ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Pago extemporáneo de aportes pensionales en mora no es argumento válido para negar el reconocimiento

(La administradora de pensiones accionada) vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y al mínimo vital al no valorar las semanas cotizadas y pagadas extemporáneamente.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Concepto, naturaleza y protección constitucional

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Relación entre capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión

SISTEMA DE FINANCIACION DE PENSION DE INVALIDEZ-En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad/ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES-Seguro para cubrir el riesgo de invalidez

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Parámetros para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad común

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el

incumplimiento

(…), la omisión en el deber de afiliación al Sistema General de Pensiones conlleva a que, quien haya incumplido dicha obligación, deba responder de forma directa por las prestaciones sociales. No obstante, cuando la entidad de seguridad social recibe a su satisfacción las semanas dejadas de cotizar mediante el pago del cálculo actuarial correspondiente, asume la responsabilidad del reconocimiento de la prestación económica que se haya causado durante los períodos respectivos.

MORA PATRONAL EN EL PAGO OPORTUNO DE LOS APORTES A PENSIONES-Precedente jurisprudencial

(…), la Corte ha reconocido que los fondos de pensiones se encuentran en un plano de igualdad de condiciones en cuanto a las reglas propias de la libertad de competencia, sin importar el régimen al que pertenezcan. Por esta razón, no podría interpretarse que los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) pueden obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez cuando se realiza el pago extemporáneo de aportes determinados con un cálculo actuarial mientras que quienes pertenecen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) no tienen esa posibilidad.

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Obligación de las entidades administradoras de cobrar a los empleadores morosos los aportes adeudados

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA Y REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Características según la ley 100 de 1993

PROHIBICION EN MATERIA PENSIONAL DE EXIGIR REQUISITOS ADICIONALES A LOS

ESTABLECIDOS EN LA LEY-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Alcance

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Administradora de Pensiones reconocer y pagar pensión de invalidez

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Novena de Revisión

Sentencia T-156 de 2023

Referencia: Expediente T-9.163.246.

Acción de tutela instaurada por Lucas en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones

y Cesantías Protección S.A. (en adelante Protección).

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas.

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos del 20 de septiembre y del 24 de octubre de 2022, proferidos por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Armenia y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Armenia. Estas decisiones resolvieron, en primera y en segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela de la referencia.

Con el objetivo de estudiar la solicitud de amparo formulada, en la sección primera de esta sentencia, la Sala mencionará los antecedentes del caso. En primer lugar, la Corte realizará una síntesis de los fundamentos de la acción. En segundo y tercer lugar, hará referencia a las contestaciones de la demanda y las pruebas aportadas. Luego, efectuará un resumen de las decisiones que se revisan. En la sección segunda de este fallo, esta Corporación delimitará el

asunto, planteará el problema jurídico a resolver y la metodología de la decisión. Posteriormente, aludirá a la pensión de invalidez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS). Luego, la Sala explicará la falta de afiliación del trabajador al Sistema General de Pensiones y el pago extemporáneo de los aportes en el RAIS1. Con base en lo anterior, esta Corte resolverá el caso concreto. En este punto, primero estudiará la procedencia de la acción y, si hubiere lugar a ello, se pronunciará sobre la presunta vulneración de los derechos invocados en la solicitud de amparo.

I. ANTECEDENTES

El señor Lucas2, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela en contra de Protección. Pretende la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital3. Para fundamentar la solicitud de amparo, el demandante narró los siguientes:

1. Hechos

1. El actor tiene 56 años4. Manifestó que se encuentra afiliado a Protección desde 2012. Aquel solicitó al fondo de pensiones la calificación de su pérdida de la capacidad laboral (en adelante PCL)5 porque fue diagnosticado con insuficiencia renal crónica6, cardiopatía isquémica e insuficiencia cardiaca congestiva7. En ese contexto, la calificación de primera oportunidad determinó que el actor tenía una PCL del 76,75%8. La valoración estableció como fecha de estructuración el 28 de mayo de 20169. Ese dictamen fue notificado el 21 de diciembre de 2017.

1. El demandante sostuvo que trabajó con la señora Rosa “por varios periodos”10,

comprendidos entre el 15 de enero de 2013 y el 19 de mayo de 2016. Sin embargo, afirmó que la empleadora no realizó los aportes de la seguridad social. Aseguró que las cotizaciones faltantes correspondieron a los siguientes rangos de fechas:

15 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2013.

1 de marzo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2014.

1 de septiembre de 2015 hasta el 8 de noviembre de 2015.

28 de febrero de 2016 hasta el 19 de mayo de 2016.

1. Proceso ordinario laboral12. El accionante, mediante apoderada judicial, demandó a la señora Rosa. Solicitó que se condenara a la empleadora al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (en adelante SGSSP) y, subsidiariamente, pidió la pensión de invalidez a partir del 28 de mayo de 2016.

1. Mediante sentencia del 24 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Civil Laboral del Circuito de Calarcá (Quindío) concedió la pretensión principal y condenó a la empleadora al pago de los aportes al SGSSP de los periodos solicitados13. Esta decisión fue confirmada en el fallo del 18 de mayo de 2021, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia –Sala Civil Familia Laboral–14. En esta última decisión, “se acreditó la existencia del contrato de trabajo y, por tanto, la obligación que le incumbía a la accionada de realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”15.

1. Por lo anterior, la señora Rosa, previa solicitud del cálculo actuarial al fondo de pensiones, pagó el valor correspondiente a los aportes a la seguridad social16.

1. Solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez. A partir de dicho desembolso de los aportes adeudados, la historia laboral del actor reportaba un total de 124.29 semanas17. En particular, de acuerdo con ese documento, entre el 28 de mayo de 2013 y el 28 de mayo de 2016, el accionante tenía 102 semanas cotizadas. En consecuencia, aquel pidió al fondo de pensiones el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez.

1. El 2 de agosto de 2022, Protección negó el reconocimiento de la prestación18. Argumentó que el afiliado no cumplió con el requisito de haber cotizado mínimo 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. La entidad aclaró que los periodos cotizados y pagados de manera extemporánea no tenían cobertura por el seguro previsional. Finalmente, le informó al actor acerca de su derecho a solicitar la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual19. El 12 de agosto de 2022, el accionante presentó solicitud de reconsideración20. El 19 de agosto siguiente, el fondo de pensiones confirmó la respuesta negativa respecto de la pensión de invalidez21.

1. Acción de tutela. El señor Lucas, mediante apoderado judicial, promovió acción de tutela en contra de Protección. Señaló que el fondo de pensiones vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. Resaltó que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por su condición de salud y que es víctima de desplazamiento forzado22. Por tanto, solicitó el amparo de sus prerrogativas constitucionales y que, como consecuencia de ello, se ordene a la accionada que reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 29 de mayo de 201623.

1. Trámite de la acción de tutela24. Mediante auto del 9 de septiembre de 2022, el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Armenia admitió la solicitud de amparo. Posteriormente, en providencia del 15 de septiembre siguiente, vinculó a la señora Rosa25.

2. Respuesta de la accionada y vinculada

1. Respuesta de Protección. El 14 de septiembre de 2022, el fondo de pensiones informó que la calificación de la disminución de la capacidad ocupacional se ajustó a lo previsto en las normas jurídicas26. Precisó que el afiliado presentaba una PCL superior al 50%, pero no cumplía con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de dicha invalidez27, pues solo tenía 12 semanas acreditadas para ese momento. Indicó que los aportes cotizados o pagados con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez no eran válidos para el reconocimiento de la prestación pensional solicitada. Protección afirmó que "ese es el espíritu del Artículo 53 del numeral 4 del Decreto 1406 de l999, según el cual el empleador moroso puede efectuar el pago de las obligaciones atrasadas mientras no se haya producido el siniestro"28.

1. Aunado a lo anterior, el fondo resaltó que "el supuesto empleador (sic) Rosa, nunca (…) generó ante esta administradora una la relación laboral con el señor Lucas, y además de ello nunca se hizo cotización alguna, por lo que no era posible para protección S.A. (sic) haber efectuado gestiones de cobro de aportes en mora ante dicha entidad"29. En ese sentido, advirtió que la falta de responsabilidad de la empleadora no era un hecho imputable a Protección. Agregó que la acción de tutela era improcedente porque no cumplió con el requisito de subsidiariedad.

3. Decisiones que se revisan

1. Sentencia de primera instancia. El 20 de septiembre de 2022, el Juzgado Municipal de

Pequeñas Causas Laborales de Armenia concedió el amparo de los derechos fundamentales del accionante, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En esa medida, ordenó a Protección que otorgara la pensión de invalidez “sin reconocimiento de retroactivo pensional alguno”31. Esto, con la condición de que el señor Lucas acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral dentro de los cuatro meses siguientes al fallo. Esa autoridad judicial consideró que los pagos aplicados por la señora Rosa fueron reportados como “aprobados” por parte del fondo de pensiones. De manera que, en criterio de ese despacho, la exempleadora cumplió con el pago del cálculo actuarial en el monto determinado por el mismo fondo, el cual fue recibido, aprobado y aplicado a los periodos correspondientes32. Finalmente, el juez de conocimiento desvinculó de la acción constitucional a la señora Rosa.

1. Impugnación. Tanto la parte accionante como la accionada recurrieron la anterior decisión. El demandante expresó su inconformidad por la negativa del juez de primera instancia de reconocer el retroactivo pensional. Además, manifestó su desacuerdo con el otorgamiento de una protección transitoria y no definitiva33. Precisó que no comprendía esa decisión dada su situación de salud y su condición de víctima de desplazamiento forzado. A su turno, Protección presentó como memorial de impugnación el mismo escrito de respuesta a la acción de tutela en primera instancia34.

1. Sentencia de segunda instancia. El 24 de octubre de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Armenia revocó la decisión de primera instancia, que concedía el amparo y, en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela35. Esa autoridad judicial consideró que el actor no cumplía los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez a través de este mecanismo constitucional36. Al respecto, afirmó que no se configuró el allanamiento a la mora porque no se constató reporte alguno al fondo de pensiones de la novedad ocurrida. En efecto, no se informó del inicio del contrato laboral entre el accionante y su exempleadora37. Con fundamento en lo anterior, aseveró que no era posible que los aportes extemporáneos pudieran tenerse en cuenta para ordenarle a la administradora de pensiones que reconociera y pagara la prestación.

4. Actuaciones en sede de revisión38

1. Mediante Auto del 16 de marzo de 202339, el magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas40. Igualmente, vinculó al presente proceso a la señora Rosa41. Posteriormente, mediante auto del 17 de abril de 202342, requirió al accionante43 y vinculó a los seguros previsionales Suramericana de Seguros de Vida SA y a Asulado Seguros de Vida SA44.

1. Juzgado Primero Civil Laboral del Circuito de Calarcá. Ese despacho remitió el enlace de acceso a los documentos del proceso ordinario promovido por el actor en contra de la señora Rosa45.

1. Rosa. Allegó un escrito con la misma información de la respuesta suministrada dentro del trámite de instancias46. Además, propuso como excepción la cosa juzgada47. Posteriormente, con ocasión del traslado de las demás pruebas recibidas en sede de revisión, manifestó su "convicción" de que no tuvo ningún nexo laboral con el actor48. Por el contrario, afirmó que "lo único que existió entre las partes fue un contrato civil de arrendamiento de un parqueadero" de su propiedad49. Aseveró que la firma en el contrato de transacción no da lugar a la aceptación de la existencia de una relación laboral, sino que tenía como objetivo poner fin al proceso iniciado por el señor Lucas, en el cual reclamó el pago de prestaciones laborales.

1. De otra parte, resaltó que, a partir de la sentencia de segunda instancia del proceso laboral ordinario50, solicitó el cálculo actuarial de los periodos reclamados por el accionante en el proceso ordinario y procedió al pago del monto correspondiente a los mismos. Por lo anterior, la vinculada solicitó que se le absolviera de cualquier responsabilidad, comoquiera que, en su criterio, no se dio una relación laboral con el actor. Además, destacó que había

cumplido con lo ordenado por los jueces laborales.

