

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-551/23

DERECHO A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ-No puede afectarse por mora patronal en aportes a seguridad social/DERECHO A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ-Allanamiento a la mora

(...) el fondo de pensiones trasladó al accionante las consecuencias negativas del incumplimiento del (la empresa empleadora) de pagar los aportes, así como su propia negligencia de cobrarlos oportunamente. (...), como el fondo de pensiones incumplió la obligación del artículo 24 de la Ley 100 de 1993... se allanó a la mora del empleador.

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Inexistencia para el caso

ALLANAMIENTO A LA MORA EN EL PAGO EXTEMPORANEO DE APORTES Y COTIZACIONES PARA PENSION DE INVALIDEZ-Reglas jurisprudenciales

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

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-No es admisible que la entidad administradora de pensiones alegue a su favor su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro

DERECHO A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar la pensión a sujeto de especial protección con pérdida de capacidad laboral, quien cumple requisitos

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T- 551 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.446.089

Asunto: Acción de tutela interpuesta por Fabio contra el Fondo de Pensiones y Cesantías

Protección S.A. y Elite Plus Servicios Integrales S.A.S.

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las magistradas Natalia Ángel Cabo y Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos el 15 de marzo de 2023 por Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales y el 4 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Manizales, en primera y segunda instancia respectivamente, dentro del trámite de la acción de tutela promovido por Fabio contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Elite Plus Servicios Integrales S.A.S.

I. ANTECEDENTES

Fabio, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (en adelante Protección) y la empresa Elite Plus Servicios Integrales S.A.S. (en adelante Elite Plus) por la vulneración de sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y vida digna. Lo anterior, debido a que Protección le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pese a contar con un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 74.1%. El fondo de pensiones argumentó que no podía reconocer la pensión de invalidez, sino la devolución de saldos, porque existían unos meses de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (en adelante SGSSP) que se encontraban en mora de pago por parte de Elite Plus, empresa en la que trabajó Fabio.

1. 1. Hechos

1.1. El accionante tiene 41 años. Sostuvo que se encuentra afiliado a Protección desde el año 2005 y que trabajó en la empresa Elite Plus entre octubre de 2020 y abril de 2021.

1.2. Afirmó que el 5 de octubre de 2022 solicitó al fondo de pensiones la calificación de su pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL). Protección lo calificó con una PCL del 74.1% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración el 19 de noviembre de 2021. El dictamen fue notificado al accionante el 20 de octubre de 2022 y no fue apelado.

1.3. De acuerdo con el dictamen de PCL que obra en el expediente, Fabio tiene «pancreatitis aguda, diabetes mellitus (insulano dependiente), polineuropatía, trastorno cognitivo y trastorno depresivo, eventración abdominal y disminución de agudeza visual por daño del nervio óptico». Además, durante una intervención quirúrgica en marzo de 2021 «tuvo un paro cardio respiratorio que requirió reanimación por 24 minutos con secuelas cognitivas establecidas». El dictamen de PCL señala que el accionante se encuentra en «regulares condiciones generales, marcha con bastón, inestable. Animo depresivo, impresiona trastorno cognitivo, con leve disartria [...] pérdida de fuerza en miembro inferior derecho, ha presentado caídas de su altura en varias oportunidades». Y concluye que la rehabilitación del accionante es «NO FAVORABLE, teniendo en cuenta que ya se establecieron las secuelas y se encuentra solo en manejo de sostenimiento».

1.4. Con base en el dictamen de PCL, el accionante solicitó a Protección el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El 5 de enero de 2023, Protección negó dicha solicitud y, en su lugar, le reconoció la prestación subsidiaria de devolución de saldos. Esto, luego de constar que «en la cuenta de pensión obligatoria usted no tiene las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que solo cotizó 39.86 semanas».

1.5. Inconforme con esta decisión, Fabio solicitó a la empresa Elite Plus la constancia de pago de los aportes al SGSSP. La empresa le informó que los aportes correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2021 habían sido pagados de manera extemporánea el 5 de noviembre de 2021 y le entregó las planillas electrónicas de pago al PILA.

1.6. El 23 de enero de 2023, el accionante pidió a Protección que reconsiderara la decisión de

negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez. Como fundamento de esta petición adjuntó las planillas de pago de febrero, marzo y abril de 2021 hechas por Elite Plus y solicitó al fondo de pensiones que «cargue dichos periodos y actualice mi historia laboral». Además, señaló que era responsabilidad de Protección «realizar el cobro de los periodos en mora adeudados por la empresa Elite Plus en aras de evitar un perjuicio como el que se está presentando en este momento con mi solicitud de pensión de invalidez».

1.7. El 13 de febrero de 2023, Protección informó al accionante que su solicitud se encontraba «en una revisión profunda y detallada», por lo que no era posible brindar una respuesta de fondo dentro del término de 15 días hábiles establecido en el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015. Le indicó que la nueva fecha de respuesta sería el 1 de marzo de 2023. Ese día, el fondo de pensiones le comunicó al accionante que su caso seguía en estudio y era necesario aplazar nuevamente la fecha de respuesta.

