

Sentencia T-1251/05

SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza/PENSION DE INVALIDEZ-Condiciones para acceder a ella/PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por tutela cuando toma el carácter de fundamental por conexidad

Cuando el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez toma el carácter de fundamental por conexidad con derechos como la vida, la salud y el trabajo, es susceptible de protección a través de la acción de tutela, siempre y cuando se den los presupuestos para acceder a esa prestación. El juez de tutela deberá examinar, al momento de determinar si una acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, si existe un nexo entre dicha pretensión con un derecho fundamental que pueda estar siendo vulnerado, y si del análisis se deduce dicho nexo, deberá conceder el amparo aun cuando existan mecanismos judiciales, pues no resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales del demandante.

La mora del empleador no puede ser una carga para el empleado y por lo tanto, si la entidad finalmente recibió el pago que éste hizo de los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del demandante, aunque tardíamente, entonces se allanó a la mora del empleador y, en consecuencia, debe asumir el pago de la prestación reclamada por el demandante. Así las cosas, como el actor cuenta con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que se adecua y supera el mínimo requerido en las normas sobre la materia, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez y teniendo en cuenta que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la prestación del demandante se allanó la mora en que pudo incurrir el empleador, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el trabajador ha cumplido con el requisito de tiempo de cotización al sistema para reclamar la prestación, porque es evidente que el perjuicio que está padeciendo el demandante fue producido por la omisión de Protección S.A.

PENSION DE INVALIDEZ-Pago por allanamiento a la mora

La mora del empleador no puede ser una carga para el empleado y por lo tanto, si la entidad finalmente recibió el pago que éste hizo de los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del demandante, aunque tardíamente, entonces se allanó a la mora del empleador y, en consecuencia, debe asumir el pago de la prestación reclamada por el demandante. Así las

cosas, como el actor cuenta con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que se adecua y supera el mínimo requerido en las normas sobre la materia, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez y teniendo en cuenta que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la prestación del demandante se allanó la mora en que pudo incurrir el empleador, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el trabajador ha cumplido con el requisito de tiempo de cotización al sistema para reclamar la prestación, porque es evidente que el perjuicio que está padeciendo el demandante fue producido por la omisión de Protección S.A.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-No puede afectarse por mora patronal en aportes a seguridad social

Referencia: expediente T-999076

Acción de tutela instaurada por ELKIN MARTINEZ FUNEZ contra PROTECCION S.A., BBVA HORIZONTE y la ALCALDIA MUNICIPAL DE SAN PEDRO -SUCRE-

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Segundo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito, ambos de Sincelejo, dentro de la acción de tutela instaurada por Elkin Martínez Funez contra Protección S.A., BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y la Alcaldía Municipal de San Pedro -Sucre-.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El demandante, actuando mediante apoderado, instauró acción de tutela, el 24 de junio de 2004, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra las entidades accionadas, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social, salud, dignidad humana y mínimo vital (C.P., arts. 1, 11, 48, 49 y 53), por cuanto no se le ha reconocido y pagado la pensión de invalidez a la que estima tiene derecho, de conformidad con los siguientes:

## 2. Hechos

EL señor Martínez tiene actualmente 33 años de edad; laboró al servicio del municipio de San Pedro -Sucre-, en el cargo de Jefe de Recursos Humanos, desde el 2 de enero de 2001 hasta el 8 de enero de 2002. Se le diagnosticó insuficiencia renal crónica (enfermedad catastrófica) y estuvo incapacitado durante más de 180 días -desde el 9 de enero hasta el 13 de julio de 2002-. Dada la gravedad de su enfermedad, fue evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez -Regional Bolívar-, que determinó una pérdida de capacidad laboral de sesenta y nueve punto noventa y cinco por ciento (69.95%) y estimó que la fecha de estructuración de ese estado fue el 8 de marzo de 2001.

Con esos resultados se dirigió a las administradoras de pensiones y cesantías demandadas (primero a BBVA-Horizonte y posteriormente a Protección S.A.) con el fin de obtener el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

Para la fecha en que se estructuró su estado de invalidez (el 8 de marzo de 2001) el demandante estaba laborando para el Municipio de San Pedro y, aseguró, que el número de semanas cotizadas que tenía en ese momento era de 109,7. Así mismo aclaró que aunque se encontraba cotizando a Protección S.A., reclamó inicialmente su pensión en BBVA Horizonte por ser la última entidad a la que estaba cotizando para pensiones (desde el 30 de agosto de 2001) y a la cual trasladaron los aportes de la cuenta que tenía en Protección.

Finalmente el demandante reclamó su pensión en Protección por ser la entidad competente para reconocerla pero le fue negada, mediante Resolución No. 2003-6286 del 21 de octubre de 2003, considerando que al momento de estructurarse el estado de invalidez (8 de enero de 2001) no aparecía como cotizante del Sistema de Seguridad Social, pues el empleador se encontraba en mora en el pago de los aportes y no cumplía con el requisito de las 26 semanas que exigen las normas (Ley 100 de 1993, art. 39). Contra esa decisión interpuso

recurso de reposición, el 6 de noviembre de 2003, que se resolvió confirmando la decisión mediante oficio No. 5323120-90247 del 3 de diciembre de 2003.

Aseguró que para la fecha de estructurarse su estado de invalidez, él tenía la condición de empleado público, afiliado y cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, según consta: i.) en los aportes realizados por el municipio de San Pedro de los meses de febrero y marzo de 2001; ii.) en la constancia de trabajo expedida por la entidad territorial y iii.) en los comprobantes de historial de semanas cotizadas.

Sostuvo que si existió mora en el pago de aportes por parte de su patrono -el municipio accionado-, ésta se “purgó” en el momento en BBVA Horizonte recibió los pagos respectivos, como se aprecia en los formularios de autoliquidación efectuados; situación que no puede trasladarse al trabajador, comoquiera que los fondos administradores de pensiones cuentan con herramientas legales para reclamar el pago de los aportes. Apoyado en las sentencias T-553 y SU-430 de 1998 de esta Corporación, afirmó que la mora del empleador en el pago de aportes no constituye, en principio, motivo para negar el reconocimiento y pago de pensiones.