1. Protección. Informó que no tenía conocimiento acerca de la relación laboral entre Rosa y Lucas, por lo que no tenía la obligación de gestionar acciones de cobro de los aportes “en mora”51 de un empleador desconocido52. En particular, sobre el pago realizado por la exempleadora, manifestó que no pueden ser tenidos en cuenta en el reconocimiento de la pensión de invalidez porque fueron cancelados de manera extemporánea y con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. El fondo de pensiones aseveró que “solo tiene a cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas por los siniestros y contingencias ocurridos durante la efectividad de la afiliación del accionante al mismo”53.

1. Finalmente, Protección explicó que una vez se cumplen los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993, “se realiza el cobro de la suma adicional a la Aseguradora que cubre el Seguro Previsional, pero para que una persona este cubierta por dicho seguro, tiene que estar activa y cotizando”54. Indicó que, cuando la persona está inactiva o hay una relación de trabajo no anunciada por el empleador, no se puede reconocer una pensión55.

1. Asulado Seguros de Vida S.A. Comunicó que es una aseguradora de vida y no una administradora de fondo de pensiones56. Indicó que celebró un contrato de Seguro Previsional de Invalidez y Sobrevivencia con inicio de vigencia el 1 de enero de 2023, siendo un seguro por ocurrencia. En el caso concreto, aseveró que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, pues la fecha de estructuración de invalidez es anterior al inicio de la vigencia del seguro previsional pactado con Protección.

5. Pruebas que obran en el expediente

Tabla 2. Pruebas que obran en el expediente

1

Copia del registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía del actor57.

2

Copia de calificación por parte del equipo interdisciplinario de medicina laboral de Saludcoop E.P.S.58. Se diagnosticó al actor con una contusión en pie izquierdo y contusión del tórax, de origen laboral ambas derivadas de un accidente sufrido el 22 de abril de 2014.

3

Copia de la notificación del dictamen de PCL el 21 de diciembre de 201759.

4

Copia de declaración juramentada para la devolución de saldos por parte del accionante del 28 de febrero de 201860. Aquel manifestó que no ha percibido ningún tipo de pensión.

5

Copia del certificado del Registro Único de Víctimas (RUV) por desplazamiento forzado del 31 de agosto de 202261.

6

Copia de la solicitud de la señora Rosa a Protección para que realice el cálculo actuarial correspondiente a los aportes de pensión del actor62.

7

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

1. La Sala Novena de Revisión es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Delimitación del caso, formulación del problema jurídico y esquema de la decisión

1. El accionante (56 años) se encuentra afiliado a Protección. Aquel fue diagnosticado con insuficiencia renal crónica, cardiopatía isquémica e insuficiencia cardiaca congestiva, por lo que fue calificado con una PCL del 76,75% con fecha de estructuración del 28 de mayo de 2016.

1. En 2016, el accionante promovió un proceso ordinario laboral en contra de la señora Rosa (exempleadora). Esto con el fin de que se condenara a la accionada al pago de los aportes a pensiones y, subsidiariamente, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 28 de mayo de 2016. La autoridad de primer grado concedió la pretensión principal, lo cual fue confirmado en sentencia de segunda instancia. En consecuencia, la excontratante pagó el valor correspondiente a los aportes a la seguridad social al fondo de pensiones, de acuerdo con el cálculo actuarial realizado por dicha entidad.

1. Con base en el reporte de la historia laboral que incluía el valor pagado por la empleadora, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. La parte actora sostiene que, en dicho documento, se reflejaban los aportes equivalentes a 102 semanas cotizadas en los tres años previos a la fecha de estructuración. No obstante, Protección negó el reconocimiento de la prestación porque el afiliado no cumplió con el requisito de semanas

previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Explicó que los periodos cotizados y pagados de manera extemporánea no son cubiertos por el seguro previsional.

1. Por lo anterior, el accionante reclamó la protección de sus derechos fundamentales mediante esta solicitud de amparo. El fondo de pensiones se mantuvo en la negativa y resaltó que no conocía el vínculo laboral entre el señor Lucas y la exempleadora. Por su parte, aquella informó que ya había cancelado los aportes pensionales que adeudaba según el cálculo actuarial efectuado por Protección. Adujo que el pago fue realizado en virtud de las sentencias proferidas por los jueces laborales ordinarios.

1. A partir de los antecedentes descritos, la Corte debe verificar, en primer lugar, la procedencia de la solicitud de amparo. En segundo lugar, en caso de que la procedibilidad sea superada, esta Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Protección vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y al mínimo vital del accionante, al negarse a reconocer la pensión de invalidez que aquel reclama bajo el argumento de que los aportes que darían lugar al reconocimiento de la prestación, determinados mediante un cálculo actuarial de la administradora de pensiones, fueron pagados extemporáneamente?

1. Con el fin de resolver la cuestión formulada, la Sala Novena de Revisión se referirá a: i) la pensión de invalidez en el RAIS; y, ii) la falta de afiliación del trabajador al Sistema General de Pensiones y el pago extemporáneo de los aportes en el RAIS. En concreto, abordará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en ese régimen cuando el empleador omitió el pago de aportes que fundamentan el reconocimiento de la prestación, la PCL se estructuró con posterioridad a la terminación del vínculo laboral y la administradora de fondos de pensiones (en adelante AFP) recibió a satisfacción el pago del cálculo actuarial. Finalmente, la Corte iii) estudiará el caso concreto.

3. Régimen de la pensión de invalidez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)64

1. Esta Corporación ha señalado que la pensión de invalidez es un derecho irrenunciable y constituye una expresión de la seguridad social65. La jurisprudencia ha referido que esta prestación pensional es un derecho subjetivo que adquiere el carácter de fundamental cuando, a través de aquella, se materializan otras garantías superiores como el mínimo vital, la igualdad y la vida digna66. En concreto, la pensión de invalidez ha sido definida como la posibilidad de que las personas con una PCL reciban una prestación económica para garantizar su subsistencia debido a que no pueden trabajar para continuar efectuando aportes al sistema67.

1. Los artículos 38 y 3968 de la Ley 100 de 1993 establecen que quien (i) tenga una PCL igual o superior al 50% y (ii) hubiere aportado cincuenta semanas al sistema dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, (iii) tendrá derecho a la pensión de invalidez.

1. La Corte ha distinguido la forma de financiación de esta pensión en el RAIS. En concreto, ha afirmado que las cotizaciones efectuadas por el afiliado van a una cuenta de naturaleza individual que, junto con sus rendimientos, servirá de sustento económico al momento de reconocer y pagar la pensión a la que tenga derecho la persona69. Los fondos de pensiones en este sistema contratan un seguro previsional para el cubrimiento de la eventual suma adicional que haga falta para cubrir el riesgo de invalidez70. El costo de la prima de ese contrato de seguro es pagado con una parte de las cotizaciones obligatorias que hacen sus afiliados71.

1. Esta Corporación ha indicado que el seguro previsional “que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. (…) Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el

siniestro se produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen (…)”72.

1. Así las cosas, cuando el afiliado acredite el cumplimiento de los requisitos legales, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. En tal caso, le corresponde al fondo de pensiones reconocer y fijar el monto de la prestación, conforme al artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

4. La falta de afiliación del trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el pago extemporáneo de los aportes en el RAIS

1. En las relaciones de trabajo surgen distintas obligaciones alrededor del deber de aportar al SGSSP. En particular, la Corte ha sostenido que el vínculo generado es tripartito porque en él intervienen tres agentes: i) el trabajador, ii) el empleador; y, iii) la entidad administradora de pensiones73. La Corte ha sostenido que el ordenamiento jurídico debe velar por el equilibrio contractual de las partes, en virtud del principio de igualdad y la especial sujeción constitucional del derecho al trabajo74.

1. En cuanto a las obligaciones en cabeza del empleador, en particular lo concerniente a la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, la Ley 100 de 1993 estableció que aquel tiene el deber de afiliar a sus dependientes al SGSSP77. Esto con el propósito de que los trabajadores tengan una protección frente a ciertas contingencias que perjudican, por ejemplo, la salud78. En ese mismo sentido, en materia pensional, el contratante tiene la obligación de realizar los aportes a su cargo ante la AFP elegida por el trabajador79. Así, el empleador “se hará cargo del importe total aun cuando no haya hecho los descuentos respectivos de manera oportuna, so pena de sanciones moratorias y acciones de cobro por

parte de las entidades administradoras de pensiones”80.

1. Las responsabilidades descritas a cargo del empleador formalizan la protección ante contingencias como la vejez, la invalidez o la muerte. En ese contexto, se reporta la novedad laboral a la AFP correspondiente, es decir, que siempre que un trabajador (que se encuentra previamente afiliado a un fondo de pensiones) inicia una nueva relación laboral, el empleador debe notificar al sistema “para que, a partir de dicho momento, se efectúen las correspondientes cotizaciones”81. Solo a partir de ese momento, a esa administradora de pensiones le corresponde llevar a cabo las acciones que garanticen la seguridad social del trabajador. Esta Corporación explicó que esta dualidad de obligaciones –del empleador y de la administradora de pensiones– representa “un auténtico derecho de los trabajadores, que materializa el cubrimiento en pensiones y permite el ejercicio de libertades fundamentales adicionales como lo es la escogencia voluntaria del Régimen al cual desean pertenecer”82.

1. De manera que la afiliación al SGSSP por parte del empleador y los compromisos derivados de aquella es una fuente formal de derechos pensionales83. El cumplimiento de este deber certifica una cotización efectiva a cargo del empleador. En este contexto, corresponde a la AFP el reconocimiento de la prestación pensional causada y el pago de las mesadas y/o emolumentos correspondientes84.

1. En este punto, la Corte ha distinguido entre los efectos que se derivan de: (i) el incumplimiento del empleador en su deber de afiliación y, (ii) la mora en el pago de los aportes a pensión85. De una parte, la omisión de afiliación –o, estrictamente, la falta de reporte del empleador sobre la novedad de ingreso de un trabajador– resulta en un desconocimiento de los derechos del empleado. En este escenario, la responsabilidad de los riesgos recaerá, en principio, sobre el empleador86, quien deberá afrontar las “consecuencias adversas de tipo patrimonial, que incluyen indemnizaciones, sanciones y la asunción de las erogaciones derivadas de las contingencias que afectan la capacidad

productiva del trabajador”87. En consonancia con lo anterior, el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 prevé que:

“Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido”.

1. Por su parte, la mora en el pago de los aportes es una falta del empleador al deber de realizar oportunamente la cancelación de las cotizaciones al SGSSP respecto de su vinculación laboral, la cual es conocida por el fondo de pensiones88. En esta situación, la AFP tiene la obligación de hacer el cobro del valor en mora o perseguir su pago, para no trasladarle la carga de recaudo al trabajador89. En cambio, la omisión de afiliación implica que no se reporta la novedad de la relación laboral entre las partes al fondo de pensiones respectivo90. A través de la afiliación se configura la relación pensional porque permite vincular y trasladar los riesgos a las entidades administradoras y, en consecuencia, que estas puedan ejercer sus facultades de control y de exigibilidad del pago de los aportes91. Ambas omisiones afectan el derecho de seguridad social del trabajador y afiliado.

1. Ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones en materia pensional deviene en responsabilidad de quien incurrió en ellas92. En este caso, la Sala se ocupa de las consecuencias derivadas de la omisión de afiliación al sistema. Tal como lo ha resaltado la Corte, la inobservancia de los deberes del empleador o de la entidad administradora no pueden afectar al trabajador93. Es decir que las consecuencias negativas de la omisión del empleador de reportar la relación laboral nunca pueden transgredir los derechos fundamentales del afiliado ni perturbar su acceso a una prestación pensional94. Al respecto, este Tribunal aseveró que tanto el empleador como las entidades administradoras “están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes”95, so pena de vulnerar el derecho a la

seguridad social del titular de la pensión.

1. Este Tribunal ha reconocido dos eventos en los que se incumple con el deber de afiliación: i) cuando no se adelanta el trámite de afiliación inicial ante el SGSSP; o, ii) cuando el empleador no reporta la novedad de ingreso de los trabajadores que ya han estado previamente afiliados96. Estas situaciones afectan gravemente a los trabajadores pues, aunque aquellos hayan prestado un servicio en el marco de una relación laboral, esta circunstancia no es tenida en cuenta para el reconocimiento de una prestación pensional97.

