arauca<sup>12</sup>**

Por intermedio de apoderado judicial<sup>13</sup>, reconoce que el Municipio de Arauca en calidad de empleador realizó extemporáneamente el pago de los aportes pensionales y la existencia de una deuda real a favor de la accionante, no obstante, dio respuesta clara y de fondo a las peticiones que desde el año 2016 ha presentado al respecto la señora L.M.G.N., y *“está realizando las actuaciones enmarcadas dentro de nuestra competencia para tratar de agilizar el respectivo pago.”*

Adicionalmente, evoca la respuesta brindada Mediante oficio No. 140.20. 00666 el 14 de septiembre de 2020:

*“(…) esta administración le comunica que su petición se encuentra enmarcada dentro del artículo 39 del Decreto 1406 del 1999, lo que se identifica como Deuda Real, la cual debe ser notificada al Municipio de Arauca por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, causada por pagos realizados por fuera de la fecha límite, lo que estaría generando una mora en el pago de aportes. (...)”*

En tal orden, advierte que los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993 faculta a COLPENSIONES adelantar los procedimientos de recaudo y cobro coactivo, y en todo caso, son las AFP las llamadas a asumir los efectos que puedan derivarse del retraso de la falta de pago de los aportes.

Como petición, eleva *“ DENEGAR POR IMPROCEDENTE la protección de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante y en contra del Municipio de Arauca, en el presente asunto, toda vez que, existe falta de legitimación en la causa*

---

<sup>11</sup> Sentencia SU-897 de 2012.

<sup>12</sup> 5 de octubre de 2023.

<sup>13</sup> Dr. José Alonso Gómez Mojica, portador T.P. 229.853 de C.S de la J.

*por pasiva para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales que la accionante invoca.”*

**Anexa:**

*-Oficio No. 140.20. 00666 el 14 de septiembre de 2020, en respuesta a la solicitud de corrección y/o validación de inconsistencias en la historia laboral por aportes a pensión.*

*-Detalle de pagos a pensión efectuados a partir de 1995 por la Alcaldía de Arauca, en favor de LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO:*

**Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES<sup>14</sup>**

La Dirección de Acciones Constitucionales<sup>15</sup> informa que, de acuerdo a lo consignado en el Sistema de Información de la entidad, “hizo uso de sus facultades de fiscalización y cobro” establecidas en la Ley 100 de 1993<sup>16</sup>, y requirió a la Alcaldía Municipal de Arauca por pagos inexactos y/o extemporáneos, así:

- *“Una vez realizadas las respectivas consultas en los aplicativos de la entidad, se informa que en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 100 de 1993, el empleador ALCALDIA DE ARAUCA con NIT 800102504 es requerido por pagos inexactos con diferencias y/o pagos extemporáneos correspondiente a los periodos 1999/04 1999/05 1999/06 1999/07 1999/08 1999/09 1999/10 1999/11 1999/12 2000/01 2000/02 2000/04 2000/05 2000/06 2000/07 2000/08 2000/09 2000/10 2000/11 2000/12 2001/01 mediante el radicado de correspondencia 2023 11407880 remitido a la última dirección registrada en nuestras bases de datos, para que en el término de ley corrija las inconsistencias registradas en los pagos de los aportes a la seguridad social.”*

En relación con la solicitud de corrección de la historia laboral informa que de acuerdo con la Resolución 343 de 2023, aún se encuentra dentro del término de (60) días hábiles para emitir una respuesta a la solicitud administrativa que el 5 de septiembre de 2023 bajo radicado No. o 2023\_14959965 formuló L.M.G.N con el mismo objeto; por lo que debe agotarse la vía gubernativa previo a la activación del aparato de justicia.

En lo concerniente a la petición que requiere el estudio de la pensión de vejez y “reconocerla en el término previsto por la Ley y la jurisprudencia”, indica asimismo la solicitud de reconocimiento que el 19 de septiembre del 2023 bajo radicado 2023\_ 15790382 promovió la accionante, frente a la cual, la entidad se encuentra en términos para responder <<4

<sup>14</sup> 4 de octubre de 2023.

<sup>15</sup> Directora Martha Elena Delgado Ramos.

<sup>16</sup> Artículos 53 y 24

meses>>, en virtud de lo contemplado en la SU 975-2003, y el Parágrafo 1, Artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

De conformidad con las razones expuestas, pide declarar la improcedencia de la acción, comoquiera que no concurren los requisitos de procedibilidad contemplados en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

**Anexa:**

**-Respuesta del 12 de julio de 2023 frente a la solicitud de tiempos cotizados en la historia laboral:**

Una vez realizadas las respectivas consultas en los aplicativos de la entidad, se informa que en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 100 de 1993, el empleador ALCALDIA DE ARAUCA con NIT 800102504 es requerido por pagos inexactos con diferencias y/o pagos extemporáneos correspondiente a los periodos 1999/04 1999/05 1999/06 1999/07 1999/08 1999/09 1999/10 1999/11 1999/12 2000/01 2000/02 2000/04 2000/05 2000/06 2000/07 2000/08 2000/09 2000/10 2000/11 2000/12 2001/01 mediante el radicado de correspondencia 2023\_11407880 remitido a la última dirección registrada en nuestras bases de datos, para que en el término de ley corrija las inconsistencias registradas en los pagos de los aportes a la seguridad social.

Una vez el empleador realice las correcciones o los pagos si hay lugar a ello, procederemos a actualizar su historia laboral.

**Ministerio del Trabajo<sup>17</sup>**

En lo que a la Entidad concierne, el Director Territorial Arauca pide declarar la improcedencia de la acción por carecer de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia su desvinculación.