Relató que desde el 13 de julio de 2002, fecha en que fue desvinculado del municipio accionado, se encuentra desempleado porque, según afirma, nadie quiere contratarlo por su incapacidad física. Señaló que no cuenta con suficientes medios económicos para su subsistencia, la cual se dificulta aún más toda vez que debe someterse a un procedimiento médico, fundamental para preservar su existencia, denominado hemodiálisis, tres veces por semana por el resto de su vida, para lo cual debe desplazarse a la ciudad de Sincelejo, que es el único lugar donde se lo realizan “en esa parte del Departamento de Sucre, distante a unos 80 Km (SIC) aproximadamente de donde reside”.

Insistió en que promovió la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque la solicitud de pensión de invalidez en su caso adquirió el rango de derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida digna, a la salud, al mínimo vital y móvil y a la seguridad social, considerando que su condición de disminuido físico (con 69,95% de incapacidad laboral) le dificulta el acceso al trabajo, sumado a la carencia de medios económicos y recursos propios que le permitan su subsistencia (ya que vive de la caridad de familiares y amigos) y debido a la necesidad de controles médicos

frecuentes y el tratamiento vitalicio que requiere para mantenerse vivo, como se explicó anteriormente. En consecuencia, solicitó se ordenara a cualquiera de las entidades accionadas reconocer y pagar su pensión de invalidez a la cual considera tiene derecho, por reunir los requisitos de ley.

### 3. Trámite de instancia

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo, mediante Auto del 25 de junio de 2004, asumió el conocimiento de la demanda y ordenó: i.) tener como pruebas los documentos aportados por la parte actora; ii.) oficiar a los representantes legales de Protección S.A. y de BBVA Horizonte para que en el término de 48 horas informaran a ese Despacho: a.) si el demandante estaba afiliado en su condición de cotizante a esos fondos de pensiones obligatorias y, en caso afirmativo, b.) señalaran: -el número de semanas cotizadas por el mismo; -el empleador que realizaba los aportes; -si hubo solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez por disminución de su capacidad laboral y -si le fue negada, las razones para adoptar esa decisión. Todo lo anterior con el debido apoyo legal y iii.) oficiar al Alcalde del municipio de San Pedro -Sucre- para que: a.) informara si el demandante mantenía vinculación laboral con esa entidad y, b.) en caso afirmativo, señalara en qué cargo; desde y hasta cuándo lo desempeñó; el salario devengado y si cotizaba para pensiones.

Respecto a toda la información solicitada, requirió el envío de las copias autenticadas que soportaran las respuestas, así como los documentos mediante los cuales fue vinculado el actor al municipio y la normatividad que sirvió de apoyo a las actuaciones realizadas por las entidades accionadas.

### 4. Contestación de la demanda

#### 4.1. BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

El Director de Prestaciones de esta entidad rindió el informe solicitado por el a quo en los términos que a continuación se sintetizan:

Para empezar precisó que el demandante su en calidad de trabajador dependiente solicitó su vinculación a BBVA Horizonte como traslado de Protección S.A., mediante formulario que suscribió el 30 de agosto de 2001 y que surtió efecto a partir del 1º de octubre de 2001, de

conformidad con lo establecido en artículo 42 del Decreto 1406 del 28 de julio de 1999. Indicó que los aportes fueron realizados en su totalidad por la Alcaldía de San Pedro, de la siguiente manera:

Período Cotizado

Fecha de pago

09/2001

10/2001

22/08/2002

11/2001

22/08/2002

12/2001

22/08/2002

01/2002

26/07/2002

02/2002

26/07/2002

03/2002

26/07/2002

04/2002

26/07/2002

05/2002

26/07/2002

07/2002

21/10/2002

Aclaró que los pagos efectuados por el empleador para los períodos de febrero y marzo de 2001 ingresaron a BBVA Horizonte “con anterioridad a la fecha de afiliación del mismo [del demandante], esto es el 9 de agosto de 2001, constituyéndose de esta manera en un pago de lo no debido que ingresa a una cuenta de no identificados y que origina su traslado a la Administradora de Pensiones a la cual efectivamente le correspondan o su devolución al empleador”. Por lo tanto, no es cierto que para la fecha en que se estructuró su invalidez estuviera afiliado (como cotizante) a BBVA Horizonte.

El 2 de diciembre de 2002, el actor solicitó a BBVA Horizonte el reconocimiento de pensión de invalidez, procediendo la Entidad a verificar los requisitos para otorgar ese tipo de pensión (Ley 100 de 1993, art. 38), por lo que remitió el caso a la Junta de Calificación de Invalidez - Regional Bolívar-, para que realizara la valoración al actor a fin de determinar su pérdida de capacidad laboral, origen y fecha de estructuración de la misma (Ley 100 de 1993, art. 42).

El 21 de enero de 2003 la referida Junta profirió el dictamen de calificación y lo comunicó a BBVA Horizonte el 24 de enero de 2003. En ese dictamen estableció que el demandante presentaba el siguiente porcentaje de pérdida de la capacidad laboral: “DEFICIENCIA: cuarenta y cinco por ciento (45.00%), DISCAPACIDAD: seis punto setenta por ciento (6.70%) y MINUSVALIA: dieciocho punto veinticinco por ciento (18.25%) para un total de sesenta y nueve punto noventa y cinco por ciento (69.95%) de pérdida de capacidad laboral tomando como base el Manual Único para Calificación de Invalidez, estableciendo como fecha de estructuración el día 8 de marzo de 2001 y precisando el origen de la invalidez como de riesgo común”.

Así las cosas, BBVA Horizonte verificó que el actor tenía la calidad de inválido y que para la fecha de la estructuración del estado de invalidez se encontraba afiliado y cotizando a Protección S.A., entidad llamada a realizar el análisis y/o reconocimiento pensional a favor del actor (Ley 100 de 1993, art. 39). Lo anterior, con apoyo en el concepto No. 2000101895-0 del 8 de junio de 2001 de la Superintendencia Bancaria, del cual citó apartes.