4.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia respecto de la posibilidad de que los fondos de pensiones asuman prestaciones de la seguridad social ante la omisión de afiliación del empleador

1. Esta Corte se ha referido a las consecuencias jurídicas que se imputan al empleador cuando quebranta el deber de afiliación al sistema y, por consiguiente, no efectúa el pago de los aportes correspondientes. En estas situaciones, este Tribunal ha concluido que, en caso de incumplimiento, los empleadores que no afilien o no reporten la novedad de ingreso de sus subordinados tienen la obligación de trasladar los valores de los tiempos omitidos, con base en un cálculo actuarial ante la entidad administradora escogida por el trabajador. Luego de ello, le corresponderá al fondo de pensión asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión respectiva98. Finalmente, ha resaltado que dichas faltas de los empleadores o de las AFP nunca serán adjudicadas a los empleados. A continuación, se presentan los fundamentos de esta conclusión.

1. En la Sentencia T-273 de 201099 este Tribunal estudió una acción de tutela formulada por un afiliado que contaba con 49.40 semanas de cotización en los tres años anteriores a la estructuración de la PCL. Para la Corte, al accionante se le negó la pensión de invalidez

“como consecuencia directa del incumplimiento del deber del empleador de realizar los aportes correspondientes al fondo de pensiones”100. Igualmente, sostuvo que las consecuencias desfavorables del incumplimiento del empleador no deben recaer “sobre la parte más débil de la relación tripartita que se conforma en el sistema de seguridad social”101. Por lo tanto, consideró que debía ser el antiguo empleador quien, en principio, debía responder por la prestación reclamada porque no se reportó oportunamente la novedad de ingreso del trabajador. En este contexto, concluyó que el ex empleador debía asumir todas las responsabilidades económicas de su cargo y, por consiguiente, dispuso que aquel debía acordar con la administradora de pensiones “el monto que debe pagarle, con el ánimo de compensar lo debido a causa de su incumplimiento en los aportes”102. En particular, señaló que la entidad pensional debía gestionar el cobro de lo adeudado por concepto de aportes y los rendimientos correspondientes a los períodos dejados de cancelar. Lo anterior, para garantizar la viabilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez.

1. En la Sentencia T-596 de 2014103, esta Corporación estableció que, cuando el empleador no afilie a uno de sus trabajadores, “deberá trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al tiempo en que no efectuó las cotizaciones al sistema”104. Igualmente, en la Sentencia T-291 de 2017105, este Tribunal explicó que el procedimiento para que la AFP pueda conmutar el tiempo en el cual un empleador no efectuó las cotizaciones al SGSSP, el empleador incumplido deberá solicitar a “Colpensiones o alguno de los fondos privados legalmente facultados para desarrollar este tipo de actividades”106 la elaboración del respectivo cálculo actuarial107.

1. Por su parte en la Sentencia T-234 de 2018108, este Tribunal determinó que la intención del legislador al establecer el pago de un cálculo actuarial “es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones”. La Sala concluyó que el hecho de que el pago del correspondiente cálculo sea posterior a la fecha de estructuración de la invalidez no impide, desde un punto de vista constitucional, que esos

tiempos sean afectados por la falta de afiliación y que hayan sido prestados con anterioridad a la fecha de estructuración. Por lo anterior, deberán ser tenidos en cuenta al momento de contabilizar la densidad de cotizaciones exigidas por ley.

1. Ahora, en la Sentencia T-064 de 2018109, la Corte consideró que era viable aplicar a la omisión de la afiliación el mismo trato que la jurisprudencia ha otorgado al incumplimiento del pago de las cotizaciones de los trabajadores por parte del empleador110. Es decir que, si hay omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, las entidades de seguridad social deben tener en cuenta el tiempo servido, como efectivamente cotizado. Así, al empleador incumplido le corresponderá sufragar los aportes omitidos con base en un cálculo actuarial, a satisfacción de la respectiva entidad pensional.

1. Para la presente controversia, la Sentencia SU-226 de 2019111 es especialmente relevante porque ella reconoció la posibilidad de que, mediante un cálculo actuarial, se transfieran los aportes derivados de la omisión de afiliación del empleador y concluyó que ellos deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez. En este contexto estableció como regla de decisión que, cuando el empleador omite su deber de afiliación al SGSSP y acude ante la entidad pensional para cumplir su obligación de manera tardía, dicha entidad está obligada a:

“(i) fijar el monto adeudado, con base en un cálculo actuarial; (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga; y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, siempre incluyendo, dentro del cómputo de las semanas de cotización legalmente exigidas, el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador”.

1. En la referida sentencia, la Sala Plena sostuvo que la responsabilidad de la omisión de

afiliación recae, en principio, en el empleador incumplido112. No obstante, estableció que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993113 determina las pautas para el cómputo de las semanas de cotización114. Resaltó que los fondos de pensiones no estarían llamados a responder, hasta tanto el empleador traslade al sistema el valor de los aportes adeudados, por la falta de reporte de la novedad, con base en el monto actuarial fijado por la misma entidad115. En este punto, la Corte en dicha sentencia de unificación aseveró que:

"(…)no puede perderse de vista que, si bien se trata de aseguramientos distintos por la diferencia en los tipos de riesgo amparados, como ya se explicó, tal requisito es un elemento identitario, en general, de los sistemas pensionales contributivos como el nuestro. Por tanto, es necesario considerar que el cumplimiento de los aportes se efectúa para cubrir globalmente todas las contingencias pensionales (vejez, invalidez y muerte), siendo una condición indispensable para acceder a cada una de estas prestaciones, en la densidad exigida por el Legislador en cada caso".

"criterios adicionales como la demostración, por parte del Fondo administrador, de si dispone o no de recursos actuales para la financiación de la prestación, pese a cumplirse con los presupuestos legales. Este es un asunto que no está contemplado como condición de acceso pensional, en el marco jurídico vigente".

1. De igual modo, en la Sentencia T-114 de 2020116, la Corte determinó que cuando el empleador no afilie o no reporte la novedad de ingreso de uno de sus trabajadores, "deberá trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al tiempo en que, teniendo la obligación, no efectuó las cotizaciones al sistema, ello a satisfacción de la administradora de pensiones".

1. Finalmente, en la Sentencia T-251 de 2022117, esta Corporación precisó que, en caso de configurarse el riesgo de invalidez, deberá estudiarse la fecha de estructuración, los periodos de cotización que se hayan realizado y los aportes extemporáneos mediante un cálculo actuarial que sean aceptados por los fondos de pensiones. A partir de lo anterior, se deberá verificar a quien le corresponde asumir el reconocimiento y pago de aquella. A modo de ejemplo, afirmó que, en el caso de una pensión de invalidez, puede ocurrir que la fecha de estructuración sea anterior a la novedad, "por lo que es posible que la administradora de pensiones sea llamada a otorgar el derecho reclamado, en el evento de que el afiliado cuente con el número de semanas de cotización requerido en los tres años inmediatamente anteriores". La Sala sustentó sus conclusiones en la Sentencia SU-226 de 2019118.

1. A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) ha afirmado que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación del trabajador y ésta recibe el pago de aportes por un tiempo significativo, da lugar a una manifestación implícita de voluntad del afiliado que es aceptada por la administradora. Esto lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario de afiliación, "siempre y cuando se den las demás exigencias legales para acceder a esa prestación"119.

1. Igualmente, la CSJ ha indicado que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia (exclusivamente en pensión de vejez)120, la comprobada falta de afiliación del trabajador daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del SGSSP. Argumentó que, ante una falta de afiliación del trabajador al sistema de pensiones "es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social"121.

1. La postura de la CSJ ha precisado que la expedición de un cálculo actuarial, el respectivo

pago a cargo del empleador a favor del trabajador por falta de afiliación al sistema y su aceptación por parte de la AFP se circunscribe únicamente a las pensiones de vejez. Así, afirmó que ello no puede predicarse de otras prestaciones como la de sobrevivientes y de invalidez, pues allí la responsabilidad recae en quien incurrió en la omisión de sus obligaciones respecto de la afiliación o el reporte de la novedad de ingreso, por ser quien afectó el goce del derecho a la seguridad social del trabajador122.

1. En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la omisión en el deber de afiliación al Sistema General de Pensiones conlleva a que, quien haya incumplido dicha obligación, deba responder de forma directa por las prestaciones sociales. No obstante, cuando la entidad de seguridad social recibe a su satisfacción las semanas dejadas de cotizar mediante el pago del cálculo actuarial correspondiente, asume la responsabilidad del reconocimiento de la prestación económica que se haya causado durante los períodos respectivos.

4.2. Reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en el RAIS cuando (i) el empleador omitió el pago de aportes que fundamentan el reconocimiento de la prestación; (ii) la PCL se estructuró con posterioridad a la terminación del vínculo laboral; y (iii) la AFP recibió a satisfacción el pago del cálculo actuarial

1. En primer lugar, esta Corporación reconoce que existe una diferencia entre la postura acogida por la jurisprudencia constitucional123 y las decisiones de la CSJ124. Esta distinción radica en que este Tribunal admite la posibilidad de que el empleador efectúe el pago de los aportes a pensiones con posterioridad a la concreción del riesgo de invalidez y a través de un cálculo actuarial. En contraste, la Sala de Casación Laboral ha estimado que, en ese tipo de casos, le corresponde al empleador asumir las pensiones de invalidez o sobrevivientes, según el caso.

1. Con todo, debe precisarse que, hasta el momento, la Corte Constitucional no ha analizado de fondo asuntos exactamente idénticos a aquel que resuelve la Sala. En concreto, no ha estudiado casos en los que la pensión de invalidez sea reclamada por un afiliado al RAIS y la administradora niegue el reconocimiento de la prestación bajo el argumento de que las cotizaciones que recibió –en razón de un cálculo actuarial pagado por el empleador– fueron posteriores al siniestro. Con todo, la Sala considera que los fundamentos del precedente constitucional en la materia (en particular, la Sentencia SU-226 de 2019) son plenamente aplicables cuando la pensión de invalidez se solicita a un fondo de pensiones en el RAIS.

1. En primer lugar, aunque es claro que el RAIS y el RPM son regímenes distintos, ello no quiere decir que las diferencias entre ellos puedan generar una afectación desproporcionada para los afiliados. En otras palabras, las diferencias en la regulación legal de ambos regímenes no pueden implicar una desventaja sustancial para los derechos de quienes pertenecen a uno de ellos, incluso sobre aspectos que no se encuentran regulados en la ley. No pueden establecerse distinciones arbitrarias entre ambos regímenes, aun si se tiene en cuenta la manera en que se financian el RAIS y el RPM. Como fue expuesto, en el primero de ellos los aportes del afiliado se consignan en una cuenta individual y parte de su cotización se destina a pagar un seguro que, en las contingencias de invalidez y muerte. La aseguradora asumirá el pago de los recursos adicionales a aquellos que existen en la cuenta de ahorro individual para el pago de la prestación. A su turno, en el RPM, los aportes se destinan a un fondo común que financia las prestaciones.

1. En cualquier caso, la Corte recuerda que las condiciones habilitantes para el acceso a las pensiones de invalidez y sobrevivientes son las mismas en ambos regímenes (supra 31). En este contexto, no está permitido que se realicen distinciones entre los afiliados respecto de los requisitos para el reconocimiento de la prestación como ocurriría, por ejemplo, si exclusivamente en el RPM se permitiera el pago extemporáneo de aportes por parte del empleador en situaciones de omisión de afiliación.

1. La imposibilidad de establecer distinciones arbitrarias entre los regímenes del Sistema General de Pensiones se cimenta en los principios reconocidos en los artículos 48 superior y 2 de la Ley 100 de 1993. En particular, el principio de universalidad125 implica que la cobertura de este derecho comprende a todas las personas y se relaciona estrechamente con la dignidad humana126. La protección del derecho a la seguridad social se extiende, entonces, a todos los residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna127. Este carácter universal debe interpretarse en armonía con el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) que extiende a todas las personas la protección en materia de seguridad social ante "la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa"128. Asimismo, deben tenerse en cuenta los postulados de solidaridad129, eficiencia130, integralidad131 y unidad132.