1.8. El 2 de marzo de 2023, Fabio presentó acción de tutela contra Protección y Elite Plus con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y vida digna. Como pretensiones solicitó lo siguiente:

i. i. Que se ordene a Protección dar respuesta inmediata, clara y completa al derecho de petición presentado el 23 de enero de 2023.

. Que se ordene a Protección adelantar las gestiones necesarias para actualizar la historia laboral e incluir los pagos de los meses de febrero, marzo y abril de 2021 realizados de manera extemporánea por Elite Plus.

. Que se ordene a Protección que reconozca y pague la pensión de invalidez a la que tiene derecho.

1.9. El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías Manizales, mediante auto del 2 de marzo de 2023, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho a la defensa.

2. Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

2.1. El 6 de marzo de 2023, Protección pidió que se negaran las pretensiones de la acción de tutela. De manera subsidiaria, solicitó que, «en el evento de que esta entidad llegara a ser

condenada, solicito se conceda la tutela con efectos transitorios mientras que presenta demanda ordinaria laboral».

2.2. Respecto al amparo del derecho fundamental de petición, Protección alegó que existía carencia actual de objeto por hecho superado debido a que el 6 de marzo de 2023 dio respuesta de fondo a la solicitud de reconsideración presentada por Fabio el 23 de enero de 2023. Dicha respuesta fue enviada a la dirección de correo electrónico del accionante.

2.3. En relación con las pretensiones de que se actualice la historia laboral y se reconozca la pensión de invalidez, Protección informó que esto no era posible debido a que Fabio «no cumplió con el requisito de tener 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez». Explicó que entre agosto de 2005 y julio de 2022 el accionante cotizó a Protección un total de 636.57 semanas; no obstante, entre el 19 de noviembre de 2018 y el 19 de noviembre de 2021 este solo cotizó 39.86 semanas. Por esta razón, como el dictamen de PCL estableció que Fabio perdió su capacidad laboral el 19 de noviembre de 2021, era claro que «no procede la pensión de invalidez ante la ausencia de los requisitos legales establecidos para acceder a la misma, y en su defecto procede la devolución de saldos como prestación subsidiaria».

2.4. Adicionalmente, sostuvo que los aportes cotizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez no eran válidos para el reconocimiento de la prestación. Argumentó que el «sistema de pago de la planilla “PILA” no hace validaciones adicionales para la comprobación real de las relaciones laborales», por esa razón, si el empleador «llega a realizar aportes posteriores a fecha de estructuración para cubrir los aportes de febrero a abril de 2021 corresponderían ciertamente a aportes posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, los cuales no deben ser tenidos en cuenta para la contabilización de semanas».

2.5. Con todo, Protección informó que había iniciado el proceso normalización de la historia laboral del accionante con el fin de corregir las supuestas inconsistencias. En dicho proceso encontró que «existen unos tiempos de cotización del señor [Fabio] que se encuentran en mora por parte del empleador ELITE PLUS por los períodos de 2021-02 a 2021-05». El fondo de pensiones sostuvo que en febrero de 2023 «realizó las gestiones de cobro al empleador moroso, pero este no procedió con el pago de los aportes correspondientes». Explicó había

contactado telefónicamente a Anyelo Gaviria, representante legal de la empresa Elite Plus, y este aportó las planillas electrónicas de pago de los meses de febrero marzo y abril de 2021; no obstante, estas planillas no eran válidas «ya que en nuestros sistemas no se encuentra NINGÚN pago realizado por el empleador para los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2021».

2.6. Así mismo, Protección argumentó que la acción de tutela debía ser declarada improcedente por razones de subsidiariedad debido a que la pretensión del accionante es de contenido económico. Además, alegó que no existe un perjuicio irremediable puesto que Fabio tiene a su disposición la devolución de saldos.

2.7. Por último, Protección sostuvo que la solicitud de amparo debía ser negada por temeridad debido a que, el 22 de septiembre de 2022, Fabio presentó otra acción de tutela con identidad de partes, hechos y pretensiones. En esa ocasión, las pretensiones fueron las siguientes: (i) que se ordene al fondo de pensiones dar respuesta a un derecho de petición y (ii) que se ordene al fondo de pensiones actualizar la historia laboral con los pagos de los meses de febrero, marzo y abril de 2021 realizados de manera extemporánea por Elite Plus. Esta acción de tutela fue declarada improcedente en primera instancia por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Manizales mediante sentencia del 4 de octubre de 2022. En segunda instancia, en sentencia del 16 de noviembre del mismo año, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales revocó dicha decisión y, en su lugar, ordenó a Protección que «informe al accionante las razones por las que no se encuentran reflejados los aportes de febrero, marzo y abril de 2021 en su historia laboral [...] y, si es del caso, una vez informado lo anterior, proceda a corregir su historia laboral».

2.8. Protección manifestó que dio respuesta de fondo a la petición del accionante el 13 de diciembre de 2022 en los términos ordenados por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales. Por esa razón, considera que la presente acción de tutela es temeraria y debe ser negada «por cuanto el accionante no puede pretender presentar múltiples acciones de tutela contra la misma entidad, por los mismos hechos y pretensiones, tal y como lo establece el decreto 2591 en sus artículos 37 y 38».

