

Sentencia T-907/09

(Diciembre 7; Bogotá D.C.)

PERSONAS EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección especial del discapacitado

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos legales/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento y pago de pensión de invalidez

EMPLEADOR-Asunción de responsabilidad por mora en aporte a pensiones

ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES-No puede negar la pensión justificándose en el incumplimiento del empleador en el pago de aportes que fueron descontados al trabajador/ENTIDAD ADMINISTRADOR DE PENSIONES-Cuentan con mecanismos legales para el cobro de aportes no pagados y con sanciones por pagos extemporáneos

PAGO DE APORTES EXTRAORDINARIOS EN PENSIONES CON POSTERIORIDAD A LA ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Reglas jurisprudenciales sobre allanamiento a la mora

Referencia: expediente T-2.357.546

Demandante(s): Orlando Olivar

Demandado(s): Porvenir S.A.

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali. (no impugnada).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1. Elementos de la demanda.

-Derechos Fundamentales Invocados: El ciudadano Orlando Olivar interpuso mediante apoderado judicial, acción de tutela contra Porvenir S.A.1, al considerar que este ha vulnerado sus derechos al mínimo vital y móvil, vida, dignidad humana, seguridad social y petición.

-Conducta que ocasionó la vulneración: La negativa de la entidad demandada de reconocerle la pensión de invalidez al actor, por considerar que no cumplía i) con el requisito de las 50 semanas de cotización señalada en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y ii) por el pago extemporáneo de los aportes.

-Pretensiones del Actor: Solicita que Porvenir S.A. le reconozca el pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

El actor solicitó a Porvenir S.A. el 14 de enero de 2008, el reconocimiento de su pensión de invalidez. La entidad accionada le respondió que efectivamente había sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 52.23% por un glaucoma, enfermedad de origen común estructurada el 22 de junio de 2007. Para probar lo anterior anexó:

-Copia de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca.2

Sin embargo, advirtió la accionada en respuesta del 2 de febrero de 20093, que el demandante no cumplía con el requisito legal del artículo 1 de la Ley 860 de 20034, de las 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez que ocurrió el 22 de junio de 2007, sino que tan solo había acreditado 19 semanas, por tanto no reunía los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Por lo anterior, el apoderado del accionante, se dirigió a la última empresa donde laboró el actor y al solicitar las planillas de descuento de aportes se percató que la empresa descontaba los aportes pero no los pagaba5. Por lo tanto, se comunicó con

la empresa para que cancelara dichos aportes ya que con ello se estaba afectando el derecho del actor a pensionarse. Efectivamente la empresa canceló los aportes, como se demuestra con los recibos de pago⁶ y la entidad accionada los recibió, completándose así el tiempo de 51.8 semanas de cotización.

Indicó, que una vez completados los requisitos que exigía la accionada, le dirigió un derecho de petición solicitándole nuevamente la pensión de invalidez pero con la sorpresa que la volvió a negar, esta vez ya no por el requisito de las 50 semanas, sino por el pago extemporáneo de los aportes.

Para corroborar lo anterior adjuntó:

-Copia del derecho de petición de mayo 6 de 2009⁷, en el que manifestó, que su representado solicitó el reconocimiento y pago en forma retroactiva de la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la invalidez. Hace énfasis en la sentencia de la Corte Constitucional⁸ sobre la obligación del pago de aportes por parte del empleador, la sanción por mora y las acciones de cobro establecidas en la Ley 100 de 1993.

-Copia de la respuesta de Porvenir S.A.⁹ en la que reitera que no es viable modificar la decisión de rechazo de la prestación, por las mismas razones señaladas en la comunicación de fecha 2 de febrero de 2009.

Por lo anterior se pregunta el apoderado del accionante, porqué si la demandada tenía a su alcance esas herramientas jurídicas, no realizó los cobros ejecutivos establecidos en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993? Además, señaló que la mora en el pago de los aportes no es razón para negar una pensión y mucho menos de invalidez.

Manifestó finalmente, que con la actitud de la accionada de no concederle la prestación por invalidez, se están amenazando los derechos fundamentales de su poderdante, ya que debido a la invalidez se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y los familiares que le colaboraban con su manutención ya no lo quieren hacer más.

El actor fundamenta su pretensión en los artículos 11, 16 y 23 de la Constitución Política, en la Ley 100 de 1993, la Ley 860 de 2003 y la Ley 797 de 2003, así como en la

jurisprudencia de la Corte Constitucional T-553 de 1998, T-026 de 2003 y T-236 de 2008.

2. Respuesta del accionado¹⁰.

La Subgerente de Servicios del Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. señaló, que en efecto el actor se encuentra afiliado a su administradora de pensiones y que fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 52,23% de origen común, estructurada el 22 de junio de 2007.