1. Además, la Corte ha reconocido que los fondos de pensiones se encuentran en un plano de igualdad de condiciones en cuanto a las reglas propias de la libertad de competencia, sin importar el régimen al que pertenezcan133. Por esta razón, no podría interpretarse que los afiliados al RPM pueden obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez cuando se realiza el pago extemporáneo de aportes determinados con un cálculo actuarial mientras que quienes pertenecen al RAIS no tienen esa posibilidad. Tal interpretación podría generar una desventaja competitiva a este último régimen frente al RPM.

1. Con fundamento en lo anterior, los trabajadores que no fueron afiliados por su empleador al SGSSP están en la misma situación, aún si pertenecen al RAIS o al RPM134. Por lo tanto, se reitera, sería desproporcionado que solo para aquellos que cotizan al RPM se acepte que el empleador pueda sufragar los aportes necesarios para obtener la pensión mientras que, para aquellos que pertenecen al RAIS, esta posibilidad no sea admisible135. Dicha arbitrariedad es más evidente aún si se advierte que, en ambos casos, el cálculo actuarial es pagado a la administradora de pensiones, de modo que, en los dos eventos, se financia la prestación. Además, ello implicaría una diferencia de trato para personas en situación de invalidez,

respecto de quienes la prohibición de imponer tratos discriminatorios tiene un peso mucho mayor, debido a la especial protección que debe atribuirse a las personas en situación de discapacidad.

1. En segundo lugar, debe recordarse que las administradoras de pensiones no pueden imponer requisitos para el reconocimiento de las prestaciones de la seguridad social distintos a aquellos previstos por las normas legales136.

1. Finalmente, debe recordarse que, en materia laboral, el principio de favorabilidad prescribe que, en caso de duda frente a la aplicación o interpretación de una norma, debe preferirse aquella que resulte más benévola para el trabajador. En este sentido, en gracia de discusión, podría sostenerse que hay duda respecto de la posibilidad de que las normas que regulan la pensión de invalidez permiten el pago de los aportes dejados de realizar por falta de afiliación con posterioridad a la ocurrencia del riesgo. No obstante, ante esta indeterminación debe preferirse la interpretación más favorable a los afiliados. Asimismo, cabe destacar que no existe ninguna prohibición legal al respecto y, por el contrario, la Sentencia SU-226 de 2019 lo permitió expresamente137.

1. Con todo, la Sala advierte que la posibilidad de que el empleador realice el pago de cotizaciones con posterioridad a la ocurrencia del riesgo (i.e. la estructuración de la invalidez) no debe ser la regla general y, en todo caso, la administradora podrá adelantar las actuaciones pertinentes en casos de fraude o abuso del derecho. Así, con el propósito de proteger la estabilidad financiera del sistema, los fondos de pensiones deben verificar que los aportes del empleador, recibidos por la entidad administradora previo cálculo actuarial, no tengan un propósito fraudulento138.

1. En consecuencia, la Sala considera que debe prevalecer la interpretación del precedente constitucional, ratificada por la Sala Plena de esta Corporación, según la cual los fondos de

pensiones están obligados al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en el RAIS cuando (i) el empleador omitió el pago de aportes que fundamentan el reconocimiento de la prestación; (ii) la PCL se estructuró con posterioridad a la terminación del vínculo laboral; (iii) la AFP recibió a satisfacción el pago del cálculo actuarial correspondiente al período omitido; y (iv) no se evidencia ningún propósito de fraude al sistema pensional.

5. Caso concreto

5.1. Requisitos formales de procedencia

1. Legitimación por activa. Este presupuesto exige que quien ejerza el amparo constitucional sea el titular de los derechos transgredidos o un tercero que actúe en su nombre, debidamente acreditado para tal fin. En este caso, el accionante es el titular de los derechos que se reclaman, quien acude mediante apoderado judicial139. El poder especial otorgado cumple con las características establecidas por la jurisprudencia constitucional140, de modo que este requisito se acredita.

1. Legitimación por pasiva. Esta exigencia alude a la autoridad o al particular contra quien se dirige la acción de tutela, en tanto se considera que es, efectivamente, el llamado a responder por la vulneración o amenaza de los derechos invocados. La acción de tutela se promovió en contra de Protección, fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el demandante y que le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Asimismo, también se encuentran legitimados por pasiva aquellos que fueron vinculados -la exempleadora y los seguros previsionales-141, comoquiera que podrían tener responsabilidades eventuales en caso de que haya lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. De manera que la Corte encuentra que se cumple este presupuesto.

1. Presupuesto de inmediatez. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la acción de tutela debe presentarse en un tiempo prudente, a partir de las circunstancias específicas que acompañen cada caso142. La acción de tutela se promovió ante la negativa de Protección a reconocer y pagar la pensión de invalidez, esto ocurrió mediante respuestas del 2 y 19 de agosto de 2022143. La solicitud de amparo fue radicada el 9 de septiembre siguiente. Esto quiere decir que pasaron 21 días, lo cual es un lapso que se considera razonable, por lo que se satisface este parámetro.

1. Presupuesto de subsidiariedad. Este requisito demanda que, antes de acudir a la acción de tutela, la persona haya agotado los mecanismos judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico para la resolución de la controversia. Sin embargo, esta regla presenta dos excepciones: i) cuando se pretende el amparo constitucional de forma transitoria, mientras la jurisdicción ordinaria resuelve el asunto, siempre y cuando se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y ii) cuando se acredite que la vía ordinaria para resolver el asunto no resulta idónea o eficaz para la protección de los derechos fundamentales conculcados144.

1. En particular, esta Corporación se ha referido a la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones desplegadas por las administradoras de pensiones. En este tipo de casos, la Corte ha concluido que resulta necesario acreditar: (i) un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado y (ii) la afectación del mínimo vital145.

1. El actor obró con diligencia para reclamar la prestación cuyo reconocimiento pretende. La Sala advierte que el señor Lucas ha realizado los siguientes trámites que se relacionan directa o indirectamente con la pensión de invalidez que pretende: i) suscribió un contrato de transacción con la ex empleadora, en el cual se admitió la existencia de un vínculo laboral; ii)

agotó un proceso ordinario laboral para que aquella fuera condenada al pago de los aportes a la seguridad social o, en subsidio, al pago de la pensión de invalidez; iii) solicitó la calificación de la pérdida de capacidad laboral desde noviembre de 2017; y iv) a partir del pago de los aportes que hizo la señora Rosa, pidió el reconocimiento de la pensión de invalidez al fondo de pensiones accionado y, en ese procedimiento administrativo, presentó recurso de reconsideración. Con fundamento en lo anterior, la Corte estima que el accionante actuó de manera diligente para reclamar la prestación pretendida.

1. Existe una posible afectación del mínimo vital en consideración de las circunstancias particulares del tutelante. La Sala advierte que el demandante

además de su condición de invalidez, hace parte de la población desplazada, por lo cual no cabe duda de su condición de sujeto de especial protección constitucional148. Aunado a lo anterior, esta Corporación observa que, en el curso del proceso laboral ordinario previamente mencionado, al actor se le reconoció un amparo de pobreza. Asimismo, el accionante tiene una condición de salud que le disminuye la capacidad laboral (PCL del 76,75%), consistente en insuficiencia renal crónica con tratamiento dialítico permanente, cardiopatía isquémica y falla cardiaca refractaria. También, fue diagnosticado con una contusión en pie izquierdo y contusión del tórax, de origen laboral, ambas derivadas de un accidente sufrido el 22 de abril de 2014.

1. En ese contexto, la Sala resalta que el asunto se refiere a la presunta vulneración de un derecho del actor, que se relaciona con su mínimo vital y su seguridad social, como fue expuesto en precedencia. Adicionalmente el accionante fue reconocido como víctima de desplazamiento forzado y está inscrito en el RUV149. La intervención de la Corte es necesaria en razón a la condición de salud del accionante, comoquiera que fue diagnosticado con una enfermedad crónica, que implica la necesidad de asistir a un tratamiento dialítico tres veces a la semana por cuatro horas al día. Por lo anterior, esta Corporación deduce que su capacidad de obtener un sustento se encuentra reducida. Así las cosas, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para determinar si debe concederse o negarse el amparo de los derechos fundamentales del actor150.

1. A continuación, la Corte desarrollará el análisis de fondo respecto de la posible vulneración del derecho y, de esta manera, resolverá el problema jurídico planteado.

5.2. El señor Lucas cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993

1. A modo de aclaración preliminar, la Sala descarta la configuración de la "excepción" de cosa juzgada propuesta por la señora Rosa en la respuesta allegada en sede de revisión151. La Corte ha sostenido que existe cosa juzgada cuando "se presentan identidades procesales como objeto, causa petendi e identidad de partes"152. En este caso no opera tal fenómeno comoquiera que no se configura dicha circunstancia153.

1. La Corte ha planteado que existe la posibilidad excepcional de ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez en sede de tutela para garantizar la efectividad de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital154. Así, cuando está demostrado el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada, el juez constitucional tiene la potestad de reconocer la prestación. De no ser así, la Sala tendría el deber de declarar la improcedencia de la solicitud de amparo155.

1. Se puede observar que el accionante acreditó más de cincuenta semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, por lo que se cumple este requisito legal para acceder a la pensión de invalidez. Incluso, el actor superó en más del doble dicha exigencia pues aportó el equivalente a 102.96 semanas y 26 días en el período requerido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, Protección ha negado la prestación pensional, argumentando que las cotizaciones extemporáneas a la fecha de estructuración –28 de mayo de 2016– no pueden ser tenidas en cuenta para el estudio de la

solicitud. De acuerdo con lo demostrado en el proceso laboral ordinario promovido por el accionante contra la exempleadora, el señor Lucas trabajó como dependiente para la señora Rosa en el período comprendido entre el 15 de enero de 2013 y el 19 de mayo de 2016.

1. En efecto, Protección adjuntó la historia laboral del accionante actualizada al 30 de marzo de 2023. Del documento se observa que el actor cuenta con un total de 124.29 semanas cotizadas:

Tabla 3. Historia laboral del señor Lucas

Período de vinculación

Razón social

Días cotizados

Estado

Año 2012

Oct/12

$529,000

Electroconstrucciones S.A.S

28

Aprobado

Nov/12

$567,000

Electroconstrucciones S.A.S

30

Aprobado

Dic/12

$567,000

Electroconstrucciones S.A.S

30

Aprobado

Año 2013

Ene/13

$589,500

Electroconstrucciones S.A.S

30

Aprobado

Feb/13

$589,500

Electroconstrucciones S.A.S

30

Aprobado

Mar/13

$20,000

Electroconstrucciones S.A.S

1

Aprobado

Ene/13

$589,500

30

Aprobado

Feb/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Marz/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Abr/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

May/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Jun/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Jul/13

$589,500

30

Aprobado

Agos/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Sept/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Oct/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Nov/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Dic/13

$589,500

Rosa

30

Aprobado

Año 2014

$616,000

Rosa

30

Aprobado

Abr/14

$616,000

Rosa

30

Aprobado

Abr/14

$493,000

Ingnovarq S.A.S

24

Aprobado

May/14

$616,000

Rosa

30

Aprobado

May/14

$616,000

Ingnovarq S.A.S

30

Aprobado

Jun/14

$616,000

Rosa

30

Aprobado

Jun/14

$616,000

Ingnovarq S.A.S

30

Aprobado

Jul/14

$616,000

Rosa

30

Aprobado

Agos/14

$616,000

Rosa

30

Sept/14

$616,000

Rosa

30

Aprobado

Año 2015

Sept/15

$644,350

Rosa

30

Aprobado

Oct/15

$644,350

Rosa

30

Aprobado

Nov/15

$644,350

Rosa

30

Aprobado

Año 2016

Feb/16

$689,455

Rosa

30

Aprobado

Mar/16

$689,455

Rosa

30

Aprobado

Abr/16

$689,455

Rosa

30

Aprobado

May/16

$689,455

Rosa

Aprobado

Total de días cotizados

1013 días

Total de semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez (aproximadamente)157

102.96 semanas y 26 días 158

1. En consecuencia, el accionante cumple los requisitos legales para acceder a la prestación pretendida, previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993. De una parte, presenta una PCL del 76.75%. De otra, en los tres años anteriores a la estructuración de esa invalidez, aportó un número superior a las cincuenta semanas requeridas como densidad de cotizaciones para financiar la pensión. Por lo tanto, acreditadas estas exigencias, la Sala analizará si la respuesta de Protección implicó una vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

5.2. Protección vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y al mínimo vital al no valorar las semanas cotizadas y pagadas extemporáneamente

1. Con fundamento en lo expuesto en la sección 4.2 de esta providencia, la Sala acogerá las reglas establecidas en la Sentencia SU-226 de 2019159. Lo anterior, por estimar que sus conclusiones son las que atienden plenamente a los mandatos superiores y debido al carácter prevalente del precedente constitucional160. A partir de dichas pautas, en casos como el que se analiza, el fondo de pensiones deberá:

"(i) fijar el monto adeudado, con base en un cálculo actuarial; (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga; y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, siempre incluyendo, dentro del cómputo de las semanas de cotización legalmente exigidas, el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador".