**2.4. Decisión de Primera Instancia<sup>18</sup>**

El JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE ARAUCA, en sentencia proferida el trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023), dispuso:

***“Primero: NEGAR POR IMPROCEDENTE, el amparo solicitado por la accionante LUZ MARINA GOMEZ NIÑO, en contra de las accionadas, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PROSPERIDAD SOCIAL,***

---

<sup>17</sup> 4 de octubre de 2023.

<sup>18</sup> Sentencia No. 370 del 24 de julio de 2023

**COLPENSIONES y el MUNICIPIO DE ARAUCA**, con fundamento en lo expuesto.”

*Segundo: DECLARAR que, dentro de la presente acción de tutela, existe falta de legitimación en la causa por pasiva, con relación al MINISTERIO DEL TRABAJO, en armonía a lo expuesto en la parte motiva.*

**Tercero: REQUERIR a COLPENSIONES**, para que proceda a dar respuesta oportuna a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, presentada por la accionante, señora **LUZ MARINA GOMEZ NIÑO**, el 13 de septiembre de 2023, dentro del término dispuesto en el artículo 9 de la ley 797 de 2003”

Descartó la vulneración del derecho a la estabilidad laboral reforzada, porque al tener la accionante 68 años y 1382.14 semanas cotizadas, cumple cabalmente los requisitos establecidos <<de edad y semanas cotizadas>> en el Régimen de Prima Media para acceder a una mesada pensional ante COLPENSIONES, ergo no detenta la calidad de “prepensionable”<sup>19</sup>, siendo ésta la única excepción de fuero laboral que gozan los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Resaltó la improcedencia en relación con la corrección de la historia laboral y reconocimiento de la pensión de vejez, pues sobre tales asuntos aún cursan ante COLPENSIONES las solicitudes administrativas que el 5<sup>20</sup> y 19<sup>21</sup> de septiembre de 2023 radicó la accionante, y se encuentran dentro del término legal para ser resueltos por parte del Fondo.

Frente al requerimiento para que el Municipio de Arauca realice los trámites pertinentes a efectos de actualizar la historia laboral y proceda al saneamiento y pago de la mora patronal -por pago extemporáneo-, consideró que tal aspecto de la discusión no reviste vulneración alguna de garantías constitucionales, comoquiera que no incide en el reconocimiento de la pensión, “porque la accionante conforme lo ratifica Colpensiones, el 14 de julio de 2023, supera el número de las semanas que se requieren para reconocer el derecho a la pensión de vejez”

En cuanto a la inexistencia de un perjuicio irremediable aseveró:

*“Con relación a la vulneración al mínimo vital, teniendo en cuenta el valor del salario devengado por la accionante y que desde la fecha en la que se encuentra desvinculada laboralmente, esto es, el 24 de agosto de 2023, a la*

---

<sup>19</sup> Fundamenta su decisión en el reporte expedido por COLPENSIONES de fecha 24 de agosto de 2023.

<sup>20</sup> bajo radicado No. o 2023\_14959965

<sup>21</sup> bajo radicado 2023\_15790382

*fecha de la presente decisión, no han transcurrido siquiera dos meses, y al retirarse del cargo ella adquirió el derecho a retirar y a que se le paguen sus cesantías, no se evidencia la vulneración de este derecho.”*

*“la accionante, no acredita ni existe prueba en el expediente, mediante la que se constate que está sufriendo algún perjuicio irremediable, que ponga en grave peligro su vida y la de su hermana y que por lo tanto las acciones judiciales resultarían ineficaces para precaver esta situación”*

Corolario, al superar el examen de procedibilidad, asociado, a la inexistencia de un perjuicio irremediable, fundamentaron la decisión del A-quo para declarar la improcedencia de la acción.

## **2.5. Las impugnaciones**

### **2.5.1. Accionante – Sra. Luz Marina Gómez**

Insiste en la procedencia de la acción, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional y encontrarse en situación de debilidad manifiesta, toda vez que, por su condición etaria, las señoras GÓMEZ NIÑO y GÓMEZ PERALTA *“estamos expuestas a enfermedades propias de su edad y como no tengo ingresos no estoy cotizando en el sistema de salud, estoy por fuera del mercado laboral; y tengo que erogar gastos para mi sustento y el de mi tía que se encuentra a mi cargo”*; y someterlas a los rigores de un proceso judicial ordinario resultaría desproporcionado y altamente lesivo a sus garantías fundamentales; aunado a la insuficiencia de la *“liquidación y las cesantías dadas”* para solventar sus necesidades básicas.

Asegura que la decisión adolece de sustento normativo y jurisprudencial al desconocer su derecho a la estabilidad laboral reforzada, comoquiera que protege la expectativa del trabajador de obtener la pensión de vejez ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo, y que ésta opera sin distinción de la naturaleza del cargo que ocupe; razón por la cual, debe garantizarse su continuidad laboral, hasta tanto no sea reconocida.

### **2.5.2. COLPENSIONES**

Por intermedio de la Directora de Acciones Constitucionales, pide revocar el numeral 3 de la sentencia adiada 13 de octubre de 2023, por no existir vulneración atribuible a la entidad:

Tercero: REQUERIR a COLPENSIONES, para que proceda a dar respuesta oportuna a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, presentada por la accionante, señora LUZ MARINA GOMEZ NIÑO, el 13 de septiembre de 2023, dentro del término dispuesto en el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

Como sustento, evoca idénticos argumentos a los esgrimidos ante el A-quo.