En ese orden de ideas, BBVA Horizonte, mediante oficio CJB-03-0479 del 20 de febrero de 2003, resolvió “rechazar la pensión de invalidez reclamada” por las razones anotadas y le notificó la decisión al actor el 27 de febrero de 2003; también le informó que el saldo que mantenía en su cuenta de ahorro individual sería trasladado a Protección S.A., como efectivamente lo hizo.

En conclusión, afirmó que BBVA Horizonte no ha vulnerado derecho alguno al demandante, comoquiera que adelantó las actuaciones que le correspondían de conformidad con los parámetros establecidos por la ley y, en particular, por la Superintendencia Bancaria. Además, señaló que, en todo caso, el actor cuenta con otros medios de defensa judicial ante la jurisdicción laboral, para la protección de los derechos que estime vulnerados.

#### 4.2. Protección S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

El representante legal de esta sociedad rindió el informe solicitado por el a quo, en los siguientes términos:

Para empezar sintetizó los antecedentes del proceso de tutela destacando: i.) que el actor se afilió a Protección S.A. mediante petición de vinculación No. 5443551 del 22 de junio de 2000, como traslado de BBVA Horizonte, siendo su empleadora la señora María Eugenia Guerra Arévalo; ii.) que el 30 de agosto de 2001 el accionante solicitó el traslado de Protección S.A. a BBVA Horizonte, el cual se hizo efectivo el 1º de octubre de ese año y, por lo tanto, Protección S.A. efectuó a BBVA Horizonte S.A. el traslado de los aportes que le habían sido consignados<sup>2</sup>.

Posteriormente, con base en el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez - Regional Bolívar-, el demandante presentó solicitud de pensión de invalidez a Protección S.A., el 13 de junio de 2003, como quiera que “el estado de invalidez fue estructurado en fecha 8 de marzo de 2001 con una pérdida de capacidad laboral del 69.95%, estando afiliado a esta administradora quien era la competente para resolver dicha solicitud”. Sin embargo, argumentó que “el Departamento de Beneficios y Pensiones de esta administradora procedió al examen de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez pretendida por el accionante y en fecha 21 de octubre de 2003, expidió la Resolución No. 2003-6286 negando la solicitud (...) dado que al momento de estructuración el señor Martínez no era cotizante y no registraba las semanas requeridas” pues en su cuenta de ahorro individual no contaba

con las 26 semanas de cotización, en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, para acceder a esa prestación, de conformidad con el literal b) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino que sólo contaba con 13 semanas cotizadas.

Justificó la falta de cumplimiento de los requisitos en que, para la fecha de estructuración del estado de invalidez, la Alcaldía Municipal de San Pedro -Sucre- (empleador del accionante) se encontraba en mora en el pago de los aportes correspondientes a los períodos de septiembre, octubre y noviembre de 2000 y enero y febrero de 2001; agregó que aunque el empleador pagó esos aportes, lo hizo posteriormente a la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor y, en consecuencia, no se pueden tener en cuenta para determinar si éste tiene o no derecho a la prestación, pues en la legislación de Seguridad Social no existe un precepto que permita efectuar “aportes con efectos retroactivos”.

De otra parte, reseñó el marco normativo de la pensión de invalidez; citó apartes de las sentencias T-334 de 1997, T-072 de 1997, T-287 de 1995 y T-522 de 1996 de la Corte Constitucional, para concluir que “el término por el cual el afiliado dejó de cotizar al sistema tiene por efecto la reducción del número de semanas computables para acceder a las prestaciones derivadas de la invalidez (...) toda vez que el incumplimiento de tal requisito excluye de la cobertura de los seguros previsionales contratados a favor de dicho afiliado, para estos eventos en esta situación impera la teoría del contrato de Seguro, donde necesariamente para que los riesgos sean cubiertos se debe efectuar el pago de la prima en forma anticipada, pues después de ocurrido el siniestro este pago no tiene ninguna aplicación”.

Para finalizar, señaló que el único responsable del pago de la prestación reclamada es la Alcaldía Municipal de San Pedro -Sucre-, pues de conformidad con los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo de Trabajo mientras las prestaciones no sean asumidas por la “Seguridad Social” estarán a cargo del empleador y como en este caso el empleador no cumplió la obligación de pagar los aportes correspondientes, Protección S.A. “no puede subrogarse en la obligación de pagar la pensión de invalidez reclamada”.

#### 4.3. Alcaldía Municipal de San Pedro, Sucre

El Alcalde municipal de San Pedro, Sucre, mediante escrito del 15 de julio de 2004 envió,

extemporáneamente, copia de los documentos solicitados por el a quo, pero no se pronunció sobre los hechos de la demanda.

## 5. Pruebas

### 1. Aportadas por el demandante

\* Copia de la Resolución 2003-6286 del 21 de octubre de 2003, expedida por Protección S.A. (2 fls.)

\* Copia del Formulario de dictamen para calificación de pérdida de la capacidad laboral - determinación de la invalidez. (4 fls.)

\* Copia del oficio No. 5323120-90247 de Protección S.A. (4 fls.)

\* Copia del recurso de reposición, de fecha 6 de noviembre de 2003, presentado por el demandante contra la Resolución No. 2003-6286 del 21 de octubre de 2003, expedida por de Protección S.A. (3 fls.)

\* Copia de los formularios de autoliquidación de aportes a BBVA Horizonte por parte del Municipio de San Pedro, correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2001, pagados el 9 de agosto del mismo año, en los que aparece el nombre del demandante como empleado cotizante. (6 fls.)

\* Copia del Decreto 001 del 2 de enero de 2001, del Municipio de San Pedro, "por el cual se hace un nombramiento [al demandante]". (1 fl.)

\* Copia del acta de posesión del actor en el cargo de Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de San Pedro, del 2 de enero de 2001. (1 fl.)

\* Certificación expedida por el Auxiliar Operativo de la oficina de Sincelejo de Protección S.A., de fecha 13 de mayo de 2004, del número de semanas cotizadas a ese fondo por el demandante. (1 fl. y 4 anexos)

\* Original de relación de novedades en el sistema de autoliquidación de aportes mensuales del Seguro Social, donde aparece el actor. (4 fls.)

\* Copia del oficio CJB-03-0479, del 20 de febrero de 2003, suscrito por el Director de Prestaciones de BBVA Horizonte. (2 fls.)