3. Elite Plus Servicios Integrales S. A. S.

3.1. La empresa Elite Plus no contestó la demanda, pese a que consta en el expediente que

el juzgado de primera instancia le notificó el auto de admisión de la acción de tutela el 2 de marzo de 2023 a las 4:48 mediante correo electrónico.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

4.1. El 15 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales (i) declaró la carencia actual de objeto por hecho superado en relación con la solicitud de amparo del derecho de petición, (ii) negó la pretensión de que se ordenara a Protección actualizar la historia laboral y (iii) declaró improcedente la pretensión de que se ordenara al fondo de pensiones que reconociera y pagara la pensión de invalidez.

4.2. En primer lugar, expuso que Protección respondió la solicitud de reconsideración presentada por Fabio el 6 de marzo de 2023. Por lo anterior, «se evidencia que ha operado la figura del hecho superado en lo que refiere al derecho de petición presentado el 17 de enero del año en curso».

4.3. En segundo lugar, señaló que el accionante presentó en septiembre de 2022 una acción de tutela contra Protección en la que solicitó la actualización de su historia laboral. Mediante sentencia del 16 de noviembre de 2022, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Manizales ordenó al fondo de pensiones que «informe al accionante las razones por las que no se encuentran reflejados los aportes de febrero, marzo y abril de 2021 en su historia laboral [...] y, si es del caso, una vez informado lo anterior, proceda a corregir su historia laboral». Así las cosas, como «ya fue objeto de debate y amparo la solicitud de corrección de historia laboral», lo que «procederá será negar lo pretendido, en virtud de la existencia de una acción constitucional anterior en la que esta pretensión ya fue puesta en conocimiento de un Juez Constitucional».

4.4. En tercer lugar, sostuvo que la pretensión de que se reconozca y pague la pensión de invalidez no cumple con el requisito de subsidiariedad. Adujo que, «el hecho de que la empresa Elite Plus no se haya pronunciado en el proceso de tutela exalta la necesidad de acudir a una vía ordinaria laboral, donde se podrá debatir la responsabilidad no solo de la APF PROTECCIÓN del pago pensional del accionante, sino también la responsabilidad que posee

el empleador». Así mismo, no advirtió la existencia de un perjuicio irremediable, pues «el actor se encuentra activo dentro del sistema contributivo de salud ante la NUEVA EPS, lo que permite establecer que cuenta con algún sistema de apoyo económico».

4.5. El accionante manifestó que la empresa Elite Plus y Protección «están haciendo recaer sobre mí la omisión tanto del FONDO por no realizar los cobros de los periodos en mora y de la empresa por no dar claridad de los pagos efectuados». Y agregó que, de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-079 de 2016, el problema sobre el pago de los aportes «lo deben solucionar PROTECCION y la empresa ELITE PLUS y no hacer recaer sobre mí la tramitología y la omisión». Por último, sobre la existencia de un perjuicio irremediable, reiteró que «tengo una pérdida de capacidad laboral del 74.1% [...] soy una persona discapacitada sin ingresos sin mínimo vital que en el momento sobrevive de la misericordia de un familiar».

Sentencia de segunda instancia

4.6. Mediante sentencia del 04 de mayo de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Manizales confirmó parcialmente el fallo de primera instancia. Señaló que no existía cosa juzgada respecto de la pretensión del accionante de que se corrigiera y actualizara su historia laboral. Esto, debido a que se presentó una situación nueva que habilitó al accionante a presentar otra acción de tutela contra Protección por su falta de diligencia para resolver la problemática en torno a los aportes de la empresa Elite Plus al SGSSP.

4.7. Según el juzgado, la simple comunicación emitida por Protección de que Fabio no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez «no es más que un pronunciamiento formal, que no da cuenta de una gestión encaminada a consolidar la historia laboral de su afiliado». En efecto, el fondo de pensiones «no adelantó otra gestión que establecer comunicación telefónica con el empleador del demandante para tratar de obtener una certificación del abono de los aportes, que bien pudo solicitar directamente al operador PILA». Por esta razón, resolvió revocar el numeral segundo del fallo de primera instancia y, en su lugar, ordenó a Protección que «efectúe ante el operador PILA o la entidad que corresponda las actividades necesarias para establecer si Elite Plus transfirió el valor de los aportes correspondientes al período comprendido entre febrero y abril de 2021».

4.8. Por último, señaló que no era posible reconocer y ordenar el pago de la pensión de invalidez, pues no existía plena certeza «del pago de las cotizaciones correspondientes al período comprendido entre febrero y abril de 2021».

5. Actuaciones en sede de revisión

5.1. Mediante auto del 29 de septiembre de 2023, la magistrada sustanciadora ordenó a Protección que informara si había cumplido con averiguar si Elite Plus pagó efectivamente las cotizaciones al SGSSP y cuál fue el resultado de esa averiguación. De igual forma, pidió al accionante que informara sobre su estado de salud actual y su situación económica. Por último, ordenó a Elite Plus que informara las razones por las cuales pagó de manera extemporánea las cotizaciones de los meses de febrero a abril de 2021 si Fabio venía trabajando en la empresa desde octubre de 2020.