1. Como se advierte a continuación, los dos primeros requisitos fueron satisfechos por Protección. Así, como consecuencia del proceso ordinario laboral promovido por el actor y después del reconocimiento de la relación laboral, la exempleadora solicitó un cálculo actuarial al fondo de pensiones. Dicha entidad realizó la mencionada gestión y, con fundamento en ella, la señora Rosa pagó el valor correspondiente a los aportes a la seguridad social. La Sala advierte que ni la relación laboral, ni sus partes ni su duración son objeto de controversia, comoquiera que se surtió un debate probatorio sobre el punto en el proceso ordinario laboral.

1. Con base en lo anterior, Protección aceptó el cálculo actuarial y consignó estos aportes a la cuenta de ahorro individual del tutelante. En consecuencia, al evidenciar que los períodos pagados por la exempleadora aparecían reflejados en el reporte de su historia laboral (tabla 3), el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, Protección negó la prestación pensional por estimar que los aportes realizados por la

exempleadora del actor fueron posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo que no podían ser tenidos en cuenta para el estudio de la pensión solicitada.

1. La excontratante cumplió con la exigencia que ha impuesto este Tribunal para el empleador que omitió la afiliación de un trabajador, esto es, la obligación de pagar un cálculo actuarial por los períodos omitidos. El 21 de febrero de 2022, Protección informó que, para el cálculo actuarial, se debía aplicar el interés al título pensional conforme al artículo 7 del Decreto 1887 de 1994. En su respuesta, la AFP accionada señaló lo siguiente sobre el cálculo de la reserva actuarial161:

1. El fondo advirtió a la exempleadora que "debe tenerse en cuenta que los recursos correspondientes a este cálculo actuarial, una vez ingresen al Fondo de Pensiones Obligatorias, se tendrán en cuenta como semanas para el análisis derivado de una solicitud de pensión por vejez o una Garantía Mínima, así como para la pensión de invalidez o muerte"162. Este monto fue pagado por la señora Rosa, a satisfacción de la entidad pensional. En tal sentido, las semanas objeto de la controversia fueron aprobadas mediante el pago del cálculo actuarial correspondiente y concernieron a las cotizaciones que habían sido omitidas.

1. No obstante, Protección incumplió el tercer presupuesto identificado por la Sentencia SU-226 de 2019163. Ello, al negar el reconocimiento y pago de la prestación pretendida con fundamento en que el pago del cálculo actuarial, que la propia AFP recibió a satisfacción, no podía aportarse con posterioridad a la estructuración de la PCL. Por lo tanto, la renuencia del fondo para reconocer y pagar la pensión de invalidez impuso una barrera para el goce efectivo de su afiliado, pues ha desconocido las semanas que fueron cotizadas y pagadas efectivamente. En este punto, la Sala estima necesario hacer tres precisiones

fundamentales.

1. En el presente caso, la estructuración de la PCL se dio con posterioridad a la fecha de terminación de la relación laboral. En efecto, de acuerdo con lo demostrado en el proceso laboral ordinario, la relación de trabajo entre el señor Lucas y la señora Rosa tuvo lugar en el período comprendido entre el 15 de enero de 2013 y el 19 de mayo de 2016. Sin embargo, la PCL calificada por el seguro previsional contratado por Protección para ese momento determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 28 de mayo de 2016. En este contexto, para la Sala no resultaría posible aplicar el artículo 2.2.4.1.2. del Decreto 1833 de 2016. Ello, porque esta norma señala:

"Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido".

1. En ese sentido, dado que la relación laboral culminó con anterioridad al momento en que se configuró la invalidez, para la Sala no hay claridad sobre la posibilidad de que el pago de la prestación resulte imputable a la exempleadora164. Con todo, los aportes del mes de mayo de 2016 fueron pagados mediante el cálculo actuarial. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en que las consecuencias negativas de la omisión de afiliación no pueden trasladarse al trabajador, además de la transferencia de riesgos que realizó la exempleadora, materializada en el cálculo actuarial que la AFP no objetó y recibió a satisfacción. Por lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, corresponde al fondo accionado el reconocimiento y pago de la prestación.

1. Es evidente que no hay intención de defraudar al sistema pensional. Como se estableció previamente, la existencia de la relación laboral y su duración fueron demostradas en un proceso judicial. En este sentido, no hay debate sobre la causa de los aportes que fueron

pagados por la señora Rosa. Aquella, de hecho, mantuvo su afirmación de que el vínculo laboral no había existido nunca. Estas circunstancias son suficientes para que la Sala concluya que la relación laboral tuvo lugar con anterioridad a la configuración de la invalidez, por lo que no hay propósito de fraude en el pago de los aportes con posterioridad a dicho suceso.

1. Para la Sala, es indispensable reiterar que casos como el que se estudia no son la regla general dentro del reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, sino que obedecen a situaciones excepcionales. En efecto, el Sistema General de Pensiones tiene como presupuesto que los distintos actores cumplan con sus deberes de afiliación y cotización. No obstante, cuando se presentan anomalías tales como la omisión en el cumplimiento de dichas obligaciones, la jurisprudencia constitucional ha interpretado las normas pensionales con el fin de evitar el menoscabo de los derechos de los afiliados y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad financiera del sistema165 a partir de la adopción de medidas como, por ejemplo, que los empleadores deban pagar los aportes adeudados en función del cálculo actuarial elaborado por la propia administradora de pensiones, con fundamento en las normas reglamentarias respectivas166. Tales soluciones deben procurar siempre que se eviten situaciones de fraude o abuso del derecho.

1. En todo caso, el juez constitucional debe revisar las particularidades de cada situación para determinar si, como sucedió en el presente caso: (i) el empleador omitió el pago de aportes que fundamentan el reconocimiento de la prestación; (ii) la PCL se estructuró con posterioridad a la terminación del vínculo laboral; (iii) la AFP recibió a satisfacción el pago del cálculo actuarial correspondiente al período omitido; y (iv) no se evidencia ningún propósito de fraude al sistema pensional que afecte la sostenibilidad del SGSSP.

1. Finalmente, en concordancia con la Sentencia T-279 de 2019, la Sala advierte que el problema jurídico que estudia en esta oportunidad tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez. En esa

medida, la controversia no gira en torno a la definición de la aseguradora responsable del pago en caso de que se acceda a las pretensiones. Por esa razón, en la parte resolutiva de esta decisión se advertirá a Protección que lo decidido en esta providencia no afecta su derecho a repetir contra las aseguradoras con las que haya celebrado contratos de seguro previsional.

1. Igualmente, en este punto, cabe recordar que si el fondo de pensiones considera que se configuró un daño ocasionado por la señora Rosa o estima que existen montos que aquella le adeude a la entidad accionada, Protección está facultada para iniciar las acciones y/o procesos judiciales que, de conformidad con las normas legales, considere procedentes con el fin de reclamar lo que estime oportuno para resarcir el perjuicio de sus intereses.

1. En conclusión, resultaría abiertamente desproporcionado que el señor Lucas fuera cargado con las consecuencias negativas de las acciones y omisiones de su exempleadora o del fondo de pensiones. La Sala debe, en caso de duda, optar por la interpretación de las normas jurídicas más favorable para el trabajador como una parte débil de la relación tripartita antes referida167. Por lo anterior, es admisible que se aplique la línea jurisprudencial establecida en forma consistente por la Corte Constitucional.

1. De acuerdo con lo anterior, a partir de la postura de la jurisprudencia constitucional frente al pago de los aportes a seguridad social por parte de los empleadores cuando existe omisión en la afiliación y dichas cotizaciones son recibidas por el fondo de pensión correspondiente, la Sala concluye que la entidad accionada vulneró los derechos a la seguridad social, mínimo vital y la vida digna al negarle al actor la pensión de invalidez. Al empleador incumplido le correspondía pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos. El fondo de pensiones debía tenerlos en cuenta y asumir sus obligaciones, pues el empleador trasladó los aportes adeudados fijados por la misma entidad. La Sala precisa que el actor al momento de estructurarse su invalidez no solo estaba afiliado al sistema, sino que además era cotizante, pues no perdió estas condiciones por el hecho del que el empleador no cumpliera con el pago

oportuno de los aportes a la entidad correspondiente168. Además, se satisfizo la densidad de cotizaciones requerida por la ley con el monto cancelado mediante el cálculo actuarial mencionado.

1. Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, la Corte revocará la sentencia del 24 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Armenia. En su lugar, confirmará el numeral primero de la sentencia de primera instancia del 20 de septiembre de 2022 que concedió el amparo de los derechos fundamentales del demandante. De otra parte, confirmará parcialmente el numeral segundo de dicha providencia, en el sentido de ordenar a Protección que, en el término de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca la pensión de invalidez. No obstante, la Sala accederá a la protección como mecanismo definitivo (y no transitorio) por los motivos expuestos en esta providencia.

1. Finalmente, la Sala reconocerá el retroactivo pensional conforme a los lineamientos de la jurisprudencia constitucional. A partir de aquellos, para "la procedencia del reconocimiento de este derecho es necesario que se identifiquen las siguientes dos condiciones: (i) certeza en la configuración del derecho pensional; y, (ii) evidencia sobre la afectación del derecho fundamental"169. En primer lugar, como fue expuesto anteriormente, el accionante cumple con los requisitos para ser titular de la prestación económica (Sección 5.2). En segundo lugar, la Sala demostró la afectación a los derechos fundamentales del accionante derivada de la negativa de acceso a la pensión de invalidez. Esto es evidente dadas las circunstancias concretas –y excepcionales– de vulnerabilidad del señor Lucas, como lo son una PCL del 76,75%, una situación de vulnerabilidad socioeconómica y su condición de víctima de desplazamiento forzado.

1. En consecuencia, además del reconocimiento de la pensión de invalidez, la Sala dispondrá que Protección reconozcan al accionante las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional de las mesadas que no estén prescritas, de acuerdo con lo consagrado en los

artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

6. Síntesis de la decisión

1. A la Sala Novena de Revisión le correspondió estudiar la acción de tutela presentada por el señor Lucas en contra de Protección por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. Esto porque el fondo de pensiones se negó a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez bajo el argumento que los aportes cancelados extemporáneamente no pueden ser tenidos en cuenta para la contabilización de la densidad de semanas exigidas en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

1. Esta Corporación explicó lo relacionado con la pensión de invalidez y su financiación en el RAIS, la falta de afiliación del trabajador al Sistema General de Pensiones, el pago extemporáneo de los aportes en el mencionado régimen, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia respecto de la posibilidad de que los fondos de pensiones asuman prestaciones que cubren dicha contingencia ante la omisión de afiliación del empleador y sus diferencias. La Sala encontró que se cumplieron los presupuestos de procedibilidad para pronunciarse de fondo en el presente asunto.

1. La Sala advirtió que esta Corporación no ha analizado de fondo un caso idéntico al aquí estudiado. Sin embargo, consideró que es necesario aplicar las reglas previstas en la sentencia SU-226 de 2019 porque: i) las diferencias en la regulación legal entre el RMP y el RAIS no pueden implicar una desventaja sustancial para los derechos de sus afiliados y no pueden establecerse distinciones arbitrarias o desproporcionadas entre ambos regímenes; ii) las administradoras de pensiones no pueden imponer requisitos para el reconocimiento de las prestaciones de la seguridad social distintos a aquellos previstos por las normas legales; iii) se debe aplicar el principio de favorabilidad para el trabajador; y, iv) se comprobó que no

existe la intención de defraudar el sistema170.