\* Copia de certificación expedida, el 12 de marzo de 2004, por la Tesorería de San Pedro, sobre el tiempo de servicio del actor a la Alcaldía. (1 fl.)

\* Certificación expedida por el "Instituto del Riñón de Sucre Ltda.", el 16 de junio de 2004, sobre la enfermedad del demandante. (1 fl.)

\* Acta de declaración juramentada del actor ante el Notario Tercero del Círculo de Sincelejo, de fecha 18 de junio de 2004. (1 fl.)

\* Certificación médica expedida en el Centro de Salud San Pedro E.S.E., el 4 de marzo de 2004, sobre una enfermedad que padece la hermana del demandante. (1 fl.)

## 5.2. Aportadas por las entidades accionadas

### 5.2.1. BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

\* Copia de documento contentivo de las normas relativas a la pensión de invalidez por riesgo común. (4 fls.)

\* Certificación expedida por el Auxiliar Operativo de la oficina de Sincelejo de Protección S.A., de fecha 13 de mayo de 2004, del número de semanas cotizadas a ese Fondo por el demandante. (1 fl.)

\* Copia del Concepto No. 2000101895-0 del 8 de junio de 2001 de la Superintendencia Bancaria. (3 fls.)

\* Copia de la solicitud de concepto de BBVA Horizonte a la Superintendencia Bancaria, el 5 de diciembre de 2000. (2 fls.)

- \* Copia del oficio CJB-03-0479, del 20 de febrero de 2003, suscrito por el Director de Prestaciones de BBVA Horizonte. (2 fls.)
- \* Copia de memorando CJB-0479, del 20 de febrero de 2003, de la Coordinación Jurídica a la Gerencia de BBVA Horizonte, Sincelejo. (1 fl.)
- \* Copia oficio CJB-02-3737, del 18 de diciembre de 2002, del Director de Prestaciones de BBVA Horizonte. (1 fl.)
- \* Copia de solicitud de traslado de fondo de pensiones, suscrita por el actor a BBVA Horizonte, el 30 de agosto de 2001. (1 fl.)
- \* Copia de oficio remisorio JRCIB-03-0042, suscrito por la Secretaria de la Junta de Calificación de Invalidez -Regional Bolívar-, el 22 de enero de 2003 a BBVA Horizonte sobre el estado de invalidez del actor. (1 fl.)
- \* Copia de “formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral determinación de la invalidez”, suscrito por la Junta de Calificación de Invalidez -Regional Bolívar-, sobre la situación del actor, el 21 de enero de 2003. (4 fls.)
- \* Copia del memorando GOS 03-001, del 3 de enero de 2003, de la Gerencia para la Dirección de Prestaciones de BBVA Horizonte, de Sincelejo. (1 fl.)
- \* Copia de 2 consignaciones realizadas por BBVA Horizonte a una cuenta de ahorros de la Junta de Calificación de Invalidez -Regional Bolívar-. (1 fl.)
- \* Copia del oficio de la Gerencia de la Oficina de Sincelejo de BBVA Horizonte a la Junta de Calificación de Invalidez -Regional Bolívar-, del 3 de diciembre de 2003, remitiendo documentación para calificación de invalidez del actor. (1 fl.)
- \* Copia del formato de BBVA Horizonte para reclamación de pensión de invalidez diligenciado por el actor, el 2 de diciembre del año 2002. (2 fls.)
- \* Copia de carta suscrita por el actor a BBVH Horizonte, el 6 de agosto de 2002, reportando una novedad. (1 fl.)
- \* Copia de la cédula de ciudadanía del actor. (1 fl.)

- \* Copia del registro civil del actor. (1 fl.)
- \* Copia de constancia relativa al actor, suscrita por el Secretario General y de Gobierno (e) Municipal de San Pedro, de fecha 1 de agosto de 2002. (1 fl.)
- \* Copia del resumen de la Historia Clínica del actor, elaborada por 2 médicos de la Unidad Renal Salud de Sincelejo "Fresenius Medical Care Colombia S.A.", del 15 de julio de 2002. (1 fl.)
- \* Copia de varios documentos clínicos y médicos del actor. (10 fls.)
- \* Copia de la cédula de ciudadanía del actor y del carné de afiliación a SaludCoop E.P.S. (1 fl.)
- \* Copias de incapacidades expedidas a nombre del actor. (2 fls.)
- \* Copia de certificación suscrita por médico de la Unidad Renal de Salud de Sincelejo dirigida a SaludCoop E.P.S., el 30 de octubre de 2002. (1 fl.)
- \* Copia del registro civil de nacimiento del padre del demandante. (1 fl.)
- \* Copia del acta de declaración juramentada realizada por el padre del actor ante la Notaría Única de San Pedro, del 3 de septiembre de 2003. (1 fl.)
- \* Copia del acta de declaración juramentada realizada por José Oviedo Arrieta ante la Notaría Única de San Pedro, del 3 de septiembre de 2003. (1 fl.)
- \* Copia del registro de defunción de la madre del actor. (1 fl.)
- \* Copia de la solicitud de afiliación del actor a SaludCoop E.P.S. (1 fl.)
- \* Copia de dos certificaciones de supervivencia del actor suscritas en la Notaría Única de San Pedro, el 24 de octubre de 2002 y el 3 de septiembre de 2002. (2 fls.)

5.2.2. Protección S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

\* Copia de la solicitud de vinculación a Protección S.A., suscrita por el actor el 22 de junio de 2000. (1 fl.)

\* Copia de la solicitud de traslado a BBVA Horizonte, suscrita por el actor el 30 de agosto de 2001. (1 fl.)

\* Copia de la Resolución No. 2003-6286 expedida por Protección S.A., el 21 de octubre de 2001. (2 fls.)

### 5.2.3. Alcaldía Municipal de San Pedro, Sucre

\* Copia del Decreto 01 de enero 2 de 2001, del nombramiento al actor como Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de San Pedro. (1 fl.)

\* Copia del acta de posesión del actor, de enero 2 de 2001, en el cargo de Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de San Pedro. (1 fl.)