### 3. Consideraciones

#### 3.1. Cuestión previa

Sobre la figura <<requerir>> empleada por el A-quo, no puede confundirse con una orden judicial, pues la característica esencial de esta última es que presupone la existencia de instrumentos que permitan su cumplimiento coercitivamente<sup>22</sup>; asimismo, la diferencia radica en que, el INSTAR, según la RAE significa **“Intimar, avisar o hacer saber algo con autoridad pública/solicitar, pretender, explicar su deseo o pasión amorosa”**

Siguiendo esta lógica, las expresiones **“requerir, exhortar, apremiar, instar, acuciar, entre otras”** han sido catalogadas como expresiones que permiten hacer un llamado o apremio a la autoridad correspondiente<sup>23</sup>, es decir, como una herramienta de protección de derechos constitucionales; no obstante, al no constituir una orden proferida por el juez, deviene inejecutable y frente a su -eventual- incumplimiento el trámite del desacato deviene inejecutable.

Por ejemplo, en sentencia T-021 de 2017, el Alto Tribunal EXHORTÓ a Colpensiones para que el menor tiempo posible, reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes a la accionante al encontrarse en una precaria situación económica y de salud; motivo por el cual, el Magistrado Alejandro Linares Cantillo, presentó salvamento parcial de voto, al considerar que, **“en el caso concreto *“un exhorto<sup>24</sup> resulta inane, en la medida en que, para en el caso concreto la Sala Segunda de Revisión debió ordenar a Colpensiones el cumplimiento de la sentencia proferida por la jurisdicción ordinaria laboral dentro de un término oportuno. No debe pasarse por alto que el exhorto no constituye una orden proferida por un juez y, por lo tanto, deviene inejecutable y frente a su incumplimiento el trámite del desacato resulta improcedente. Así las cosas, en el presente caso, el exhorto no es una medida idónea para proteger eficazmente los derechos fundamentales de la accionante”***.

<sup>22</sup> CC A-560/2016.

<sup>23</sup> CC AT-560/2016, AT078/2013, entre otros.

<sup>24</sup> De acuerdo con la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra exhortar dignifica incitar a alguien con palabras para que haga o deje de hacer algo.

En consecuencia, la AFP erróneamente pide revocar el numeral tercero del fallo impugnado; nótese que el fallador de primera instancia no declaró vulneración de derechos atribuible a la entidad, sino que, en atención a las condiciones particulares de la accionante la previno para cumplir de manera oportuna e ininterrumpida sus atribuciones legales.

Así las cosas, ésta Sala prosigue únicamente con el estudio del recurso interpuesto por la parte actora.

### **3.2. Competencia**

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión rebatida.

### **3.3. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela**

La jurisprudencia constitucional sostiene que los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad<sup>25</sup>

#### **3.3.1. Legitimación en la causa por activa y pasiva**

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, concordante con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991<sup>26</sup>, la acción de tutela es un mecanismo de defensa disponible para quien considera que sus derechos fundamentales se encuentran amenazados o vulnerados, y puede ser reclamado de forma directa o quien actúe en su nombre<sup>27</sup>, con el fin de solicitar que se acceda a su pretensión ya sea por parte de una autoridad pública o un particular.

En el presente asunto, LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO se encuentra legitimada por activa para acudir en nombre propio, como en agencia de los DD.FF. de su familiar NATIVIDAD GÓMEZ PERALTA, quien de conformidad con la constancia expedida por la Comisaría Primera de Familia del Municipio de Arauca *“se encuentra bajo su cuidado y custodia”*.

---

<sup>25</sup> Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

<sup>26</sup> *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*.

<sup>27</sup> Según el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción puede invocarse por el titular del derecho de manera directa, o a través de representante o apoderado; por agente oficioso, o a través del Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

De otro lado, la acción se dirige contra su empleador EL DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, COLPENSIONES, MUNICIPIO DE ARAUCA a quienes, en últimas, se les endilga la presunta vulneración a sus derechos fundamentales, encontrándose superado el requisito de legitimación en la causa por activa y pasiva en el presente trámite.

El MINISTERIO DEL TRABAJO, por su lado, carece de relación jurídico sustancial en el presente asunto y continuará desvinculado del mismo.

### **3.3.2. Inmediatez**

Está superado este requisito, por cuanto transcurrió un plazo razonable entre la notificación de la *Resolución No. 01826 del 24 de agosto de 2023* que declaró insubsistente el nombramiento de libre y remoción en el cargo DIRECTOR REGIONAL CÓDIGO 0042 GRADO 13, y la interposición de la acción el 2 de octubre siguiente.

### **3.3.4. Subsidiaridad**

Conforme al artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela **solo procederá** cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, **de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección**. Así pues *‘cada caso concreto requiere un análisis de los recursos reales y ciertos con los que cuenta el accionante. Las herramientas procesales no son adecuadas y/o eficaces en abstracto. Dependerá del juez de tutela valorar las circunstancias particulares del caso, para determinar la procedencia de la acción. Si fuera de otra manera, el amparo constitucional perdería eficacia pues las personas, hipotéticamente, siempre contarían con mecanismos de defensa idóneos y/o eficaces. Los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial protección constitucional se presumen inidóneos.’*<sup>28</sup>

#### **3.3.4.1. Acción de tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos; procedencia excepcional**

---

<sup>28</sup> Sentencia T-662 de 2013 (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva)

La Alta Corporación ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, ante la existencia de un medio de defensa judicial propio, específico, idóneo y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

*“La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, ante la existencia de un medio de defensa judicial propio, específico idóneo y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello debido a que, por medio de esta acción judicial, prevista en el artículo 138 del CPACA, puede reclamarse ante el juez de lo contencioso administrativo, la efectividad de los derechos constitucionales y legales, la anulación total o parcial del acto administrativo que produce la presunta vulneración de derechos. Así como, obtener la correspondiente reparación del daño causado.”*<sup>29</sup>

No obstante, la Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro de los servidores cuando se advierta la vulneración de un derecho fundamental y **se demuestra que los mecanismos ordinarios no son eficaces o idóneos para la protección pretendida**. A partir de lo expuesto, la Corte igualmente ha concluido que si bien *“(...) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales, esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. (...)*<sup>30</sup>

De acuerdo con el recuento fáctico que antecede, es posible discernir la eventual ineficacia del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, específicamente, en lo que al reintegro de la accionante concierne, pues la **pretensión segunda** encaminada a *“Ordenar al Departamento para la Prosperidad Social -DPS-, el reintegro al cargo que venía ostentando o uno de iguales o mejores condiciones, y se mantenga esta relación laboral hasta tanto no se me reconozca la Pensión de Vejez a la cual tengo derecho.”*; podría carecer de objeto por hecho superado, sobreviniente, o daño consumado, al momento de emitir un fallo ejecutoriado bajo los

<sup>29</sup> Sentencia T-062 de 2022.