1. Por lo anterior, la Corte determinó que el fondo accionado vulneró los derechos fundamentales del actor al no valorar las semanas cotizadas y pagadas extemporáneamente. Este Tribunal ha determinado que la omisión de afiliación al Sistema General de Pensiones genera una responsabilidad en el empleador incumplido. En este sentido, debe prevalecer la interpretación del precedente constitucional, ratificada por la Sala Plena de esta Corporación, según la cual los fondos de pensiones están obligados al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en el RAIS cuando (i) el empleador omitió el pago de aportes que fundamentan el reconocimiento de la prestación; (ii) la PCL se estructuró con posterioridad a la terminación del vínculo laboral; (iii) la AFP recibió a satisfacción el pago del cálculo actuarial correspondiente al período omitido; y (iv) no se evidencia ningún propósito de fraude al sistema pensional.

1. Una vez aplicada la postura de la Corte, se verificaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. La Sala constató que el accionante tiene una PCL del 76,75% con fecha de estructuración el 28 de mayo de 2016 –fecha comprendida dentro de los aportes que realizó la exempleadora aun cuando la relación laboral no estaba vigente para ese momento–. Asimismo, el accionante cuenta con al menos 102 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Por lo tanto, tiene derecho a la prestación pensional.

1. En consecuencia, la Sala Novena de Revisión revocará la sentencia del 24 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Armenia, la cual declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia que concedió el amparo de los derechos fundamentales del demandante y ordenó a Protección el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. No obstante, ajustó dicha orden para reconocer que el amparo se garantiza como mecanismo definitivo de protección de los derechos del accionante y el correspondiente retroactivo pensional.

III. DECISIÓN

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Armenia, que declaró improcedente la solicitud de amparo de la referencia. En su lugar, CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia del 20 de septiembre de 2022, en el cual el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Armenia concedió el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y al mínimo vital y móvil del accionante. No obstante, la protección se otorgará como mecanismo definitivo por los motivos expuestos en esta providencia.

Segundo. CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Protección que, en el término de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca la pensión de invalidez, junto con las sumas adeudadas por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo al ciudadano Lucas. No obstante, la protección se otorgará como mecanismo definitivo por los motivos expuestos en esta providencia.

Tercero. ORDENAR a Protección S.A. que, dentro del mes siguiente a la notificación de la presente providencia, incluya al accionante en la nómina de pensionados para que la primera

mesada pensional sea pagada, a más tardar, dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia.

Cuarto. ADVERTIR a Protección S.A. que lo decidido en esta providencia no afecta su derecho a repetir contra las aseguradoras con las que haya celebrado contratos de seguro previsional.

Quinto. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En concreto, abordará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en ese régimen cuando (i) el empleador omitió el pago de aportes que fundamentan el reconocimiento de la prestación; (ii) la PCL se estructuró con posterioridad a la terminación del vínculo laboral; y (iii) la AFP recibió a satisfacción el pago del cálculo actuarial.

2 La Corte Constitucional ha establecido lineamientos operativos para la protección de datos personales en las providencias publicadas en su página web. Por esta razón y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 1712 de 2014, 1581 de 2012 y 1437 de 2011, el Acuerdo 02 de 2015 y la Circular Interna No. 10 de 2022, esta providencia se registrará en dos archivos: uno con el nombre real, que la Secretaría General remitirá a las partes y autoridades públicas involucradas. Otro con los nombres ficticios de los involucrados, que seguirá el canal previsto por esta Corporación para la difusión de información pública. En esa última versión, el

accionante y su exempleadora -vinculada- serán identificados como Lucas y Rosa, respectivamente.

3 Archivo digital tutela 10_63001410500120220033700-(2023-01-17 16-18-23) -1673990303-7.pdf.

4 Nació el 8 de noviembre de 1966. Archivo digital 12_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-9.pdf. Pág. 5.

5 Obra en el expediente que la solicitud fue formulada el 9 de noviembre de 2017. Ibid. Pág. 9.

6 Con ocasión de esta patología, requiere tratamiento dialítico permanente tres veces a la semana por cuatro horas al día.

7 Ibid. Págs. 21-23. De igual forma, a partir de los documentos aportados por el fondo accionado, se advierte que el actor fue diagnosticado con una contusión en su pie izquierdo y una contusión del tórax, de origen laboral ambas, derivadas de un accidente sucedido el 22 de abril de 2014, cuando aquel trabajaba en una construcción.

8 La evaluación fue realizada por Suramericana de Seguros de Vida S.A.

9 En el expediente no se encuentra el dictamen de PCL. No obstante, el accionante aportó copia de una comunicación procedente del fondo de pensiones fechada el 21 de diciembre de 2017. En ella, Protección le notifica al actor los resultados de la valoración. Ibid. Págs. 9-10.

10 No se precisó el fin de la relación laboral. Archivo digital 10_63001410500120220033700-(2023-01-17 16-18-23) -1673990303-7.pdf. Pág. 2.

11 Ibid.

12 Radicado: 631303112001201800 1XXXX.

13 En la respuesta del Juzgado Primero Civil Laboral del Circuito de Calarcá a las pruebas solicitadas en sede de revisión se observa que, en primera instancia, se llevaron a cabo dos audiencias que tuvieron lugar, respectivamente, el 25 de julio de 2019 (Archivo digital LABORAL2018-00XXXAUDCONCILIACION) y el 24 de octubre de 2019 (Archivo digital

LABORAL 2018-00XXXJUZGAMIENTO parte 1 y parte 2). Se reconoció la sustitución de apoderado de la parte accionante bajo la figura de amparo de pobreza. Luego de escuchar los testimonios respectivos, el juzgado consideró que le asistía razón al actor. Para fundamentar esa decisión, tuvo en cuenta el contrato de transacción firmado por las partes y las pruebas decretadas (testigos e interrogatorio de parte). Consideró que estos medios probatorios acreditaban la existencia de una relación laboral. (archivo digital 001CuadernoPrincipal.pdf.). No existió ningún pronunciamiento por parte de los jueces de conocimiento sobre la pretensión subsidiaria, la cual se refería a condenar a la empleadora al pago de la pensión de invalidez.

14 En la sentencia de segunda instancia del proceso laboral ordinario, el Tribunal Superior de Armenia consideró demostrada la existencia de un contrato de trabajo verbal entre las partes. El objeto de esta relación laboral consistía en que el actor se desempeñaba como vigilante de un parqueadero. En la providencia, la corporación judicial mencionada concluyó que el accionante ejecutó "actividades que desarrolló bajo su subordinación y sin haberlo afiliado al Sistema General de Seguridad Social Integral". De acuerdo con la decisión, el pago al trabajador era de $3'600.000 mensuales, que se cancelaban en cuotas diarias de $120.000.

15 Archivo digital 17_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-14.pdf.

16 Archivo digital 22 38_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25)-1674057865-35.Pdf.

17 Historia laboral del 19 de septiembre de 2022. Archivo digital 30_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-27.pdf.

18 Archivos digitales 20_63001410500120220033700-(2023-01-1811-04-25)-1674057865-17.pdf y 12_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-9.pdf. Pág. 13.

19 Citó el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999.

20 Archivo digital 12_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25)

-1674057865-9.pdf. Pág. 17.

21 Archivo digital 19-8-22 21_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-18.pdf.

22 Archivo digital 12_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-9.pdf. Págs. 24-25.

23 Archivo digital 10_63001410500120220033700-(2023-01-17 16-18-23) -1673990303-7.pdf.

24 Archivos digitales 14_63001410500120220033700-(2023-01-1811-04-25) -1674057865-11.pdf y 24_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25)-1674057865-21.pdf.

25 En la misma providencia, requirió a Protección para que remitiera la historia laboral del afiliado

27 Artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de Ley 860 de 2003.

28 Archivo digital 19_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-16.pdf.

29 El texto original se encuentra en mayúscula sostenida. Ibid.

30 Archivo digital 37_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-34.pdf.

31 Archivo digital 9_63001410500120220033700-(2022-12-12 08-02-40) -1670850160-6.pdf.

32 El juez de tutela de primera instancia citó la Sentencia T-064 de 2018.

33 Archivo digital 46_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-09-09) -1674058149-43.pdf.

34 Archivo digital 48_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-09-09)

-1674058149-45.pdf.

35 Archivo digital 5_63001410500120220033700-(2022-11-22 11-27-06) -1669134426-2.pdf.

36 El juez de tutela de segunda instancia precisó que la jurisprudencia constitucional ha establecido requisitos para la procedencia excepcional de este mecanismo constitucional cuando se reclaman prestaciones de la seguridad social. En estas exigencias, se evalúa la afectación al mínimo vital, la diligencia del accionante, las razones por las que el medio de defensa ordinario es ineficaz y la acreditación (por lo menos sumaria) del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

37 En concreto, el juez afirmó que: “no resulta clara la posibilidad de aplicar la configuración de allanamiento a la mora en relación a los aportes al sistema de pensiones, porque de la historia laboral aportada por la parte activa y pasiva no se observa ningún reporte de novedad de ingreso o contrato laboral realizado por la ex empleadora en favor del accionante informado al fondo accionado, para determinar la responsabilidad del fondo en adelantar las acciones de cobro respectivas, o si por el contrario para el evento, la administradora de pensiones desconocía la vinculación laboral con la nombrada señora y se trató de una omisión en el reporte endilgable al empleador”.

38 En Auto del 30 de enero de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de este Tribunal escogió el expediente T-9.163.246 para su revisión. El asunto fue repartido a la Sala Novena de Revisión.

39 Notificado mediante Oficio OPTC-116/23 del 21 de marzo de 2023. El 17 de abril de 2023 se cumplió el término probatorio.

40 Ver archivo digital 05AUTO T-9.163.246 Pruebas y vinculación Mar 16-23.pdf.

41 A partir de la información que obra en el expediente, se advirtió que presuntamente no se reportó el inicio de la relación laboral entre el accionante y la señora Rosa.

42 Notificado mediante Oficio OPTC-159/23 del 19 de abril de 2023. El 4 de mayo de 2023 se venció el término probatorio.

43 Mediante informe del 4 de mayo de 2023, la Secretaria General comunicó que no se recibió respuesta del accionante.

44 El magistrado sustanciador constató que, al momento de la calificación de la PCL del accionante, la póliza del seguro previsional se había contratado con Suramericana de Seguros de Vida SA. No obstante, para el presente año, Protección contrató a Asulado Seguros de Vida SA. Teniendo en cuenta que el seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS, por mandato de la ley, deberá ser colectivo, se vinculó a ambas entidades dadas las eventuales responsabilidades que podrían corresponderles.

45 Mediante correo electrónico del 22 de marzo de 2023.

46 A través de correo electrónico del 23 de marzo de 2023.

47 La exempleadora anexó un formulario de autoliquidación de aportes y una respuesta de Protección del 21 de febrero de 2022, referente al pago del cálculo actuarial. Archivo digital Contesta tutela Lucas-Vs-ProtecciónS.A.pdf.

48 En documento allegado el 29 de marzo de 2023.

49 Archivo digital PronunciamientodeconformidadconoficioN.OPT-124-23-ExpedienteT-9.163.246 Lucas-Vs-Protección S.A.Pdf.

50 Adoptada el 24 de octubre de 2019.

51 Archivo digital t-Lucas-1oficioCorte.Pdf.

52 Protección resaltó que si bien es cierto, a las entidades Administradoras de Fondos de Pensiones, se les delegó la tarea de realizar los cobros a los aportantes morosos, también es cierto que este deber de cobro sólo es posible cuando se tiene conocimiento del vínculo laboral, y el empleador cumplió con el deber de reportar la novedad de ingreso de sus trabajadores, lo cual no se presentó en el presente caso.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Frente a esto, el fondo de pensiones accionado aseveró que esto es así porque cuando la fecha en que se originó el siniestro la persona no estaba cobijada por el seguro previsional contratado por el fondo y no se tenía la posibilidad de amparar los riesgos que podría generar su afiliado.