\* Copia de certificación suscrita por la Tesorería Municipal de San Pedro, el 12 de marzo de 2004, sobre el tiempo de servicio del actor. (1 fl.)

## 6. Sentencias objeto de revisión

### 6.1. Primera Instancia

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo, mediante providencia del 8 de julio de 2004, DENEGO el amparo solicitado al estimar que no está debidamente acreditado el perjuicio irremediable y, por lo tanto, no es procedente decretar el amparo transitorio de los derechos invocados por el actor que, además, tienen carácter litigioso y, por lo tanto, son de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

### 6.2. Impugnación

En el momento de la notificación de la sentencia de primera instancia, el 8 de julio de 2004, al apoderado del demandante, éste manifestó por escrito en el original de esa providencia que impugnaba el fallo, si motivación alguna.

### 6.3. Segunda Instancia

EL Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante providencia del 13 de agosto de 2004, CONFIRMÓ el fallo del a quo considerando que aunque es bien sabido que el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez es fundamental por conexidad con los derechos a una vida digna a la salud y al trabajo y, por lo tanto, susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela, en el caso bajo examen el actor no reúne los requisitos para acceder a dicha prestación.

Sin embargo, estimó que como el actor posiblemente requiere atención médica y clínica por su padecimiento, la puede obtener con su ingreso y permanencia como afiliado pensionado en el sistema de salud respectivo y, ante la carencia de recursos propios, puede obtener el servicio según su condición a través del SISBEN.

Señaló que fue “correcta” la negativa de Protección S.A. al reconocimiento de la pensión reclamada por el actor, pues éste no acreditó haber sido afiliado cotizante por el término de 26 semanas durante el año anterior al 8 de marzo de 2001 (fecha de estructuración de su estado de invalidez), por lo que “no nace el derecho a la prestación”. Además, indicó que no tiene incidencia alguna el pago extemporáneo que se hizo a otro fondo, de los aportes de febrero y marzo de 2001, pues fueron trasladados y con ellos se cuentan tan sólo 13 semanas.

Respecto a las otros 13 semanas, estimó que al verificar los documentos que obran en el expediente, se encuentra que antes de laborar en el municipio de San Pedro, el demandante laboraba para una persona natural como vigilante, que estaba afiliado a Protección S.A., pero cotizó sólo por un día. No obstante, manifestó que esa persona no fue accionada y se desconoce si el actor realmente fue trabajador “de ella y nació la obligación de los aportes del patrono y el descuento y aporte del cotizante y, en consecuencia, indefinible el derecho por el incumplimiento del resto del término de aporte.”

Además, resaltó que el actor tampoco alegó la existencia de cotizaciones al “I.S.S.” durante el año 2000, fondo al que al parecer estuvo afiliado antes de agosto de 2001 (según las pruebas que obran en el expediente), así como no informó si durante ese tiempo se efectuaban aportes para pensión.

En conclusión, como no es claro y definido el derecho a pensión del invalidez, no se puede obtener el amparo por vía de tutela, por la existencia de otro medio judicial de defensa y por no haberse ejercido en su oportunidad los recursos y reclamando nuevamente ante el fondo o ante el patrono particular, refiriendo la vinculación al "I.S.S." o la emisión de los aportes y la consignación de cotizaciones, respectivamente, por la vía ordinaria.

## 7. Trámite en la Corte Constitucional

El Magistrado Ponente, mediante Auto del 14 de marzo de 2005, decretó la declaración del demandante, para lo cual comisionó al Juzgado Civil del Circuito de Sincelejo para que recibiera la declaración del señor Elkin Ismael Martínez Funez, a efectos de: "a) verificar sus generales de ley; b) establecer su situación laboral durante las 26 semanas anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez -8 de marzo de 2001-, para lo cual se le interrogará sobre los contratos laborales o de prestación de servicios vigentes para esa misma época, incluyendo el nombre de los empleadores, las empresas prestadoras de servicios y administradoras de fondos de pensiones y cesantías a las que estuvo vinculado, así como el número de semanas cotizadas a éstas".

Mediante oficio del 19 de abril de 2005, la Secretaría General de la Corte informó al Despacho del Magistrado Ponente que, vencido el término probatorio, no se allegó comunicación alguna. Por lo tanto, se requirió nuevamente, mediante Auto del 13 de mayo de 2005, pero nuevamente, mediante comunicación del 13 de junio de 2005 la Secretaría General informó que no se había allegado la prueba solicitada y entregó las diligencias al Despacho. No obstante, mediante comunicación del 15 de junio de 2005 la Secretaría General informó que con oficio No. 700 del 23 de mayo de 2005, la Secretaría del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo remitió el Despacho Comisorio No. 05 del 16 de mayo de 2005, debidamente diligenciado y que fue recibido en la Secretaría General de esta Corte el 14 de junio de 2005.

En esa diligencia se recibió la declaración juramentada al señor Elkin Ismael Martínez Funez, el 20 de mayo de 2005, en la cual informó que tiene 33 años de edad, que es soltero, no tiene hijos, es bachiller y no tiene ocupación alguna; no posee bienes inmuebles; vive en la casa de su padre y él le proporciona los alimentos, ya que es pequeño agricultor, y que deriva su sustento de la ayuda de amigos.

Sobre su situación laboral durante las 26 semanas anteriores a la fecha en que se declaró su estado de invalidez (8 de marzo de 2001), los contratos laborales o de prestación de servicios vigentes para esa época, así como el nombre de empleadores y empresas prestadoras de servicios y administradoras de fondos de pensiones y cesantías a las que estuvo vinculado y el número de semanas cotizadas a éstas inform:ó “[e]fectivamente a partir del 8 de marzo de 2001 me declararon el estado de invalidez, porque me evalúa la Junta Calificadora Regional de Invalidez en Cartagena, remitido por Horizonte, pues a Horizonte solicité el reconocimiento de la pensión por haber pasado más de 180 días de incapacidad. En la Alcaldía de San Pedro de Sucre, trabajé los 8 primeros día del mes de marzo de 2001, el mes de febrero completo y enero desde el 2 de ese mes de ese mismo año, fui nombrado mediante Decreto No. 001 del 2 de enero de 2001 (...) estuve afiliado al fondo de pensiones HORIZONTE en esa temporada del año 2001, y afiliado a la EPS Saludcoop; en el año 2000 trabajé con Rancho Charles que es de propiedad de MARIA EUGENIA GUERRA DE ARÉVALO NIT 27953428-6, con sede en Bucaramanga, Carrera 20 # 17-07, alla (SIC) era vigilante, empecé a trabajar con ellos en el año 1999 desde febrero del 99 por turnos, hacía 4 turnos semanales, poco a poco ya trabajaba semanas completas hasta que terminé trabajando mes completo, un trabajo permanente con sus turnos de descanso, trabajé ahí hasta más o menos agosto u octubre del 2000 hasta época de elecciones para alcaldía del municipio de San Pedro (...)”.