<sup>30</sup> Sentencia T-425 de 2019.

términos propios de la actividad judicial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por tanto, y comoquiera que es factible que la señora GÓMEZ NIÑO se encuentre igualmente excluida del mercado laboral durante tal interregno, la Sala dará por superado éste punto de análisis y procederá a su estudio de fondo. Al respecto, expuso la Corte en Sentencia T-081 de 2022:

*“Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados<sup>31</sup>. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto”<sup>32</sup>*

### **3.3.4.2. Corrección de la historia laboral y el derecho fundamental al habeas data**

Aunque la accionante no alega expresamente la vulneración a su derecho fundamental de *habeas data*, pretende por intermedio del juez constitucional “realizar los trámites pertinentes y necesarios a efectos de actualizar mi historia laboral conforme a la cotización real a pensiones así mismo, que la misma proceda al saneamiento de las fecha”; como consecuencia de la omisión de las entidades accionadas de incluir períodos de cotizaciones en su historia laboral en proporción con los tiempos laborados en la Alcaldía del Municipio de Arauca, y ésta garantía constitucional se ve vulnerada por la consignación de datos o información errónea, imprecisa o no autorizada en bases de datos públicas o privadas; escenario ante el cual, previo a la interposición del amparo constitucional, debe antes agotarse los trámites de *consulta* o *reclamo* previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 1581 de 2012; gestiones que la promotora de éste trámite ha solicitado través de múltiples comunicaciones desde el año 2016 ante las autoridades accionadas sin que éstas accedan en sede administrativa a sus pretensiones; y comoquiera que “la garantía al *habeas data* conlleva el respeto por el componente sustancial de otros derechos de índole igualmente fundamental<sup>33</sup>” tales como el mínimo vital, vida digna, entre otros<sup>34</sup>, se trata de un examen de relevancia constitucional que amerita un estudio de fondo, por lo cual, es procedente este trámite en lo concerniente a la pretensión tercera del libelo tuitivo.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia T-211 de 2009.

<sup>32</sup> Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo.

<sup>33</sup> Sin desconocer el carácter fundamental y autónomo de cada uno.

<sup>34</sup> Cfr. Sentencias T-019 de 2016 y T-595 de 2007.

### 3.3.4.3. Improcedencia de la acción de tutela para reconocer la pensión de vejez

La Corte Constitucional ha indicado que por regla general la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento de derechos de naturaleza pensional, *“por cuanto se espera que el interesado formule su pretensión en los escenarios procesales especialmente diseñados por el legislador para dirimir las controversias de esa naturaleza, es decir, ante la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa, según el caso”*<sup>35</sup>; excepto si se demuestra que éste último no es eficaz o idóneo para la protección pretendida.

En tal contexto, pretende la demandante que, una vez efectuadas las correcciones en su historia laboral, COLPENSIONES *“reconozca la Pensión de Vejez en el término contemplado por la ley y la jurisprudencia.”*; trámite que la señora GÓMEZ NIÑO activó desde el 19 de septiembre de 2023 y que COLPENSIONES adelanta aún, bajo Rad. No. 2023\_ 15790382, y que de acuerdo con la Sentencia de Unificación SU 975-2003, el Parágrafo 1, Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y la Resolución 343 de 2017<sup>36</sup>, se encuentra aún en término para ser resuelta:

Prestación - Petición - Otros trámites	Término legal		Término (para atención prioritaria)	
	Para resolver	Incluir en nómina	Tiempos públicos	Tiempos privados
Pensión de vejez (indemnización sustitutiva)	4 meses (Art. 33 de la Ley 100/93 modificado por el art. 9 de la Ley 797/03, SU-975 de 2003 y T-774 de 2015)	6 meses (Art. 4 de la Ley 700/01, SU-975 de 2003 y T-774 de 2015)	4 meses y una semana con inclusión en nómina	3 meses con inclusión en nómina
Pensión de invalidez (indemnización sustitutiva)		N/A		
Prestaciones que no tienen término legal (auxilio funerario, emisión de dictámenes de pérdida de la capacidad para laborar, pago a herederos)				
Pensión de sobrevivientes (indemnización sustitutiva)	2 meses (Art. 1 de la Ley 717/01, T-774 de 2015)	6 meses (Art. 4 de la Ley 700/01)	3 meses con inclusión en nómina	

<sup>35</sup> Sentencia T-043 de 2014.