56 Mediante correo electrónico del 26 de abril de 2023. Archivo digital Respuesta-Lucas.pdf. Anexó documentos de la entidad; certificado de existencia, entre otros.

57 Archivo digital 12_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-9.Pdf. Págs. 1-2.

58 Archivo digital Historias_Clinicas_00000002 del 22 de enero de 2015.

60 Archivos digitales Declaracion_Juramentada_Dev_de_Saldos_00000017 y Declaracion_Juramentada_Dev_de_Saldos_00000044.

61 Ibid. Pág. 24.

62 Archivo digital 38_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25)-1674057865-35. Pdf. Solicitud fechada el 1° de febrero de 2022.

63 Archivo digital historialaboralcc18390525.Pdf.

64 Las consideraciones de este acápite se retoman parcialmente de la Sentencia T-364 de 2022.

65 Sentencia T-049 de 2002.

66 Sentencia T-424 de 2007 y T-128 de 2015.

67La Corte ha señalado que esta prestación es “una compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad”. Sentencias, entre otras, T-775 de 2000, T-424 de 2007, T-936 de 2014, T-128 de 2015, T-694 de 2017, T-144 de 2020, T-293 de 2021 y T-364 de 2022.

68 El artículo 39 fue modificado por la Ley 860 de 2003.

69 En esa cuenta individual se encuentran (i) las cotizaciones obligatorias que deban hacerse al Sistema General de Pensiones –que de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en la actualidad ascienden al 16% del salario percibido por el trabajador–, (ii) las cotizaciones voluntarias que a bien pretenda hacer el asegurado con el objeto de que el monto de su ahorro crezca y redunde en una pensión más pronta o de mayor cuantía, y, (iii) un bono pensional tipo A: solo si previamente existió un traslado del RPM al RAIS, donde el valor de las cotizaciones hechas en favor del primero pasarán al segundo bajo ese mecanismo. Sentencia SU-313 de 2020.

70 En el RPM y en el RAIS la pensión de invalidez se financia de forma distinta. Solo las AFP del segundo contratan con una aseguradora el cubrimiento de la eventual suma adicional que haga falta para cubrir la prestación. El valor de la prima, en ese contrato de seguro, es pagado con una proporción de las cotizaciones obligatorias que en el Sistema de Seguridad Social deben hacer sus afiliados. La aseguradora, por su parte, solo responde por esa suma adicional si el siniestro ocurre en vigencia del contrato que suscribe con el fondo (SU-313 de 2020).

71 La prima del Seguro Previsional es un porcentaje del salario sobre el cual se cotiza (Ingreso Base de Cotización o IBC). Este monto es pagado directamente por la AFP a la aseguradora de manera mensual y se descuenta de la cotización realizada por los afiliados. https://vivasegurofasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2018/12/seguro_previsional.pdf. Por ejemplo, para el 2023 en Protección se destinará el 2,53% del Ingreso Base de Cotización (IBC) cada mes para la pensión de los afiliados a los Fondos de Pensiones Obligatorias administrados y el 0.47% se destinará al pago de la comisión de administración. https://www.proteccion.com/contenidos/persona/pension/seguro-previsional. La aseguradora responde por la suma agregada si el siniestro ocurre en vigencia del contrato que suscribe con el fondo (artículo 70 de la Ley 100 de 1993).

72 Sentencia SU-313 de 2020.

73 Sentencia SU-226 de 2019.

74 Ibid.

75 Artículos 57, 127, 134, 338 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros. Igualmente, son

relevantes los artículos 13.a, 15.1, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993.

76 Sentencias T-079 de 2016. El recuento expuesto en este fundamento jurídico no pretende ser exhaustivo sino enunciativo.

77 Artículo 15 de la Ley 100 de 1993 dispuso que “todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo” serán afiliados al Sistema General de Pensiones “en forma obligatoria”.

78 En materia de pensiones, el sistema protege al trabajador frente a los riesgos de vejez, invalidez y muerte mediante una prestación económica que se entrega al beneficiario conforme al cumplimiento de unos requisitos legales. Sentencia T-331 de 2018.

79 Artículo 17 de la Ley 100 de 1993. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

80 Ibid.

81 Sentencias T-596 de 2014 y SU-226 de 2019. Asimismo, en el Concepto 51588 de 2012, Colpensiones indicó que “debe tenerse en cuenta que la afiliación al sistema no se ‘reactiva’ con las diferentes novedades reportadas al sistema en la vida laboral del afiliado, pues la afiliación al sistema es una sola y de carácter vitalicio”. Disponible en:

https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/concepto_colpensiones_1151588_2012.pdf

82 Sentencia SU-226 de 2019.

83 La Corte Suprema de Justicia aseveró que “la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones” (sentencia CSJ SL del 1º de febrero de 2011, rad. 38766).

84 Sentencia SU-226 de 2019.

85 Sentencias, entre otras, T-786 de 2010, T-596 de 2014, T-300 de 2014, T-331 de 2018, T-064 de 2018, T-505 de 2019, SU-226 de 2019, T-444 de 2020, T-251 de 2022.

86 Sentencia T-505 de 2019.

87 Sentencia T-331 de 2018.

88 La inclusión de los tiempos en mora se deriva de la responsabilidad de las administradoras relacionada con la obligación de custodiar la historia laboral de los trabajadores, de modo que garanticen que la información que dicho documento contenga sea veraz, precisa, cierta, actualizada y completa. Un informe incompleto o con inconsistencias puede derivar en la negativa de reconocimientos prestacionales con repercusiones en los derechos fundamentales de los trabajadores. En consecuencia, no pueden suprimirse los tiempos laborados por el trabajador, aunque sobre estos recaiga mora patronal (Sentencia T-065 de 2020).

89 En el proceso de cobro, las administradoras pensionales cuentan con las herramientas previstas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 2633 de 1994 para hacer efectivo el pago del aporte al SGSSP en favor del trabajador, y evitar -de un lado- que éste tenga que soportar la omisión patronal, y del otro, que se afecte el sistema por la falta de pago. Así las cosas, al trabajador no le corresponde asumir las consecuencias de la falta de cobro de los aportes adeudados por parte del fondo pensional. Con relación a la responsabilidad que asume la administradora cuando omite cobrar los aportes adeudados, esta Corte ha indicado que fruto de su pasividad se allanó a la mora. El allanamiento a la mora se presenta cuando la administradora pensional omite realizar el cobro de los aportes en mora por parte del empleador a pesar de contar con los mecanismos legales para ello. Y, su consecuencia, es la obligación de incluir los tiempos en mora y asumir las cargas financieras y prestaciones que se generen en favor del trabajador afiliado (Sentencia T-079 de 2016).

90 Sentencia T-251 de 2022.

91 Ibid.

92 Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, SL046 del 20 de enero de 2020, SL931 del 7 de marzo de 2022, SL157 del 8 de febrero de 2023.

93 Sentencias, entre otras, T-482 de 2012, T-079 de 2016, T-013 de 2020, SU-405 de 2021.

94 Sentencia SU-226 de 2019.

95 Sentencia SU-226 de 2019.

97 Artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, dispone que: "[l]a afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones". Entonces, el concepto de "trabajadores no afiliados" integra también a los "afiliados inactivos" y éstos, a su vez, pueden corresponder a personas que no han vuelto a tener un vínculo de trabajo (dependiente o independiente) o a aquellas cuya novedad laboral no ha sido reportada ante el Sistema.

98 Esto teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó la omisión del empleador. Sentencia SU-226 de 2019.

99 Este Tribunal estudió una acción de tutela interpuesta por una persona en contra del fondo de pensiones al que se encontraba afiliada en el RAIS. El actor consideró que se vulneraron sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud. Lo anterior, porque la AFP negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no había cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la PCL. Para el momento de la solicitud, el accionante tenía 49.40 semanas de cotización, pero manifestó que debía tenerse en cuenta el periodo desde el 1 de septiembre de 2005 y hasta marzo de 2008. Durante este lapso, presuntamente, no se realizaron aportes al sistema porque no se reportó la relación laboral entre el accionante y su ex empleador sino hasta el año 2007.

100 Sentencia T-273 de 2010. En esa oportunidad, la Corte afirmó que "no hay una norma expresa que radique en el empleador el deber de correr con todos los gastos que requiera la

prestación pensional por no haber afiliado debidamente, y cotizado con la oportunidad exigida por la Ley".

101 Ibid.

102 Ibid.

103 La Corte estudió la acción de tutela presentada por una persona que estimó vulnerados sus derechos fundamentales por la negativa del fondo de pensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez porque, presuntamente, no había cumplido la densidad de semanas para ello. El afiliado se encontraba dentro del Régimen de Prima Media (RPM). La Sala encontró que un empleador omitió su deber de reportar la novedad de ingreso del trabajador y, por consiguiente, de efectuar las correspondientes cotizaciones. Con la valoración de las pruebas, la Corte ordenó que se debía tener en cuenta el tiempo laborado por el afiliado al servicio del citado empleador incumplido, como lo permite el referido literal d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para el cómputo de los requisitos de la prestación (no se tenía conocimiento del número exacto de semanas).

104 Sentencia T-596 de 2014. Incluso, en el caso de trabajadores independientes que omiten reportar su afiliación, la Corte Constitucional ha considerado viable que los trabajadores independientes salden su deuda pensional, "mediante el pago de la suma que resulte de liquidar el valor de las cotizaciones dejadas de cancelar –incluido el cálculo actuarial– más los intereses moratorios" (Sentencia T-501 de 2018).

105 Esta Corporación acumuló dos expedientes de solicitudes de amparo que pretendían el reconocimiento de una prestación, uno de ellos no superó el estudio de procedencia. Sobre el expediente estudiado, se encontró que la situación pensional del tutelante se había visto afectada por incumplimientos de su ex empleador (entidad pública) en sus deberes de afiliación y el pago de aportes al sistema. La Sala constató que le asistía el derecho a la pensión, previo verificar el cumplimiento de los requisitos. Resolvió condenar al empleador al pago de una pensión sanción, no obstante precisó que si el patrón no "quería asumir directamente el pago de la pensión que le corresponde, tal y como fue expuesto en las consideraciones de la presente providencia podrá optar por pagarle al fondo (RPM) una suma proporcional a los aportes que debió haber hecho durante muchos años a favor del accionante que nunca afilió al Sistema General de Seguridad Social, para que sea esta última

entidad quien con posterioridad a la recepción del monto resultante del cálculo actuarial quien pague mes a mes directamente al ex trabajador la pensión que se está reconociendo”.

106 El resaltado es de la Sala.

107 Esto ha sido reiterado en sentencias, entre otras, T-697 de 2017, T-064 de 2018, T-114 de 2020.

108 En esta ocasión, la Corte abordó el análisis de una acción de tutela interpuesta por una persona que consideró sus derechos fundamentales vulnerados porque su fondo de pensiones (RPM) se negaba a reconocer y pagar la pensión de invalidez por incumplimiento de la densidad de semanas exigida. La Sala verificó que el fondo había aplicado un cálculo actuarial a periodos faltantes porque no se reportó la novedad laboral ni se hicieron los aportes a pensión. Asimismo, constató que el accionante tenía 55.14 semanas dentro de los 3 años anteriores de la fecha de estructuración. Por lo tanto, la Corte ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez porque se acreditó una PCL mayor al 50% y más de 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la pérdida de capacidad laboral.

109 En esta oportunidad, este Tribunal estudió la solicitud de amparo de una persona que reclamaba el reconocimiento de las semanas dejadas de cotizar por su empleador y que aquellos fueran tenidos en cuenta por su fondo (RPM) para el estudio de requisitos de la pensión de vejez. La Sala verificó el vínculo laboral y afirmó que debió realizarse la afiliación y pago de la seguridad social, de manera que, deberán tenerse en cuenta al momento de resolver la petición pensional. En consecuencia, se concedió el amparo de los derechos invocados.

110 Con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003 parágrafo 1 literal d), dispone que para el cómputo de semanas se tendrá en cuenta “el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”.