Aseguró que para esa época regresó a San Pedro para colaborarle en la campaña a su “jefe político (...) quien falleció hace como 3 meses” y no renunció en Bucaramanga porque no tenía documento firmado con Rancho Charles, sino que tenía el trabajo por acuerdo verbal; entonces habló con la administradora de la cadena de negocios y, sin renunciar, le avisó que se iba a San Pedro y ahí duró más o menos un mes y medio. Luego regresó a Bucaramanga y trabajó en Rancho Charles el mes de noviembre completo y diciembre más o menos hasta el 22, pues lo llamaron de San Pedro para avisarle que trabajaría en la Alcaldía. Agregó que para la época en que trabajó con Rancho Charles estuvo afiliado a Cafesalud E.P.S., a la que lo afiliaron el 25 de febrero de 2000 y en pensiones manifestó que primero estuvo afiliado a BBVA Horizonte y luego a Protección S.A. en el mismo año 2000 y que el cambio se dio antes de regresar a Bucaramanga para las elecciones de alcalde. También informó que el pago en Bucaramanga se lo hacían quincenal y que no le pagaron nada mientras estuvo en San Pedro, porque no trabajó.

Sin embargo, el mismo actor señaló que de su trabajo en Bucaramanga le aparecen cotizados para pensiones solamente los meses de marzo y julio de 2000, en BBVA Horizonte, a nombre de MARIA EUGENIA GUERRA DE ARÉVALO, con salario base de \$260.106; que nunca averiguó por el estado de aportes y fue una vez al médico. Además, no estuvo afiliado a algún fondo de cesantías en el año 2000, ni se las pagaron.

El señor Martínez Funez aportó con su declaración las siguientes pruebas documentales:

\* Copia informal del Decreto 01 del 2 de enero de 2001. (1 fl.)

\* Copia informal del acta de posesión del actor en el cargo de la alcaldía del San Pedro, Sucre. (1 fl.)

\* Copia del movimiento de cuenta en BBVA Horizonte, entre septiembre de 1998 y enero de 2003. (1 fl.)

\* Copia del certificado expedido por Rancho Charles en Bucaramanga, el 5 de septiembre de 2003, en el cual informa que el señor Elkin Martínez trabajo como vigilante para esa empresa desde el 9 de marzo hasta el 30 de julio de 2000. (1 fl.)

\* Formulario de autoliquidación de aporte de febrero y marzo de 2001 a BBVA Horizonte. (6 fls.)

\* Fotocopias de documentos impresos por BBVA Horizonte el 6 de junio de 2003, en los cuales e refleja el tiempo de cotización por parte del demandante.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36) y en cumplimiento del auto del cinco (05) de noviembre del año 2004, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de esta Corporación.

## 2. Materia sometida a revisión

El problema jurídico que corresponde resolver a la Sala consiste en establecer si se vulneran los derechos fundamentales cuya protección se invoca por el accionante, como consecuencia de la negativa de las entidades demandadas a reconocerle la pensión de invalidez que solicitó.

## 3. La seguridad social y la pensión de invalidez. Tratamiento constitucional y legal

El artículo 48 de la Constitución estableció el concepto de Seguridad Social, como un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo “la dirección, coordinación y control del estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”. y añade que “[s]e garantiza el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.” El artículo 53 de la Constitución establece que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

La Ley 100 de 1993, con el fin de garantizar y desarrollar los anteriores preceptos constitucionales, prevé en su artículo 1° como objeto del Sistema “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”. Además, en el artículo 8° de la misma ley se precisa que está conformado en los siguientes términos: “el sistema de seguridad social integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios complementarios que se definen en la presente ley”.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación definió la naturaleza jurídica de la Seguridad social, en general y en particular, en su aspecto pensional como de doble naturaleza pues “es un servicio público de carácter obligatorio -y esencial- prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado y es, además, un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado”.<sup>3</sup>

Ahora bien, el artículo 38 de la Ley 100 estableció el derecho a la pensión de invalidez para aquellas personas que por cualquier causa de origen no profesional o que no haya sido provocada intencionalmente, hubieren perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Esta

norma, de creación legal con origen constitucional, determina una prestación que tiende a proteger a personas que por situaciones infortunadas han perdido la capacidad para trabajar, pero que, de todos modos, necesitan de los ingresos necesarios para subsistir. Con el fin de acceder a esta prestación, la ley ha establecido los requisitos mínimos que deben cumplirse para lograr su reconocimiento y pago, requisitos que han sido modificados por voluntad del legislador.

Así, el texto original del artículo 39 de la Ley 100 establecía el derecho a la pensión de invalidez, a los afiliados al Sistema General de Pensiones declarados inválidos que cumplieran con alguno de los siguientes requisitos:

“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 860 de 20034, modificó los requisitos así:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

Por lo tanto, de conformidad con ambas normas, tienen derecho a la pensión de invalidez las personas que por cualquier circunstancia, diferentes a accidentes de trabajo o acciones voluntarias que determinen una invalidez, hayan sufrido una pérdida de capacidad laboral de mas del 50% y cumplan los requisitos para acceder a ella.