<sup>36</sup> Por la cual se reglamenta el trámite interno de las peticiones, quejas, reclamos y sugerencias presentadas ante la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES”

Siendo así, la Sala no estudiará de fondo éste asunto, pues además de tratarse de una pretensión prematura y anticipada a una eventual vulneración que no existía en la época- en tal virtud deviene improcedente-, tampoco se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable que de oficio imponga al juez la carga abordarlo; pues, pese a alegar que *‘actualidad no cuento con ingreso económico que garantice nuestras condiciones mínimas materiales de existencia’*; lo cierto es que la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO desempeñó el cargo de Director Regional Código 042 Grado 13 en el D.P.S – Arauca durante 11 años, 5 meses y 12 días, <<lapso comprendido entre la *Resolución de libre nombramiento y remoción No. 00230 del 12 de marzo de 2012* y la *Resolución que declara insubsistencia No. 01826 del 24 de agosto de 2023*>> y, que, al ser retirado un servidor público del cargo de libre nombramiento y remoción, procederá la liquidación de sus prestaciones sociales en forma definitiva por el tiempo que estuvo desempeñándose en el respectivo empleo y, su pago estará a cargo de la respectiva entidad de la cual es retirado<sup>37</sup>; éste monto que un empleador debe pagar directamente al trabajador el mismo día que liquida el contrato, corresponde a un salario mensual por cada año trabajado, de acuerdo al artículo 249 del Código Laboral; consecuentemente, no es lo más factible inferir que un Índice Base de Liquidación de tales proporciones, en conjunción con la escala salarial <<**7’394.087 COP mensuales**<sup>38</sup>>> del nivel Directivo - Grado 13 de una Unidad Administrativa Especial sea mínimamente insuficiente para subsistir, transcurridos sólo 1 mes y 15 días desde la declaración de insubsistencia<sup>39</sup>.

Nótese igualmente, que refiere también la exposición a diagnósticos y padecimientos propios de su condición etaria, pero no aportó prueba siquiera sumaria de las historias clínicas o estado de salud que actualmente puedan afrontar tanto ella como su familiar a cargo; y aunque refiera incluso un factor de desprotección ante el SGSSS, a la fecha de emisión de la presente providencia, la señora GÓMEZ sigue

<sup>37</sup> El asunto, que no tiene discusión a la luz de la Ley 995 de 2005, Decreto 404 de 2006. Artículo 4 Decreto 2418 de 2015, fue recientemente recapitulado por el Concepto 230071 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública. Departamento Administrativo de la Función Pública.

<sup>38</sup> Comprobante de nómina aportado por la accionante, Anexos de tutela, folio 163; que al 8/30/2023, el D.P.S. consignó en su favor +37’000.000 de pesos:

FIRMA	TOTALES	\$ 41,901,149.00	\$ 4,174,800.00
Neto a Pagar	TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MCTE *****	<b>\$ 37,726,349.00</b>	

Desprendible 30/08/2023

<sup>39</sup> Sobre la naturaleza jurídica de las Cesantías, la Corte recuerda que “al empleado le sirve para atender sus necesidades mientras permanece cesante y en segundo lugar para satisfacer otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación,”

activa en el Sistema General en Salud bajo la calidad de cotizante, tal como evidencia la Base única de Datos del ADRES compensado:

INFORMACIÓN BÁSICA DEL AFILIADO								
TIPO IDENTIFICACION	NÚMERO DE DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	PRIMER NOMBRE	SEGUNDO NOMBRE	ÚLTIMO PERÍODO COMPENSADO	EPS / EOC	TIPO AFILIACIÓN
CC	41671154	GOMEZ	NIÑO	LUZ	MARINA	2024-01	NUEVA E.P.S S.A.	COTIZANTE

  

INFORMACIÓN DE PERÍODOS COMPENSADOS				
EPS / EOC	PERÍODOS COMPENSADOS	DÍAS COMPENSADOS	TIPO AFILIADO	OBSERVACIÓN *
NUEVA E.P.S S.A.	01/2024	29	COTIZANTE	Pago con cotización

Bajo este derrotero, el Juez Constitucional sujeto a la jurisdicción del Estado Social y de Derecho, no puede prescindir o interpretar despreocupadamente los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, que no son simples formalidades o injustificados elementos ritualistas, sino la salvaguarda misma de la Constitución y su catálogo de garantías fundamentales en el marco de unas competencias preconstituidas, que para el estudio del carácter subsidiario de la acción de tutela supone considerar lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política y 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991.<sup>40</sup>

En sentencia T 426 de 2021 expuso la Corte:

*“Si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado”*

### 3.4. Supuestos jurídicos

#### 3.4.1. Estabilidad laboral reforzada de empleados en “libre nombramiento y remoción”; facultad discrecional de la Administración.

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, dispone:

<sup>40</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA DE REVISION. Sentencia T-121/18 M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido

**ARTICULO 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

A su vez, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

**ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*  
(...)

**PARÁGRAFO 2.** *La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.*

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 003 de 2018, comentó el alcance de la estabilidad laboral reforzada de servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción:

*“Por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.”<sup>41</sup>*

Entonces, como su nombre lo indica, este tipo de empleados pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera. Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, señaló en Sentencia Rad. 2002.00188-01 de 2006:

*“[Cfr.]Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.”*

---

<sup>41</sup> Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido.

Fiel a tal postura, posteriormente la misma Corporación adujo en providencia 4425-2004 del 2008:

*“por la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna (...) No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.”*

Prosiguiendo con el tratamiento que el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo ha dado a la materia, la Sección Segunda, Subsección “B”<sup>42</sup> sostuvo en Sentencia <<Rad. No. 050012333000201200285-01 (3685-2013)>> del 29 de febrero de 2016, que la protección especial de estabilidad laboral reforzada conferida a quienes **están próximos a consolidar el estatus pensional, es aplicable** tanto a empleados en provisionalidad, como a **empleados de libre nombramiento y remoción** y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro:

*“Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.”*

No obstante, lo anterior, en la misma providencia precisó el Alto Tribunal:

*“La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, **por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la***

---

<sup>42</sup> Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve,

**protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.**”

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual, en todo caso, deberá ser ejercida bajo la estricta regla de discrecionalidad consagrada en el Artículo 44 del CPACA, en ponderación con la objetiva vulneración a los derechos fundamentales del pre pensionado.