111 La Corte estudió una acción de tutela en contra de una providencia judicial que negó el reconocimiento de una pensión de invalidez. La autoridad judicial accionada consideró que

una transacción entre el accionante y su ex empleador, así como el compromiso de este último de corregir su omisión de afiliación y el pago de aportes no podía ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Este Tribunal concluyó que el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador y que una vez establecido que ha habido una omisión del deber de afiliación ante el Sistema, y el empleador canceló un cálculo actuarial fijado por el fondo, superados los demás requisitos legales, el fondo tiene que asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión.

112 La Sala Plena resaltó que esos incumplimientos desestructuran indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante.

113 Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

114 Entre las que se deberán tener en cuenta, "(…) el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador". En este caso, dicho cómputo será procedente, siempre que el empleador "[traslade], con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora".

115 A pesar de que esta regla se deriva directamente de una norma que dispone los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la Corte ha señalado que es aplicable indistintamente a las prestaciones de invalidez y muerte, pues asumir que ello solo es permisible frente a la primera tipología de contingencias, "sería propio de un tratamiento diferencial" que resultaría "constitucionalmente errado".

116 La Corte estudió una acción de tutela presentada por una persona en contra de su fondo de pensiones (RPM) porque consideró que sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social, a la vida digna, a los derechos adquiridos, al mínimo vital y el respeto al principio de favorabilidad estaban siendo vulnerados. Esto porque dicho fondo negó el reconocimiento y pago de una sustitución de una pensión de vejez con fundamento en que no cumplió con el número de semanas exigidas para acceder a dicha

prestación. La accionante sostuvo que la AFP debía contabilizar las semanas que cotizó extemporáneamente un empleador que no cumplió su deber de afiliar al causante ni efectuó las cotizaciones correspondientes. La Corte constató el incumplimiento del patrón y le ordenó enviar al fondo de pensiones el cálculo actuarial respectivo y, por consiguiente, decretó el reconocimiento y pago de la prestación pensional por parte de la AFP.

117 La Corte estudió la acción de tutela de una persona en contra de su fondo de pensiones (RAIS) porque consideró vulnerados sus derechos fundamentales. Esto porque la AFP negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, la Corte no encontró que no se podía acreditar, al menos sumariamente, el requisito legal de semanas de cotización exigida para la pensión. Ello porque no tenía elementos sobre la existencia de un vínculo laboral, por lo que no se pudo determinar quién tenía responsabilidad o si había lugar al derecho reclamado. Por lo tanto, no se cumplió el requisito de subsidiariedad y se declaró improcedente el amparo. La Sala advierte que si bien se declaró la improcedencia del amparo en este caso, las consideraciones de la Corte son importantes para la resolución del presente asunto.

118 Reiteró que la omisión en el deber de afiliación al Sistema General de Pensiones conlleva a que quien haya incumplido dicha obligación deba responder de forma directa por las prestaciones sociales, excepto en el evento en el que se haya acudido al fondo, afiliado al trabajador (o reportada la novedad) y validadas las semanas dejadas de cotizar mediante el trasladado a la entidad administradora del monto que resulte del cálculo actuarial correspondiente.

119 Esto ha sido reiterado en otras sentencias como CSJ SL6035 del 4 de marzo de 2015 (rad 49194), sentencia del 4 de junio de 2012 (rad 46106).

120 La Sala precisa que estas consideraciones la CSJ lo aplica exclusivamente para la pensión de vejez, pero como lo ha determinado esta corte “el tiempo de servicio de los trabajadores respecto de quienes han existido omisiones que no le son oponibles debe ser incluido dentro del cómputo de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, indistintamente de si se trata de prestaciones de vejez o invalidez. Asumir que ello sólo ocurre frente a la primera de estas contingencias sería propio de un tratamiento diferencial que hoy, por las razones expuestas, resultaría constitucionalmente errado”

(SU-226 de 2019).

121 Sentencia CSJ SL046 del 20 de enero de 2020. Resaltado propio.

122 Sentencias, por ejemplo, SL341 del 15 de mayo de 2013, SL18222 del 1 de noviembre de 2017, SL1478 del 9 de mayo de 2018, SL2071 del 5 de junio de 2019, SL634 del 9 de marzo de 2022, SL3619 del 27 de septiembre de 2022, SL157 de 8 de febrero de 2023.

123 Sentencias T-645 de 2013, T-596 de 2014, T-697 de 2017, T-064 de 2018, T-234 de 2018, SU-226 de 2019, T-251 de 2022, entre otras.

124 “La convalidación de los tiempos dejados de cotizar por falta de afiliación al sistema pensional, mediante título pensional o cálculo actuarial, aplica exclusivamente para las pensiones de jubilación y vejez”. Sentencia SL634-2022.

125 Sentencia C-613 de 2013.

126 “Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no” Sentencia C-134 de 1993.

127 Sentencias C-613 de 2013 y C-623 de 2004.

128 En similar sentido, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que la seguridad social es un derecho de “toda persona”.

129 En materia de seguridad social, la alusión constitucional al principio de solidaridad es directa y explícita en el artículo 48 de la C.P. solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. Sentencia T-005 de 1995.

130 La eficiencia es la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente (Sentencia C-760 de 2004).

131 Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias. Esta definición, que proviene de la Ley 100 de 1993, ha sido retomada por la Corte Constitucional (Sentencias C-655 de 2003, C-107 de 2002 y C-408 de 1994).

132 La unidad es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social. Sentencia C-760 de 2004.

133 "En materia de seguridad social, la Corte ha venido señalando que su prestación se lleva a cabo a través de las reglas de un mercado sujeto a la libre competencia, por virtud del cual sus distintos prestadores, se encuentran en un plano de igualdad de condiciones (es decir, tanto aquellos que administran los recursos del fondo común a través del régimen solidario de prima media con prestación definida, como aquellos otros que administran los fondos de pensiones del sistema de ahorro individual con solidaridad)" Sentencia C-623 de 2004.

134 Para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. Sentencia T-234 de 2018.

135 Así, por ejemplo, en la Sentencia C-758 de 2014, la Corte Concluyó que una interpretación que restrinja la posibilidad de acceder a la pensión especial de vejez únicamente a los progenitores de hijos en situación de discapacidad que coticen al RPM es contraria a la Constitución. Destacó que lo importante es la protección de "los padres cuyos hijos se encuentren en una circunstancia de invalidez, sin que tenga que ser un requisito relevante para el acceso al régimen de pensiones al cual cotizan. Esto se deriva principalmente, del hecho que más allá del beneficio que se genera para los padres, la medida busca proteger al hijo con discapacidad, siendo este el elemento común para quienes están afiliados en el régimen de prima media o en el régimen de ahorro individual".

136 Esta Corte en la Sentencia T-144 de 2020 afirmó que "los fondos de pensiones vulneran

el derecho al debido proceso administrativo y a la seguridad social del solicitante cuando condicionan el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez al cumplimiento de requisitos formales no previstos en la ley. Esto porque tal barrera obstaculiza el ejercicio de otros derechos, como a la seguridad social, la vida y al mínimo vital".

137 Esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados desde un punto de vista constitucional. Así, se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener las personas naturales cuando fungen como empleadores (cfr. SL14388 del 20 de octubre de 2015). Además, se asegura la sostenibilidad del sistema pensional porque (i) la entidad cobra los aportes correspondientes mediante el cálculo actuarial respectivo y (ii) se cuenta con los recursos de la cuenta de ahorro individual para financiar la prestación.

138 Por ejemplo, Sentencia SU-588 de 2016.

139 Archivo digital 11_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-00)-1674057840-8. Pdf.

140 SU-388 de 2022: La presentación de tutela por medio de representante implica que; i) es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; iii) debe ser un poder especial; iv) el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; v) el destinatario del acto de apoderamiento solo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.

141 Por un lado, se constató que no se reportó el inicio de la relación laboral entre el accionante y la señora Rosa. Por otro, se observó que al momento de la calificación de la PCL del accionante la póliza era con Suramericana de Seguros de Vida SA, pero para este año Protección contrató a Asulado Seguros de Vida SA y teniendo en cuenta que el seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS, por mandato de la ley, deberá ser colectivo se vinculó a ambos. Todo esto dadas las eventuales responsabilidades que podrían corresponderles.

142 Sentencia T-249 de 2021.

143 Archivos digitales 20_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-17.pdf y 12_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25) -1674057865-9.pdf. Pág. 13.

144 Sentencia T-092 de 2023.

145 Sentencias T-019 de 2023, T-046 de 2019, T-608 de 2016, T-326 de 2015 y T-142 de 2013, entre otras.

146 Sentencia T-250 de 2022.

147 La idoneidad del medio no es una valoración solamente objetiva que analice el instrumento en abstracto, sino también subjetiva, en la que se debe establecer si el medio ordinario en realidad es idóneo para la protección y el restablecimiento de los derechos fundamentales teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Véanse, entre otras, las Sentencias T-095 de 2022 y T-019 de 2023.

148 La Sentencia SU-263 de 2015 explicó que la acción de tutela es procedente cuando:"(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; (iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela"

150 Sentencias T-199 de 2016, T-694 de 2017, T-222 de 2018, T-582 de 2019, T-107 de 2020, T-066 de 2020, T-402 de 2022, T-077 de 2022, T-364 de 2022 y T-019 de 2023.

151 Esto en cuanto hay una sentencia condenatoria en su contra, la cual ya fue cumplida.

152 Sentencia 027 de 2021.

153 i) no hay similitud entre el proceso ordinario laboral y esta acción de tutela, pues en el primero se discutió la existencia de una relación laboral y el pago de aportes al sistema, mientras que, en esta oportunidad se debate sobre la presunta vulneración a los derechos fundamentales del actor, derivada de la negativa de Protección que, entre otras cosas, es posterior a dicho trámite. Además, para ese momento no se habían pagado los aportes con el cálculo actuarial respectivo; ii) las partes no son iguales, en la instancia ordinaria la demandada fue la señora Rosa y en esta ocasión la parte accionada es Protección, fondo de pensiones al cual está afiliado el actor; y, iii) la pretensión versa sobre el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y se encuentra dirigida a la AFP. En el proceso ordinario laboral, la demandada era la señora Rosa y la pretensión principal era el pago de los aportes a la seguridad social, sobre la pretensión subsidiaria no existió pronunciamiento por parte del juez ordinario.

154 Sentencia T-251 de 2022.

155 Ibid.

156 Ingreso base de cotización.

157 Las semanas en cada mes equivalen a 4.29.

158 Este es el resultado de multiplicar 24 meses por 4.29.

159 Igualmente, la Sala resalta que la Sentencia T-273 de 2010 es un antecedente relevante para el caso concreto en la medida en que concluyó que corresponde a los fondos de pensiones en el RAIS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuando los aportes no se hayan realizado por el incumplimiento del empleador en su deber de reportar la novedad de ingreso. No obstante, la Sala enfatiza que dicho deber de las administradoras de pensiones solo es exigible una vez que haya asumido las responsabilidades económicas de su cargo.

160 Sentencias T-109 de 2019, SU-355 de 2020 y T-095 de 2022.

161 Archivo digital 38_63001410500120220033700-(2023-01-18 11-04-25)-1674057865-35.pdf.

162 Ibid. El resaltado es de la Sala.

163 “Superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, siempre incluyendo, dentro del cómputo de las semanas de cotización legalmente exigidas, el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleado”.

164 Sin embargo, la Sala pone de presente que en la Sentencia SL4318 de 2020, la CSJ optó por una solución distinta. En esa oportunidad, asignó el pago de la pensión de invalidez a la empleadora, pese a que la estructuración no tuvo lugar durante el vínculo laboral. Para la Sala, esa solución no se adecúa a lo previsto en el artículo 2.2.4.1.2. del Decreto 1833 de 2016 y, en esa oportunidad, no se había pagado el cálculo actuarial a satisfacción del fondo de pensiones.

165 Artículo 48 superior.

166 Decreto 1833 de 2016.

167 Esto en virtud del principio de favorabilidad consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Sentencias T-559 de 2011 y T-290 de 2015.

168 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación SL44242-2017.

169 Sentencia T-392 de 2020.

170 La Sala precisó que casos como el que se estudia en esta oportunidad no son la regla general, sino excepcionales, en los cuales se deben valorar todos los elementos para verificar que la regla anterior es procedente.