5.2. En el siguiente cuadro se resumen las respuestas recibidas en sede de revisión:

Respuestas al auto de pruebas

Fabio

Mediante respuestas del 11 y el 25 de octubre de 2023, indicó lo siguiente: «En el momento estoy pasando por bastantes dificultades de salud y económicas ya que no tengo fuente de ingresos y mi padre quien me ayudaba falleció. En el momento presento muchas carencias y vivo de la solidaridad de mi familia». En relación con su núcleo familiar, informó: «Vivo con mi hijo de 18 años, quien es el encargado de acudirme para bañarme, vestirme, ir al médico [...] El apartamento en el que vivimos mi hermana es la que nos colabora con este menester».

Agregó que: «A pesar de tener una pérdida de capacidad laboral del 74.1%, a pesar de que los aportes debieron haberse realizado por el empleador y de que toda esta información se le hizo saber a PROTECCIÓN, a la fecha no se me ha reconocido la pensión por invalidez». Y manifestó que no entiende «por qué el FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN está haciendo recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas derivadas de la mora del empleador en el pago de los aportes que faltan de 2021».

Adicional a lo anterior, el accionante adjuntó el Registro Civil de Defunción de su padre, el

señor Francisco, quien falleció el 21 de julio de 2023. Así mismo, aportó el informe de un control médico realizado el 8 de agosto de 2023 en el que médico tratante de la IPS Mente Plena registró lo siguiente: «Trastorno depresivo recurrente. Otros trastornos de ansiedad especificados. [...] Padre murió hace 15 días. Pancreatitis aguda severa grave, depresión alta, inmovilidad brazo izquierdo [...] proceso de UCI durante 5 meses, 25 días en coma, 24 minutos de paro cardiorrespiratorio».

Protección

El fondo de pensiones informó lo siguiente: «Dando cumplimiento al fallo de tutela, procedimos a realizar las averiguaciones ante el operador PILA de si Elite Plus Servicios Integrales S.A.S. pagó las cotizaciones del señor [Fabio] y nos informaron que, para los periodos de febrero a abril de 2021 el citado empleador sí realizó aportes a seguridad social, pero no a Protección S.A.». Lo anterior demuestra que Elite Plus «no pagó aportes a Protección, sin embargo, desconocemos si realizaron aportes a otras AFP, lo cual no pudimos confirmar ya que el operador PILA solo brinda información por la AFP que consulta». Por último, agregó que «vale la pena aclarar que Protección sí realizó las gestiones de cobro al empleador, tal como se demostró en la contestación a la acción de tutela, no obstante, el citado empleador no procedió con el pago de la deuda ante esta administradora».

Elite Plus

El empleador del accionante no se pronunció.

II. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

2. Asunto previo: no existe temeridad en el ejercicio de la acción de tutela

2.1. En la respuesta a la acción de tutela, Protección argumentó que la solicitud de amparo debía ser negada por temeridad, debido a que en septiembre de 2022 el accionante había presentado otra acción de tutela con identidad de partes, causa y objeto. En esa ocasión, Fabio solicitó al juez de tutela que ordenara al fondo de pensiones que adelantara las gestiones necesarias para actualizar su historia laboral con los pagos de los meses de febrero, marzo y abril de 2021 realizados de manera extemporánea por Elite Plus. Dicha

acción de tutela fue declarada improcedente en primera instancia por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Manizales, mediante sentencia del 4 de octubre de 2022. No obstante, en segunda instancia, en sentencia del 16 de noviembre del mismo año, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales la revocó y, en su lugar, ordenó a Protección que «informe al accionante las razones por las que no se encuentran reflejados los aportes de febrero, marzo y abril de 2021 en su historia laboral [...] y, si es del caso, una vez informado lo anterior, proceda a corregir su historia laboral».

2.2. Para la Sala, no existe una conducta temeraria por parte de Fabio y, por consiguiente, no se configuró la cosa juzgada constitucional respecto a la decisión del 16 de noviembre de 2022, emitida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales. Lo anterior, porque no se acreditan todos los elementos de la triple identidad de partes, objeto y causa, como pasa a explicarse:

2.3. Identidad de partes. Sí hay identidad de partes, pues la acción de tutela presentada en septiembre de 2022 por Fabio ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Manizales se adelantó en contra de Protección y, durante el trámite, se vinculó a la empresa Elite Plus. Por su parte, la acción de tutela que actualmente revisa la Corte se dirige contra estas entidades.

2.4. Identidad de causa. No hay identidad en la causa petendi. La primera acción de tutela interpuesta por Fabio se fundamentó en que luego del pago extemporáneo de los aportes a pensión de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2021, los mismos no se reflejaron en su historia laboral. Al solicitar información a Protección, esta le indicó que dichos periodos no aparecen pagados. De otro lado, el presente amparo se fundamentó en que Protección negó la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez al accionante, tras considerar que no contaba con 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pues solo cotizó 39.86 semanas. Lo anterior, aun cuando la empresa Elite Plus pagó los aportes al SGSSP de los meses de febrero, marzo y abril de 2021 de manera extemporánea, el 5 de noviembre de 2021.