4. Procedencia excepcional para reclamar el derecho a la pensión de invalidez por tutela, al adquirir carácter fundamental por conexidad. Reiteración de Jurisprudencia

La Constitución Política estableció una serie de derechos (arts. 25, 48 y 53), de los cuales se derivaron otros de rango legal como la pensión de invalidez, mediante el cual se “busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental es su condición de esenciales e irrenunciables”<sup>5</sup>. Dentro de ese contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>6</sup> ha señalado que este derecho, que en principio es subjetivo ordinario, puede adquirir la categoría de fundamental en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos tengan ese carácter. Al respecto la Corte ha dicho:

“El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social.” Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial

protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales.”<sup>7</sup>

En efecto, la Corte ha reiterado<sup>8</sup> que cuando el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez toma el carácter de fundamental por conexidad con derechos como la vida, la salud y el trabajo, es susceptible de protección a través de la acción de tutela,<sup>9</sup> siempre y cuando se den los presupuestos para acceder a esa prestación.

Así pues, cuando se trata de proteger el derecho el mínimo vital del accionante por el no pago de una prestación social, cualquiera que ella sea, en la Sentencia T-043 de 2005<sup>10</sup> se concluyó que se pueden identificar tres elementos comunes:

“(i) vulneración del mínimo vital del actor o la actora por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación negligente por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en seguridad social.”

En conclusión, el juez de tutela deberá examinar, al momento de determinar si una acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, si existe un nexo entre dicha pretensión con un derecho fundamental que pueda estar siendo vulnerado, y si del análisis se deduce dicho nexo, deberá conceder el amparo aun cuando existan mecanismos judiciales, pues no resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales del demandante.

5. Mora en el pago de los aportes el Sistema General de Pensiones. El Trabajador no debe soportar las consecuencias negativas que puedan derivar de ella si el empleador no hace los aportes en tiempo.

Para realizar el pago de la pensión de invalidez por riesgo común se cuenta con los recursos provenientes de los regímenes del Sistema General de Pensiones establecidos en la Ley 100 de 1993, bien sea que se trate del i.) Régimen de Prima Media con Prestación Definida o del ii.) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Esos recursos del Sistema General de

Pensiones son producto de los aportes que se hacen a éste, bien sea i.) a través de los empleadores que están en la obligación de hacer las retenciones correspondientes al trabajador y hacer los aportes propios o ii.) directamente cuando se trate de trabajadores independientes.

En el primer caso, el empleador debe transferir los recursos al sistema dentro de las fechas establecidas por la ley y el trabajador cumple con permitir que ese descuento obligatorio se le haga. En el segundo caso, el trabajador se hace responsable directamente de hacer los pagos dentro de las fechas correspondientes. En ambos casos se incurrirá en mora, cuando los aportes no se realizan de manera oportuna.

Ahora bien, como se explicó anteriormente, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez opera de manera excepcional por vía de tutela si existe conexidad con los derechos fundamentales. De manera que ese reconocimiento sólo se puede dar si el accionante cumple con los requisitos legales para acceder a esa prestación, pues sin ellos lo que resulta procedente es el pago de la indemnización sustitutiva que la ley determina.

Uno de esos requisitos legales hace referencia a la cotización de un número determinado de semanas durante un determinado tiempo. Sin embargo, si se incurre en mora en el pago de los aportes, el tratamiento debe ser diferente si el incumplimiento se deriva del empleador o del trabajador independiente.

En efecto, esta Corte ha reiterado que cuando se afecta el mínimo vital de una persona negándole el reconocimiento de una prestación social, por existir mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, la tutela es procedente y en dichos casos se puede aplicar la doctrina del allanamiento a la mora, según la cual: "(...) el pago extemporáneo de las cotizaciones al sistema de seguridad social para efectos del reconocimiento de diferentes acreencias laborales como las pensiones de invalidez, las licencias de maternidad y las pensiones de sobrevivientes, entre otras, no es razón suficiente para justificar que el trabajador deba soportar las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud o en pensiones, en la medida en que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hicieron las deducciones respectivas".<sup>11</sup>

De manera pues que, la carga del incumplimiento por el no pago de los aportes que se le han descontado de manera oportuna al empleado y no se han transferido al Sistema General de Seguridad Social, no puede estar en cabeza del empleado porque las administradoras de los distintos subsistemas cuentan con los mecanismos legales que les permiten el cobro de los aportes no pagados por los empleadores y las facultades para imponer sanciones por este hecho, así como no efectuar los aportes en tiempo no implica una desafiliación automática del Sistema, como lo ha sostenido la Corte en repetidas oportunidades<sup>12</sup>.

Ahora bien, en el caso en que las entidades encargadas de administrar los distintos sistemas se nieguen a recibir el pago de los aportes en mora y desplieguen, paralelamente, las acciones necesarias para el cobro de los aportes no pagados por los empleadores, sin resultados satisfactorios, los llamados a reconocer y pagar dicha prestación serán los empleadores directamente y no las entidades administradoras del Sistema.

#### 6. El caso concreto.

Pues bien, en el caso en examen, esta Sala observa que el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama el accionante por esta vía, es procedente como quiera que presenta la condición de fundamental por conexidad con sus derechos a la vida digna, la salud y el trabajo, el estado de incapacidad física laboral que dificulta el acceso al trabajo del actor, la carencia de recursos propios que le permitan proveerse medios de subsistencia y la necesidad de controles y tratamientos médicos y clínicos vitalicios, todo lo cual permite concluir, se repite, que se está en presencia de un derecho fundamental por conexidad.<sup>13</sup>

Los jueces de instancia erraron al sostener que la vía procedente para definir la controversia que surge a partir de la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, por parte de Protección S.A., es el proceso ordinario laboral y no la acción de tutela, en la medida en que se evidencia el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al actor por parte de esa entidad.

La Corte Constitucional, ha reiterado en su jurisprudencia que en principio la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de pensiones, o para lograr que se liquiden o que se reanude su pago interrumpido, toda vez que para ello existen otros medios de defensa judicial. Sin embargo, “también ha admitido su procedencia cuando se trate de casos en los cuales se encuentra en peligro derechos que tienen la categoría de

fundamentales, debido a que la pensión es un derecho de aplicación inmediata cuando está destinada a suplir el mínimo vital de personas que lo necesitan, ya sea por la edad, por las condiciones físicas o psíquicas en las que se encuentre".<sup>14</sup>

Ahora bien, el debate probatorio adquiere relevancia constitucional cuando el medio judicial ordinario se torna ineficaz porque se amenaza el mínimo vital del accionante. En otras palabras, la controversia trasciende del plano legal al constitucional cuando se compromete la efectividad del derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez de una persona con incapacidad laboral. Esta Sala reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta requiere el amparo urgente de sus derechos, dada la gravedad del perjuicio<sup>15</sup>, en este caso se está frente al derecho a la vida del actor; derecho fundamental que indiscutiblemente merece la atención y protección a través de la acción de tutela.