Destacó, que para tener derecho a la pensión de invalidez se requiere acreditar los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, es decir que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que en el presente caso corresponden al lapso comprendido entre el 22 de junio de 2004 y el 27 de junio de 2007. Que al verificar ese requisito se evidencia que tan solo se cotizaron 19 semanas anteriores a la fecha de estructuración (22-06-07), por lo tanto no cumple con los requisitos legales exigidos por la norma para acceder a la pensión de invalidez.

Informó también, que Porvenir S.A. no es una entidad de naturaleza pública por lo que sus decisiones no son susceptibles de recursos por la vía gubernativa, sin perjuicio de que sus afiliados y beneficiarios puedan presentar documentos y pruebas legalmente pertinentes que permitan la reconsideración de su solicitud.

De otra parte, señaló que el empleador no efectuó aportes en ciertos periodos y que para que surja el derecho a una pensión de invalidez, se requiere que los aportes hayan sido cotizados con anterioridad a la fecha de ocurrencia del siniestro. Sin embargo, en el presente caso ni siquiera se pagaron. Es por ello, que la responsabilidad de la negativa de la solicitud pensional del accionante es exclusiva del empleador según lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1406 de 1999¹¹. Indicó también, que Porvenir si adelantó las acciones de cobro correspondientes contra el empleador.

Adujo, que el mismo Decreto en su artículo 1° define al aportante como: “la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o

riesgos que conforman el Sistema y para uno o más afiliados al mismo". Por lo anterior, consideró que la omisión en la liquidación de aportes es responsabilidad exclusiva del aportante y como la Seguridad Social no es un servicio gratuito, es obligación del empleador el pago de aportes pensionales para que el trabajador tenga derecho a la pensión cuando a ésta hubiere lugar.

Señaló entonces, que al tenor del Decreto 1406, si el pago de los aportes se efectuó con posterioridad a la fecha del siniestro no se puede tener en cuenta para acceder a la pensión, y que así lo han señalado en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Por lo anteriormente expuesto concluyó finalmente, que Porvenir S.A. no es la llamada a responder por la pensión que pretende el actor y que no actuó irresponsablemente o con desidia frente a la mora en el pago de los aportes, toda vez que pese a que realizaron todas las gestiones legales, fue el empleador quien se negó a pagar oportunamente los demás aportes, sin ponerse al día en sus obligaciones.

De otra parte, la accionada considera que el actor tiene a su alcance otros medios de defensa judicial para hacer valer sus pretensiones y que no existe prueba que permita colegir la existencia de un perjuicio irremediable, por lo que solicita negar la acción impetrada.

3. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali (no impugnada).

3.1. Mediante fallo del 2 de julio de 2009, el juez de instancia negó el amparo considerando que la acción de tutela es de naturaleza subsidiaria, por tanto, no es el mecanismo para obtener el reconocimiento y pago de una pensión. Expresó que tal como lo ha dicho la Corte Constitucional, sólo procede el recurso para ordenar el pago de una acreencia prestacional que ya ha sido reconocida mediante el agotamiento del procedimiento correspondiente ante la entidad competente.

Manifestó, que la discusión sobre el tiempo de cotización de las 50 semanas y el pago extemporáneo de los aportes no le corresponde dirimirla al juez de tutela sino a la justicia ordinaria, quien definirá si le asiste o no derecho a la pensión de invalidez del accionante y

a cual entidad le corresponde asumirla, si al empleador que no efectuó los pagos a tiempo, o al fondo de pensiones que acogió los pagos extemporáneamente. Adujo también, que ante la negativa de la entidad de reconocer la pensión de invalidez, puede el actor solicitar reconsideración ante Porvenir, las veces que considere necesario, aportando las pruebas pertinentes para el caso, o en últimas como se dijo acudir a la justicia ordinaria. Señaló finalmente, que tampoco puede concederse la acción como mecanismo transitorio ya que no se deduce el perjuicio irremediable causado y que este ha debido probarse.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las decisiones proferidas en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 21 de Agosto de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad.

2.1. La Sala de Revisión determinará, si la acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a un afiliado a un fondo de pensiones a quien le fue negada, inicialmente con el argumento de no cumplir con el requisito de las 50 semanas de cotización establecido en la Ley 860 de 2003 y posteriormente por el pago extemporáneo de las cotizaciones realizadas por el empleador, para lo cual deberá establecerse si se están vulnerando los derechos al mínimo vital y móvil, dignidad humana y seguridad social.

2.2. Con el fin de abordar el problema jurídico la Sala hará referencia a:

(i) La protección del discapacitado en el ordenamiento constitucional; (ii) Los requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez y la procedencia excepcional de la acción de tutela para su reconocimiento y pago y; iii) El pago de aportes extraordinarios al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la

estructuración de la invalidez y la figura del allanamiento en la mora, para luego verificar si existe vulneración o no en el caso concreto.