2.5. Identidad de objeto. No hay identidad en las pretensiones. En la primera acción de tutela, el accionante solicitó que se ordene a Protección que actualice su historia laboral y, en consecuencia, que se vean reflejados los aportes extemporáneos hechos por Elite Plus. Por su parte, en la presente acción de tutela, Fabio busca directamente que se reconozca y

pague a su favor la pensión de invalidez.

2.6. Como se observa, a pesar de existir identidad entre las partes, en el presente caso no existe temeridad ni cosa juzgada constitucional con respecto a la anterior acción de tutela. Esto es así porque el accionante puso a consideración del juez constitucional hechos nuevos (nueva causa petendi) y planteó una nueva pretensión (nuevo propósito). Para la Sala es claro, por tanto, que esta solicitud de amparo se basa en supuestos fácticos diferentes y persigue un nuevo objetivo, lo cual la hace diferenciable de la primera acción de tutela.

3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

3.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo podrá ser ejercida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales, quien podrá actuar: (i) a nombre propio, (ii) a través de un representante legal o por medio de apoderado judicial, (iii) mediante un agente oficioso y (iv) a través del Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

3.2. En el presente asunto se satisface la legitimación en la causa por activa, pues Fabio es titular de los derechos fundamentales que considera vulnerados. La vulneración de estos derechos habría ocurrido luego de que el accionante fuera calificado con un dictamen de PCL del 74.1%, por enfermedad de origen común, y el fondo de pensiones al que está afiliado le negara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. De otro lado, se satisface la legitimación en la causa por pasiva en relación con Protección y la empresa Elite Plus por los siguientes motivos: (i) Protección es la administradora de fondos de pensiones a la cual está afiliado el accionante y es la encargada de reconocer y pagar a sus afiliados las prestaciones del SGSSP, (ii) Protección es la entidad que negó al accionante el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con base en la mora en el pago de los aportes por parte de Elite Plus y (iii) Elite Plus es el empleador del accionante, quien pagó de manera extemporánea los aportes.

Inmediatez

3.3. La acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. Sobre el particular, la Sala Plena de esta Corporación estableció que «la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto».

3.4. En este caso, el accionante señala que la vulneración de sus derechos fundamentales se concretó con la decisión de Protección de posponer la fecha de respuesta a su petición de que fuera reconsiderada la decisión de negarle la pensión de invalidez. En lugar de darle una respuesta completa, detalla y de fondo a la petición presentada por el accionante el 23 de enero de 2023, el fondo de pensiones le comunicó el 1 de marzo de 2023 que era necesario ampliar nuevamente el plazo de respuesta a su solicitud debido a que el caso continuaba en estudio. La acción de tutela fue interpuesta el 2 de marzo de 2023. Es decir que, entre la presunta vulneración de los derechos alegada por el accionante y la solicitud de amparo transcurrió un día, término que la Sala estima razonable.

Subsidiariedad

3.5. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela solo procederá cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o (ii) cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece los mismos dos supuestos de procedencia y agrega que la existencia de otro medio de defensa será apreciada en concreto por el juez, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el accionante. En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha entendido que la existencia de «un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado».

3.6. Ahora bien, cuando se trata de controversias pensionales la acción de tutela en principio es improcedente, pues para la defensa de los derechos relacionados con la seguridad social los interesados tienen el escenario de debate de la jurisdicción ordinaria laboral o la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, esta Corporación ha admitido que

«la tutela procede en casos excepcionales en estos asuntos para salvaguardar derechos fundamentales, cuando las circunstancias particulares y específicas del caso concreto permiten concluir que los medios ordinarios para la defensa judicial de los derechos no tienen vocación de ofrecer una protección efectiva y/u oportuna de los derechos reivindicados».

3.7. En ese orden de ideas, cuando se busca el reconocimiento y pago de un derecho pensional por vía de tutela, la jurisprudencia ha desarrollado una serie de criterios que debe verificar el juez constitucional, a saber:

«(i) Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

(ii) Que la falta de pago de la prestación o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

(iii) Que el accionante haya desplegado alguna actividad administrativa con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

(iv) Que se acredite sumariamente las razones por las cuales el medio judicial ordinario es no es ni idóneo ni ineficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente afectados.»

3.8. En relación con los criterios (i) y (ii), la Sala observa que Fabio es un sujeto de especial protección constitucional debido a la grave situación de salud en la que se encuentra y a la imposibilidad de garantizarse por sus propios medios su mínimo vital. En efecto, el accionante fue calificado en octubre de 2022 con una pérdida de capacidad laboral del 74.1%, de origen común, debido a que está diagnosticado con «pancreatitis aguda, diabetes, polineuropatía, trastorno cognitivo, trastorno depresivo y disminución de agudeza visual». El mismo dictamen de PCL señala que el accionante no tiene posibilidades de recuperación. Así, a pesar de que tiene 41 años, las condiciones de salud antedichas le impiden trabajar y obtener ingresos propios para satisfacer sus necesidades básicas. De hecho, su hijo de 18 años se encarga de cuidarlo y actualmente su manutención depende de la solidaridad de su familia.