### **3.4.2. Habeas data e historias laborales; deberes de las AFP respecto de la información consignada en la historia laboral de sus afiliados**

El artículo 48 de la Constitución define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, en los términos que contemple la ley. En este contexto, el esfuerzo que la pensión de vejez busca retribuir está dado, en particular, por las cotizaciones obligatorias que el trabajador efectuó durante su vida laboral; de allí que, la historia laboral como documento que relaciona esos aportes, constituya el insumo clave dentro del proceso que antecede el reconocimiento y pago de la prestación; al respecto, la Corte expuso:

*“Todas esas cotizaciones se ven reflejadas en la historia laboral que, además, registra el periodo dentro del cual se realizaron esos aportes, la relación laboral o contractual de la que se derivan y el monto del ingreso con base en el cual se pagaron. En ese contexto, la historia laboral opera como un elemento de prueba que, a la vez que facilita el acceso del trabajador y de la entidad que administra sus aportes a información clara, actual y completa sobre el estado de cumplimiento de los requisitos en virtud de los cuales el primero podría llegar a adquirir el estatus de pensionado, propicia el oportuno*

*reconocimiento de la prestación económica y la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales que se protegen a través del mismo.”<sup>43</sup>*

En sede de revisión de tutela, el Alto tribunal ha advertido *”la especial responsabilidad que incumbe a las Administradoras de Pensiones respecto de la información consignada en la historia laboral de sus afiliados y sobre los derechos fundamentales que suelen verse comprometidos cuando los datos que esta reporta son inexactos”<sup>44</sup>*; tal encargo concierne, tanto con la función que cumple la historia laboral en el marco de un sistema pensional de naturaleza contributiva, como con el carácter personal de los datos que contiene, cuyo tratamiento se sujeta a las pautas contempladas en la Ley 1581 de 2012<sup>45</sup>.

Así pues, en el marco del derecho fundamental al *habeas data*, una de las obligaciones que surge para las administradoras de pensiones, es la de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada, pues el valor probatorio que ostentan estos registros compromete a las entidades encargadas de su administración *”a garantizar que refleje el verdadero esfuerzo económico que realizó el potencial beneficiario de la pensión en aras de la satisfacción de las condiciones legales para acceder a ella”*; así lo precisa el artículo 4 del citado cuerpo normativo:

*”d) Principio de veracidad o calidad: La información sujeta a Tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el Tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error”<sup>46</sup>*

En coherencia con esta premisa, el Órgano de cierre ha desarrollado pautas frente al deber de las AFP de brindar respuestas oportunas y completas a las solicitudes de información, corrección o actualización de la historia laboral que formulen los afiliados al Sistema General de Pensiones.<sup>47</sup>

Prosiguiendo con este razonamiento, se encuentra establecida la responsabilidad de las administradoras de pensiones en el cobro de los aportes pensionales, pues el éxito de la gestión que éstas deben cumplir como responsables del tratamiento de la información allí consignada,

<sup>43</sup> Cfr. Sentencias C-546 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero) y C-107 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas).

<sup>44</sup> Cf. Sentencia T-079 de 2016, Corte Constitucional de Colombia,

<sup>45</sup> Por la cual el legislador dictó disposiciones generales para la protección de datos personales.

<sup>46</sup> Concomitantemente, La Ley 1582 de 2012, artículo 8, literal c, reconoce, en ese contexto, que los titulares de los datos personales tienen derecho a conocerlos, actualizarlos y rectificarlos y que pueden ejercer ese derecho frente a datos parciales, inexactos, incompletos, fraccionados, que induzcan a error, o frente a aquellos cuyo uso se encuentre expresamente prohibido o no haya sido autorizado

<sup>47</sup> Cfr. Sentencia T-706 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero). En el contexto específico del asunto objeto de revisión, la sentencia le atribuyó tales deberes a Colpensiones. En los términos referidos en esta providencia, tales obligaciones son predicables, también de las administradoras de los fondos privados.

depende, en gran medida, de que los empleadores cumplan con su deber de consignar los aportes pensionales de sus empleados en la oportunidad prevista para ellos. Tal circunstancia, precisamente, imprime a estas entidades la obligación de perseguir el pago de esos aportes a través de las vías correspondientes, para lo cual, el legislador les otorgó labores de control, persuasión y cobro coactivo<sup>48</sup>.

En correspondencia con lo expuesto, existe una regla jurisprudencial consolidada respecto de la imposibilidad de trasladarles a los trabajadores las consecuencias negativas de la mora del empleador o de la falta de gestión de las administradoras en el cobro de los aportes:

*“Las amplias facultades que el legislador les atribuyó con ese objeto impiden que los efectos del pago extemporáneo – o incompleto- de esas cotizaciones se les trasladen a los afiliados. Esta corporación ha sido enfática al respecto. En su criterio, (i) los trabajadores son los beneficiarios de las prestaciones económicas amparadas por el sistema. En tal condición, su rol se restringe a la acreditación de los presupuestos legales de acceso a cada una de ellas. (ii) A los empleadores, por su parte, se les responsabilizó del pago de su aporte y del de los trabajadores a su servicio. Eso implica que deban descontar del salario de sus empleados el monto de la cotización que les corresponda y trasladar tales sumas a la administradora, junto con las que a ellos les corresponden, dentro de los plazos previstos por el gobierno.<sup>49</sup> (iii) Las administradoras deben recibir los aportes efectuados por el empleador, cobrar los pagos que éste no efectúe en los plazos contemplados para ello<sup>50</sup>.“*

Tales reglas han sido estructuradas a partir de la relación *tripartita* que conforma el sistema de pensiones colombiano, a cuyas partes - trabajador, empleador y administradoras de pensiones- les fueron atribuidas responsabilidades concretas.