3. La protección especial del discapacitado en el ordenamiento constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Nuestra Carta Política en varias de sus disposiciones, establece una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. A su vez, en el artículo 47 establece que el Estado “adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ha señalado esta Corporación¹², que los mandatos constitucionales imponen al Estado: i) el deber de otorgar un trato diferente y tomar las medidas necesarias y favorables para que las personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás, a fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.); ii) la obligación de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y el deber de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (art. 13 C.P.); y (iii) el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran (arts. 47 y 54 C.P.).

De este modo, se concluye que las autoridades deben obrar diligentemente frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que merecen especial protección, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del Constituyente de garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.¹³

3.3. Caso concreto.

El actor, quien se desempeñaba como guardia de seguridad de la empresa Aseo Total, se encuentra en situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta por la discapacidad que padece pues tal como se encuentra acreditado en el material probatorio, ha sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 52.23% por un glaucoma, enfermedad de origen común, que lo imposibilita para trabajar y obtener una fuente de ingresos y por las condiciones económicas que padece, ya que su familia no quiere seguir colaborándole con su manutención, tal como lo manifestó en el proceso.

4. Requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez y procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar su reconocimiento y pago.

4.1. La pensión de invalidez, si bien es un derecho de creación legal, encuentra fundamento en la Carta Política en los artículos 25, 48 y 53.

4.2. El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, recogido en la Ley 100 de 1993 definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez¹⁴. Este artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056 de 2003. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la Ley 860 de 2003 que entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2003 y que cambió las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez¹⁵. Actualmente, esta Corporación en reciente sentencia C-428 del 1º de julio de 2009¹⁶, entró a resolver si los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003, en comparación con los establecidos en el artículo 39 de la ley 100, resultaban contrarios al principio de progresividad. De conformidad con lo analizado, declaró la exequibilidad del requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez de las que tratan los numerales 1 y 2 y la inexecutable del presupuesto de fidelidad.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional¹⁷ ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de pensiones, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, cuya competencia está en cabeza de la justicia laboral o contenciosa administrativa, según el caso. No obstante lo anterior, en situaciones excepcionales ha admitido por vía de tutela el reconocimiento de una

pensión, en particular la de invalidez, cuando por las circunstancias del caso concreto adquiere carácter de fundamental.

El derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando está en conexidad con derechos como la vida, la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. Pues bien, en aquellos casos en los que la omisión en el reconocimiento o en el pago de la pensión, amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona en estado de invalidez, procede la acción de tutela. En efecto, se ha estimado que someter a un litigio laboral a una persona disminuida laboralmente, que no puede acceder al trabajo y por ende a una fuente de ingresos, resulta a todas luces desproporcionado, por lo que la Corte en diversas oportunidades ha concedido el amparo como mecanismo definitivo¹⁸, o transitorio¹⁹. Ello por cuanto la pensión de invalidez representa un derecho esencial e irrenunciable²⁰, de cuyo disfrute depende la supervivencia de aquellas personas que han visto menguada o disminuida su capacidad laboral, por razones ajenas a su voluntad.²¹

También, ha dicho la Corte²² que las entidades administradoras de pensiones tienen la función de exigir al patrono la cancelación oportuna de los aportes pensionales, no siendo posible a aquella alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución.

4.3. Caso concreto.

En el presente caso, la entidad le negó primeramente la pensión de invalidez al actor por no acreditar el requisito señalado en el Art. 1º de la Ley 860 de 2003, respecto a las 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez que ocurrió el 22 de junio de 2007. Aduce la entidad, que tan solo acreditó 19 semanas. No obstante lo anterior, una vez probado que descontaban los aportes pero no los pagaban, solicitó su cancelación con el fin de que no se afectara el derecho de su representado a pensionarse. En efecto, la empresa donde laboró el accionante canceló los aportes y la entidad accionada los recibió, completándose así el tiempo de 51.8 semanas de cotización.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que se está vulnerando el derecho del actor al reconocimiento de su pensión de invalidez, toda vez que se comprobó que cumplió con el

requisito de las 50 semanas cotizadas y aunque los aportes se realizaron extemporáneamente por el empleador, al actor si se le descontaron periódicamente de su salario. Por tanto, como se dijo anteriormente, no le corresponde a éste soportar las consecuencias negativas ocurridas por la desidia del empleador en el pago de los aportes a seguridad social. Además, es de advertir que el demandante es una persona de 57 años que padece una enfermedad grave en sus ojos y que por ello ha sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 52.23%.