3.9. En cuanto al criterio (iii), en el expediente está el derecho de petición mediante el cual Fabio solicitó a Protección el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, así como la

solicitud de reconsideración luego de que el fondo de pensiones se negara a reconocer la mencionada prestación.

3.10. Finalmente, el criterio (iv) también se cumple en la medida en que el medio de defensa de que dispone el accionante no sirve para garantizar de manera oportuna sus derechos fundamentales. De conformidad con el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer «las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras». De modo que el proceso ordinario laboral es, en principio, el único medio de defensa judicial con que cuenta Fabio para reclamar a Protección el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

3.11. Para la Sala, una demanda ordinaria laboral puede ser idónea para reclamar las prestaciones de la seguridad social, pero, en este caso particular, no es eficaz. Este medio de defensa judicial carece de la celeridad necesaria para brindar una respuesta oportuna al accionante. Según el estudio de tiempos procesales realizado por el Consejo Superior de la Judicatura y la Corporación Excelencia en la Justicia, la primera instancia de un proceso laboral dura, en promedio, 167 días hábiles (366 corrientes).

3.12. Los términos del proceso laboral ordinario resultan desproporcionados e irrazonables en esta ocasión, pues Fabio no puede trabajar debido a sus problemas de salud y su mínimo vital se encuentra en riesgo. De las pruebas aportadas al proceso se desprende que el accionante se encuentra en una situación apremiante que hace necesario determinar por la vía judicial más rápida si tiene derecho a la prestación reclamada. Por lo anterior, la Sala concluye que la acción de tutela de la referencia cumple con el requisito de subsidiariedad.

4. Problema jurídico y estructura de la decisión

4.1. En el presente asunto, la Sala Octava de Revisión observa que la solicitud de amparo del derecho fundamental de petición ya fue resuelta, pues el 6 de marzo de 2023 Protección contestó de manera clara, completa y detallada las razones por las cuales considera que Fabio no tiene derecho a la pensión de invalidez. De igual forma, la Sala entiende que la pretensión del accionante de que se actualice su historia laboral y se incluyan los meses de febrero, marzo y abril de 2021 se subsume en la pretensión de que le sea concedida la

pensión de invalidez.

4.2. Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Protección vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna de Fabio al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con el argumento de que su empleador, la empresa Elite Plus, no pagó los aportes correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2021?

4.3. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre mora patronal y allanamiento a la mora en el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones. Luego de ello, abordará la solución del caso concreto.

5. Mora del empleador en el pago de los aportes a pensiones. Reiteración de jurisprudencia

5.1. La Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades los conceptos de mora patronal y allanamiento a la mora en el pago de los aportes a pensiones. Sobre este tema ha fijado la siguiente regla jurisprudencial:

* Cuando existe un vínculo laboral vigente y el empleador no paga o paga de manera extemporánea las cotizaciones a pensiones, incumple la obligación establecida en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, la administradora de fondos de pensiones a la que esté afiliado el trabajador debe, conforme lo dispone el artículo 24 de la referida ley, adelantar las acciones de cobro de los respectivos aportes adeudados.

□ Si la administradora de fondos de pensiones conoce la existencia de un vínculo laboral y no adelanta de manera oportuna las acciones de cobro para obtener el pago de los aportes que adeuda el empleador o acepta el pago extemporáneo de los aportes, estos se tomarán como efectivos y deberán ser traducidos en semanas de cotización del trabajador.

□ La mora del empleador en el pago de los aportes no impide que el afiliado acceda las prestaciones económicas a las que tiene derecho. De lo contrario, se estaría trasladando al trabajador, la parte débil de la relación laboral, las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación del empleador de pagar los aportes y de la correlativa obligación de la administradora de fondos de pensiones de cobrarlos. Por consiguiente, si la

administradora de fondos de pensiones aceptó el pago extemporáneo de los aportes o fue negligente para ejercer sus labores de cobro, se presume que esta entidad se allana a la mora patronal y no puede oponerse al reconocimiento de una prestación pensional.

5.2. Esta regla fue reiterada de manera reciente por la Sala Plena en las sentencias SU-226 de 2019, SU-068 de 2022 y SU-062 de 2023. Al respecto, cabe citar la definición de la regla jurisprudencial sobre mora patronal y allanamiento a la mora que hizo la sentencia de unificación de 2019:

«En general, tratándose de las garantías de la de seguridad social, debe partirse del reconocimiento de una regla constitucionalmente clara, desarrollada de modo pacífico por este Tribunal: el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y 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. Una actuación contraria a este presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar.»