## **4. Problema jurídico**

**4.1** Determinar si la señora Luz Marina Gómez Niño tiene derecho a ser reincorporada en su cargo como Directora Regional Arauca del Departamento para la Prosperidad Social (DPS) o si su desvinculación fue legítima, considerando su alegada condición de pre pensionada y la presunta estabilidad laboral reforzada que ello implica.

**4.2.** Determinar si existe vulneración al derecho fundamental de habeas data de la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO por cuanto no han sido

<sup>48</sup> artículos 24 y 57 la Ley 100/93<sup>48</sup>, reglamentados a través del Decreto 2633 de 1994

<sup>49</sup> Ley 100 de 1993, artículo 22.

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia T-377 de 2015.

contabilizados los períodos de cotización causados en los tiempos que trabajó para la Alcaldía del municipio de Arauca.

## 5. Planteamiento y solución del caso concreto

Sostiene la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO que el DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS-, la retiró ilegalmente del servicio al declarar la insubsistencia del acto administrativo que bajo “libre nombramiento y remoción” la designó desde marzo de 2012 como Directora Regional Arauca del D.P.S., sin tener en cuenta la estabilidad laboral reforzada que a su criterio goza bajo el estatus de *pre pensionada*, y en detrimento a su digna subsistencia y la de su familiar N.G.P.<sup>51</sup> de quien detenta la custodia y cuidado.

Dicho lo anterior, aunque la mera condición de pre pensión no es suficiente para dotar de estabilidad reforzada a este tipo de servidores, al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la Administración sí debe tener en cuenta que la protección de quienes están próximos a consolidar el estatus pensional es un imperativo constitucional, y en tal razón, realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de éstos frente a la satisfacción del interés general del buen servicio público. Así lo precisó la Corte en la T-357 del 6 de julio de 2016<sup>52</sup>:

*“En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los DD.FF. del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse en el mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos”*

No obstante lo anterior, al contrastar los fundamentos fácticos y probatorios obrantes, **la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO no ostenta la calidad de pre pensionada**, pues bajo la actual normatividad, tiene derecho a la pensión de vejez <<en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida>> las mujeres que acrediten 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas; requisitos que cumplía al momento de ser retirada del cargo que ocupó hasta el 24 de agosto de 2023, cuando, **además de contar con 68 años cumplidos, el resumen de tiempos cotizados a COLPENSIONES sumaban 1382,14 semanas** (inclusive sin el cómputo de los tiempos aún sin reconocer por la prestación de sus servicios ante

<sup>51</sup> Adulto mayor de 91 años.

<sup>52</sup> Ponencia del Dr. Jorge Palacio.

la Alcaldía del Municipio de Arauca), como textualmente reconoció la entidad en la certificación que el 14 de julio de 2023 expidió a solicitud de la interesada:

[26]TOTAL SEMANAS (cotizadas[10] + reportadas tiempos públicos[21] - simultáneos[25])	1382,14
---	---------

Ello es coherente a luz de la las sentencias hito de la materia<sup>53</sup>, pues tal calidad sólo la *“acreditan personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, **que están próximas** (dentro de los 3 años siguientes) **a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida** o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.”*

En la misma línea argumentativa se sitúa el precedente jurisprudencial del Contencioso Administrativo, que en la Sentencia 3685-2013 del 29 de febrero de 2016, reconoció que, quien a la fecha de retiro del servicio ya tiene acreditados los requisitos propios del régimen pensional al que se encuentre afiliado, no cumple la situación fáctica de fuero o estabilidad laboral reforzada que acá alega la accionante.

*“por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.”*

Del recuento que antecede, en concordancia con la normativa y jurisprudencia el acápite 3.4.1. y la parte motiva de ésta providencia, la Sala estima que la declaratoria de insubsistencia de la empleada de libre nombramiento y remoción **obedeció a la facultad discrecional del nominador**, sin que sea tampoco predicable la condición de pre pensionable que acá reclama la accionante.

<sup>53</sup> SU-003 de 2018 y T-357 de 2016

## 5.2. Derecho fundamental de habeas data

Como segundo punto de análisis, aborda la Sala la presunta vulneración al derecho fundamental al *habeas data* y la seguridad social de la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO, quien ha solicitado desde el año 2016 a COLPENSIONES y la ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE ARAUCA el correcto conteo de semanas de cotización, corrección y actualización de su historia laboral en proporción a su tiempo laborado en la entidad territorial, y que a su juicio, le obstaculizan el derecho a acceder a la pensión de vejez en mejores términos; frente a lo cual, la entidad territorial, además de reconocer el vínculo contractual, aseveró que *“en su calidad de empleador, incurrió en el agravante de realizar el pago de aporte pensional de manera extemporánea, por lo que, para tal efecto, la Ley 100 de 1993 en su artículo 24, faculta a las administradoras de pensiones para adelantar los procedimientos de recaudos por el incumplimiento de las obligaciones del empleador”*, quienes deben asumir los efectos de la mora patronal.