Por lo tanto, la Corte en este caso puede darle curso a la solicitud del demandante de ordenar, no "a cualquiera" de las entidades accionadas, pero sí a Protección S.A., que le reconozca la pensión de invalidez a la que tiene derecho, pues no existe duda sobre que esa es la entidad verdaderamente obligada o responsable de asumir el reconocimiento de la prestación reclamada, como quiera que para la fecha en que se estructuró el estado de invalidez del actor, éste se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social en pensiones, cotizando como dependiente a Protección S.A., sin perjuicio de que para esa fecha su empleador se encontrara en mora en el pago los aportes, pues finalmente hizo el pago de los mismos y la entidad lo aceptó, tal como lo afirma la propia entidad en el escrito que envió a este proceso de tutela.

En efecto, esta Corporación ha reiterado, como se anotó anteriormente, que la mora del empleador no puede ser una carga para el empleado y por lo tanto, si la entidad finalmente recibió el pago que éste hizo de los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del demandante, aunque tardíamente, entonces se allanó a la mora del empleador y, en consecuencia, debe asumir el pago de la prestación reclamada por el demandante.

Así las cosas, como evidentemente el actor cuenta con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que se adecua y supera el mínimo requerido en las normas sobre la materia, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez y teniendo en cuenta que

la entidad responsable del reconocimiento y pago de la prestación del demandante se allanó la mora en que pudo incurrir el empleador, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el trabajador ha cumplido con el requisito de tiempo de cotización al sistema para reclamar la prestación, porque es evidente que el perjuicio que está padeciendo el demandante fue producido por la omisión de Protección S.A.

Finalmente, también es pertinente señalar que el actor manifestó dificultades económicas generadas no sólo porque ya está desempleado, sino por las pocas probabilidades que la enfermedad que padece le permiten encontrar otro trabajo y aunque cuenta con el apoyo y ayuda directa de su padre, quien le proporciona la vivienda y alimentación, ante la carencia de recursos propios y el alto costo del tratamiento de su enfermedad, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, por su especial condición física y, en consecuencia, aunque existe el mecanismo ordinario, resulta inidóneo, dadas todas las anteriores circunstancias especiales del caso y, en consecuencia, es procedente la tutela, como mecanismo definitivo, para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, mediante la orden del reconocimiento y pago de la prestación que éste reclama, al encontrarse en conexidad con los derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital.

En efecto, en este sentido se pronunció recientemente la Corte, en la sentencia T-860 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, al conceder la tutela, como mecanismo definitivo, de los derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad con la vida y el mínimo vital de una persona que sufrió un infarto cerebral y requiere medicamentos permanentes, quedando con una pérdida de capacidad laboral del 88,19%, y habiéndosele negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por supuesta mora del empleador en el pago de los aportes; por lo tanto, la Sala Sexta concedió el amparo solicitado como mecanismo definitivo pues, aunque se invocó de manera transitoria, las condiciones del actor no daban la espera para utilizar el mecanismo ordinario y, en consecuencia, se ordenó a la entidad demandada que expidiera nuevo acto administrativo mediante el cual se reconociera y pagara la pensión de invalidez y se incluyera en nómina al actor.

### III. DECISION

#### R E S U E L V E:

PRIMERO.- Levantar La suspensión de términos decretada en este asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 13 de agosto de 2004 y por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo, el 8 de julio de 2004, dentro de la acción de tutela instaurada por Elkin Martínez Funez contra Protección S.A., BBVA Horizonte y la Alcaldía Municipal de San Pedro -Sucre- y en su lugar CONCEDER el amparo solicitado como mecanismo definitivo únicamente contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTO el oficio No. 5323120-90247 del 3 de diciembre de 2003, suscrito por el Jefe del Departamento de Beneficios y Prestaciones de Protección S.A., que ratificó la decisión adoptada en la Resolución No. 2003-6286 del 21 de octubre de 2003, expedida por Protección S.A., mediante la cual se negó la prestación económica solicitada por el señor Elkin Martínez Funez, por parte de Protección S.A., que también se revoca.

CUARTO.- ORDENAR a Protección S.A. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, expida un nuevo acto administrativo en el que se reconozca y liquide la pensión de invalidez al señor Elkin Martínez Funez. Identificado con C.C. No. 92'188.484 y se ordene su inclusión en nómina, aplicando los criterios jurídicos contenidos en esta providencia.

QUINTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Según consta en copia del Decreto de nombramiento 001 y acta de posesión, ambos del 2 de enero de 2001.

2 Esos traslados se realizaron el 18 de octubre de 2001 y el 22 de julio de 2003 por la suma de “\$258.275.00 y 1’406.730.00, (SIC) respectivamente”

3 Sentencia T-1752 de 2000, M.P.(e) Cristina Pardo Schlesinger.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz

6 Ver, entre otras, las sentencias T-056 de 1994, T-209 y T-292 de 1995, T-627 de 1997.

7 T-619 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

8 Ver sentencia T-344 de 2005.

9 Ver sobre este tema entre muchas otras, las sentencias T-394 y T-138 de 2005 y T-394 y T-272 de 2004.

10 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Cfr. Sentencia T-043 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 Sobre el particular ver las sentencias T-166 de 1997; T-1019 de 1999 y T-1394 de 2000, entre otras, en las que la Corte Constitucional fijó posiciones contundentes respecto de la obligación de cobro que tienen las distintas entidades que hacen parte de los Subsistemas del Sistema General de Seguridad Social respecto de los aportes de sus afiliados.

13 Ibídem.

14 Sentencia T-1011 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

15 T-143 de 1998, T-417 de 1997, T-515 de 1997 y T- 762 de 1998.