5.3. La regla jurisprudencial antes descrita será utilizada para resolver el caso concreto.

6. Análisis del caso concreto

6.1. Con base en los antecedentes y las pruebas recibidas en sede de revisión, es posible establecer lo siguiente:

i. (i) El 20 de octubre de 2022, Fabio fue calificado por Protección con una pérdida de capacidad laboral del 74.1% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración el 19 de noviembre de 2021;

() Fabio se encuentra afiliado a Protección desde el 13 de agosto de 2001 y trabajó en la empresa Elite Plus entre octubre de 2020 y abril de 2021;

() El 5 de noviembre de 2021, la empresa Elite Plus pagó de manera extemporánea los aportes a pensiones de Fabio, correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de

2021;

() El 5 de enero de 2023, Protección negó el derecho a la pensión de invalidez de Fabio debido a que este solo cotizó 39.86 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; y

() Si se contabilizan los aportes de los meses de febrero, marzo y abril de 2021, Fabio tendría 52.73 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

6.2. De acuerdo con la información obrante en el expediente, Protección se negó a contabilizar los aportes a pensiones de febrero, marzo y abril 2021 por dos razones: (i) porque Elite Plus realizó los pagos de manera extemporánea y posterior a la fecha de estructuración de la invalidez del accionante y (ii) porque el fondo de pensiones no tiene registro de estos pagos en su sistema. En efecto, en la contestación a la acción de tutela, el fondo de pensiones sostuvo que «los aportes de febrero a abril de 2021 corresponderían a aportes posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez [...] y no deben ser tenidos en cuenta para la contabilización de semanas». A su vez, en la respuesta al auto de pruebas en sede de revisión, afirmó que «Elite Plus sí realizó aportes a seguridad social, pero no a Protección S.A.» .

6.3. Para la Sala, la primera objeción de Protección no es cierta, pues el dictamen de PCL del accionante –emitido por el propio fondo de pensiones– estableció como fecha de estructuración de invalidez el 19 de noviembre de 2021 y las planillas electrónicas con el pago de los aportes de febrero, marzo y abril de 2021 tienen fecha del 5 de noviembre de 2021. Por su parte, la segunda objeción no es aceptable, pues si el empleador incumple su obligación de pagar los aportes, las administradoras de fondo de pensiones tienen la obligación correlativa de iniciar las acciones de cobro correspondientes.

6.4. Sobre esta obligación, Protección sostuvo que «realizó las gestiones de cobro, [pero] el empleador Elite Plus no procedió con el pago de la deuda ante esta administradora». No obstante, estas gestiones fueron en realidad dos llamadas hechas en febrero de 2023 al representante legal de la empresa Elite Plus. Incluso, en el fallo de segunda instancia, el juez de tutela llamó la atención sobre la negligencia de Protección en el cobro de los aportes: «el fondo de pensiones no adelantó otra gestión que establecer comunicación telefónica con el

empleador del demandante para tratar de obtener una certificación del abono de los aportes, que bien pudo solicitar directamente al operador PILA». Es decir, Protección tuvo conocimiento del aporte errado por parte de Elite Plus respecto de los meses faltantes en la historia laboral del accionante y, pese a ello, no realizó las gestiones correspondientes para superar esa situación y conseguir el debido recaudo.

6.5. Con todo, la Sala observa que la inactividad del fondo de pensiones por cobrar a Elite Plus los aportes que considera adeudados aún persiste. En la respuesta al auto de pruebas de la Corte Constitucional, Protección no mencionó haber desplegado ninguna acción de cobro adicional a las llamadas telefónicas hechas en febrero de 2023 al representante legal de la empresa. Y desde febrero de este año hasta la fecha de respuesta de Protección al auto de pruebas han pasado más de cinco meses.

6.6. El cobro de estos aportes es obligatorio, pues nunca ha estado en duda la vinculación laboral de Fabio con la empresa Elite Plus. La historia laboral que obra en el expediente permite presumir la existencia de un contrato laboral entre las partes, pues Elite Plus venía pagando todos los meses los aportes a pensiones del accionante desde octubre de 2020 y para los meses de febrero a abril de 2021 no se reportó ninguna novedad de retiro. Así las cosas, las razones de Protección para no reconocer la pensión de invalidez están relacionadas con cuestiones administrativas ajenas al trabajador como el pago extemporáneo de los aportes por parte del empleador, la falta de registro de esos pagos en el sistema y la propia negligencia del fondo de pensiones de adelantar las gestiones de cobro correspondientes.

6.7. De acuerdo con lo expuesto, para Sala no quedan dudas de que Protección vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna de Fabio al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. En efecto, el fondo de pensiones trasladó al accionante las consecuencias negativas del incumplimiento de Elite Plus de pagar oportunamente los aportes a pensiones y su propia obligación como administradora de fondos de pensiones de cobrar esos aportes. Esta conducta está claramente prohibida por la jurisprudencia constitucional. De acuerdo con las figuras de mora patronal y allanamiento a la mora, explicadas en la parte motiva de esta providencia, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993 «no es oponible ni imputable al trabajador para enervar el acceso a una prestación pensional».