PERIODO COTIZACION	REFERENCIA DE PAGO	COTIZACION MORA SIN INTERESES	DIAS REPORTADOS	DIAS COTIZADOS
1999-07	11730301026196	-\$ 1.100	30	28
1999-08	40730301000875	-\$ 9.700	30	29
1999-09	40730301002152	-\$18.300	30	28
1999-10	40730301002153	-\$13.000	30	29
1999-11	40730301003018	-\$15.500	30	28
1999-12	40730301003016	-\$10.300	30	29
2000-01	40730301003138	-\$ 5.100	30	29
2000-08	40730301006070	-\$ 7.400	30	29
2000-11	40730301007971	-\$10.200	30	29

Congruente con lo anterior, COLPENSIONES respondió que, bien el empleador efectuó pagos por concepto de Seguridad Social para los ciclos referidos, éstos fueron extemporáneos y por tanto insuficientes para cubrir los valores totales correspondientes para cada periodo reportado, situación que se manifiesta en la reducción proporcional de días cotizados; por ende hasta tanto el empleador no realice el pago de los aportes pendientes, los periodos solicitados no se verán acreditados correctamente en la historia laboral, no obstante, más allá del documento informativo que en tal sentido allegó ante la entidad territorial, no ejerció *<<o por lo menos no allegó prueba si quiera sumaria>>* acerca de sus facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones, pues de acuerdo con los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el artículo 5 del Decreto 2533 de 1994<sup>54</sup>, debió determinar la exactitud de las cotizaciones requeridas; indagar por los hechos generadores de las obligaciones incumplidas; requerir informes al

<sup>54</sup> Relativo al cobro por vía ordinaria por parte de las entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes.

empleador; exigir la presentación de documentos o registros de operaciones; ordenar la exhibición o examen de libros, comprobantes y documentos en los que se consignen las cotizaciones al régimen; o ejercer, en fin, cualquier diligencia que resulte útil y necesaria para la correcta estimación de sus cuantías y oportuna recolección de las obligaciones pensionales (sin perjuicio de las sanciones a las que tuviera lugar el empleador).

En razón a tales eventos, debe señalarse que, bajo ninguna circunstancia, el trabajador afiliado debe asumir las consecuencias del incumplimiento del patrón, ni de la incuria del fondo; tal asunto está suficientemente decantado por la Corte:

*“En ese orden de ideas, la Corte ha concluido que son las administradoras de pensiones las llamadas a asumir los efectos que puedan derivarse del retraso o de la falta de pago de los aportes a pensiones. Su tarea, ante tales circunstancias, consiste en desplegar los instrumentos jurídicos que fueron puestos a su disposición para asegurar que los aportes de sus afiliados se consignen efectivamente.”*

*“Al margen de lo que pueda ocurrir al respecto, no pueden ser los trabajadores quienes asuman los efectos de la falta de pago de esos aportes (...) ello equivaldría a trasladarle a la parte más débil de la relación tripartita de la que participan los trabajadores, empleadores y las administradoras de pensiones las consecuencias de la negligencia de quienes, en contrapartida, ostentan la posición más fuerte.”*

En tal sentido, aun cuando aritmética o numéricamente no advierta la AFP- “un error” formal que deba ser corregido en la historia laboral de la actora <<aporte del empleador = días cotizados>>, simplemente trasladó al trabajador las consecuencias de la negligencia patronal y supeditó tal inclusión y actualización al pago efectivo por parte de la ALCALDÍA DE ARAUCA; por lo mismo, tampoco son válidas las exculpaciones relativas a que aún se encuentra dentro del término de (60) días << dicho sea de paso, cumplidos el 1 de diciembre de 2023>> para emitir una respuesta de fondo, pues la vulneración emana desde la reiterada aquiescencia que desde el 2016 impiden la subsanación de la información consignada en su historia laboral, verbigracia, la a través de la comunicación suministrada el 23 de julio de 2023:

**Una vez el empleador realice las correcciones o los pagos si hay lugar a ello, procederemos a actualizar su historia laboral.**

Por lo que, además de no desplegar acciones en contra del empleador moroso encaminadas a recuperar los montos adeudados; pretermitió

desde entonces las responsabilidades concretas atribuidas a cada uno de los componentes de la relación tripartita que conforma el sistema colombiano.

En síntesis, Colpensiones incumplió sus deberes frente al tratamiento de los datos consignados en la historia laboral del señora GÓMEZ PERALTA, esta Corporación ordenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que efectúe la normalización y corrección de la historia laboral de la mentada actora, en el sentido de incluir los *días cotizados*, en igual proporción, a los días *reportados*, en los periodos durante los cuales estuvo vinculada a la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE ARAUCA según la relación obrante en su historia laboral, sin importar si los valores pagados fueron suficientes para cubrir su totalidad, o fueron efectuados extemporáneamente.

## 6. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia que el 13 de octubre de 2023 declaró la improcedencia de las pretensiones formuladas contra el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PROSPERIDAD SOCIAL y en su lugar **NEGAR** el amparo invocado por la señora LUZ MARINA GÓMEZ NIÑO respecto de la estabilidad laboral reforzada y la solicitud de reintegro.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la pretensión encaminada a que se ordene a COLPENSIONES *“reconocer la Pensión de Vejez en el término contemplado por la ley y la jurisprudencia.”*

**TERCERO: DECLARAR** la vulneración de la garantía fundamental al *habeas data* y **ORDENAR** a COLPENSIONES, que en el término máximo de (10) días hábiles, efectúe la normalización y corrección de la historia laboral de la señora GÓMEZ NIÑO en el sentido de incluir los *días cotizados*, en la misma proporción a los *días reportados*, en los periodos >> *mayo/1995, abril/1996, junio/1996, abril/2005 a octubre/2005, diciembre/2005, enero/2006 a mayo/2006, julio/2006, febrero/2009 y enero/2011*>> durante los

cuales ha estado vinculada laboralmente la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE ARAUCA, según la relación obrante en su historia laboral, sin importar si los valores pagados fueron suficientes para cubrir su totalidad, o fueron efectuados extemporáneamente.

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

**QUINTO:** Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y de ser excluida, archívese.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**MATILDE LEMOS SANMARTÍN**  
Magistrada



**LAURA JULIANA TAFURT RICO**  
Magistrada

Firmado Por:

Elva Nelly Camacho Ramirez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 02 Única

Tribunal Superior De Arauca - Arauca

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: **3f23c0fac07b2c3e9b1311acf1f47540c85a08e5ea21a29d35ee14fdb9e2614e**

Documento generado en 26/01/2024 04:11:30 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**