6.8. Por último, es importante llamar la atención a los jueces de tutela de primera y segunda instancia por no aplicar el precedente constitucional vigente. En su análisis del caso, los jueces omitieron considerar que Protección condicionó el reconocimiento de la pensión de invalidez de Fabio a que Elite Plus acreditara el pago de los aportes a pensiones de febrero, marzo y abril de 2021. Esto constituye una violación del derecho fundamental a la seguridad social, pues supone trasladar al trabajador el incumplimiento del empleador de pagar los aportes y la negligencia del fondo de pensiones de gestionar su cobro. Así las cosas, en lugar de supeditar el reconocimiento de la prestación a la eventual solución del conflicto administrativo entre Protección y Elite Plus –y dejar en entredicho la efectividad de derecho a la seguridad social–, los jueces debieron aplicar la regla jurisprudencial sobre mora patronal y allanamiento a la mora expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

6.9. En consecuencia, esta Sala ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho el accionante, habida cuenta que fue diagnosticado con un dictamen de PCL del 74.1% por enfermedad de origen común y tiene más de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la validez. El conflicto entre Protección y Elite Plus sobre el pago extemporáneo de los aportes es, se reitera, un asunto administrativo ajeno al trabajador que no debe afectar el reconocimiento de las prestaciones de la seguridad social.

6.10. Por tanto, se adoptarán los siguientes remedios judiciales: (i) se revocarán las decisiones de instancia que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a Fabio y, en su lugar, se protegerán sus derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna; en consecuencia, (ii) se ordenará a Protección que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, emita un acto administrativo en el que reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez al señor Fabio, así como del retroactivo a que haya lugar hasta su inclusión efectiva en la nómina de pensionados; y (iii) se solicitará a la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio del Trabajo que verifique y adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la empresa Elite Plus Servicios Especiales S.A.S., con domicilio en la ciudad de Manizales e identificada con el NIT 901381617, esté al día con su obligación de pagar los aportes a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación de todos sus empleados.

III. SÍNTESIS

Hechos. Fabio, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de Protección y la empresa Elite Plus por la vulneración de sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y vida digna. Lo anterior, debido a que Protección le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pese a contar con un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 74.1%. El fondo de pensiones argumentó que no podía reconocer la pensión de invalidez, sino la devolución de saldos, porque existían unos meses de cotización a pensiones que se encontraban en mora de pago por parte del empleador del accionante, la empresa Elite Plus.

Problema jurídico. Luego de verificar la procedencia de la acción de tutela, la Sala Octava de Revisión abordó el siguiente problema jurídico: ¿Protección vulneró los derechos fundamentales a la seguridad y vida digna de Fabio al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con el argumento de que su empleador, la empresa Elite Plus, no pagó los aportes correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2021?

Solución del problema jurídico. La Sala Octava de Revisión aplicó el precedente constitucional vigente sobre allanamiento a la mora patronal. Según esta regla, reiterada de manera reciente en las sentencias SU-226 de 2019, SU-068 de 2022 y SU-062 de 2023, el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador. Y las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para negarle el acceso a una prestación pensional.

En relación con el caso concreto, la Sala encontró que Protección tenía conocimiento de la relación laboral entre las partes y condicionó el reconocimiento de la pensión de invalidez de Fabio a que Elite Plus acreditara el pago de los aportes a pensiones de febrero, marzo y abril de 2021. Lo anterior constituye una violación al derecho fundamental a la seguridad social, pues el fondo de pensiones trasladó al accionante las consecuencias negativas del incumplimiento del Elite Plus de pagar los aportes, así como su propia negligencia de cobrarlos oportunamente. En consecuencia, como el fondo de pensiones incumplió la obligación del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, la Sala asumió que esta entidad se allanó a la mora del empleador.

Decisión. La Sala encontró que Fabio cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de

invalidez, habida cuenta que fue declarado con un dictamen de PCL del 74.1% por enfermedad de origen común y tiene más de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la validez. Por lo anterior, ordenó a Protección que reconociera y pagara la pensión de invalidez al accionante, junto con el correspondiente retroactivo. Así mismo, solicitó al Ministerio del Trabajo que adoptara todas las medidas necesarias para asegurar que la empresa Elite Plus esté al día con su obligación de pagar los aportes a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación de todos sus empleados.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR las sentencias proferidas el 15 de marzo de 2023 por Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales y el 4 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Manizales, en primera y segunda instancia respectivamente y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna del señor Fabio.

SEGUNDO. ORDENAR a Protección S.A. que, dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, emita un acto administrativo en el que reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez al señor Fabio a partir del mes siguiente a la notificación de esta providencia. En ese mismo acto administrativo Protección S.A. deberá calcular y pagar al señor Fabio el retroactivo a que haya lugar.

TERCERO. ORDENAR a Protección S.A. que realice todas las gestiones pertinentes para consolidar en debida forma la historia laboral de Fabio. De igual forma, en consideración del principio de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social y del principio de solidaridad en materia pensional, Protección S.A. debe verificar si existen aportes adeudados por parte de Elite Plus Servicios Especiales S.A.S. y, en caso de que así sea, adelantar las

labores correspondientes para garantizar su pago.

CUARTO. SOLICITAR a la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio del Trabajo que, en cumplimiento de sus competencias legales, verifique y adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la empresa Elite Plus Servicios Especiales S.A.S., con domicilio en la ciudad de Manizales e identificada con el NIT 901381617, esté al día con su obligación de pagar los aportes a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación de todos sus empleados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Secretaria General