5. Pago de aportes extraordinarios al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la estructuración de la invalidez. Allanamiento a la Mora.

5.1. Como ya ha sido reiterada la jurisprudencia en este tema, a continuación se presentará una breve síntesis de las reglas jurisprudenciales definidas por esta Corporación.

- Para que las Entidades Administradoras de Pensiones tengan la obligación de reconocer la pensión de invalidez deben reunirse dos requisitos: i) pérdida de la capacidad laboral y ii) monto de cotizaciones exigidos por la ley, para lo cual deberán tenerse en cuenta los ciclos de cotización que se hayan causado con anterioridad a la estructuración de invalidez.

- Cuando se realizan pagos con posterioridad a la estructuración de la invalidez que correspondan a ciclos anteriores y las entidades encargadas de administrar el Sistema aceptan dichos pagos, se presenta la figura del “allanamiento a la mora”, lo cual implica que aceptan el pago en tanto no se alegó al momento en que se efectuaron los mismos²⁴. Esta posición ha sido aplicada por esta Corporación cuando se trata de reconocer por vía de tutela la licencia de maternidad, el reconocimiento y pago de pensiones de vejez o el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez²⁵

- La carga del incumplimiento del empleador por el no pago de aportes que se le han descontado oportunamente al empleado y no se han transferido al Sistema General de Seguridad Social, no puede estar en cabeza de este, ya que las administradoras de los

distintos subsistemas cuentan con los mecanismos legales²⁶ que les permiten el cobro de los aportes no pagados por los empleadores y las faculta para imponer sanciones por cancelación extemporánea²⁷

5.2. Con fundamento en los enunciados anteriores, la Corte concluye: i) del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, previo cumplimiento de los requisitos legales, depende la protección efectiva de los derechos fundamentales de personas que por su discapacidad son sujetos de especial protección constitucional; y ii) habida cuenta de la relevancia constitucional que el tema de pensión de invalidez tiene, la mora patronal en el pago de los aportes destinados a ella no constituye motivo suficiente para enervar el suministro de la misma, máximo si se tiene en cuenta los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para que las entidades administradoras de pensiones cobren las cotizaciones respectivas²⁸.

5.3. Caso concreto.

Una vez cumplido por el actor el requisito exigido por el art. 1º de la Ley 860 de 2003, relativo a las 50 semanas de cotización, su apoderado elevó un derecho de petición a la entidad accionada solicitando nuevamente el reconocimiento de la pensión. Sin embargo, ésta la volvió a negar, ahora con el argumento que los aportes realizados fueron extemporáneos.

Como se dijo anteriormente, la mora del empleador no puede constituir una carga para el empleado y si además se suma el hecho que la entidad haya recibido el pago aunque en forma tardía de los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del demandante, entonces se allanó a la mora del empleador y, en consecuencia, debe asumir el pago de la prestación reclamada por el demandante, como quiera que para la fecha en que se estructuró el estado de invalidez, éste se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social en pensiones, cotizando como dependiente a Porvenir S.A., sin perjuicio de que para esa fecha su empleador se encontrara en mora, pues a él se le estaban descontando oportunamente los aportes. Finalmente la empresa Aseo Total, realizó el pago de los mismos y la entidad los aceptó. De otra parte, en el expediente no obra prueba que demuestre que Porvenir S.A, haya hecho uso de los medios disponibles para

lograr el pago de las cotizaciones dejadas de cancelar.

En ese orden de ideas, le corresponde a Porvenir S.A. reconocer la pensión de invalidez del actor, pues es evidente que por la omisión de esta, el demandante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por su especial condición física y económica, toda vez que sus familiares no quieren colaborarle para su sostenimiento.

6. Razón de la decisión.

6.1. La Sala encuentra procedente la acción de tutela de la referencia, toda vez que se encontró demostrada la vulneración de los derechos fundamentales del actor a la seguridad social y al mínimo vital, con la omisión de la entidad accionada de negar el reconocimiento de la pensión de invalidez. El actor logró demostrar que sí cumplía con el requisito del art. 1 de la Ley 860 de 2003 relativo a las 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez que ocurrió el 22 de junio de 2007.

6.2. En cuanto a los pagos realizados de forma extemporánea, la entidad accionada os recibió sin haber realizado ninguna gestión para lograr el pago, por tal razón se allanó a la mora del empleador y le corresponde asumir el pago de la pensión de invalidez reclamada por el actor a quien al perder su capacidad laboral le es imposible procurarse una fuente de ingresos para su subsistencia.

Por lo anterior, la Sala Quinta de Revisión ordenará a Porvenir S.A. reconocer y pagar la pensión de invalidez al peticionario desde la fecha de estructuración de la invalidez.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, el 2 de julio de 2009. En consecuencia TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital del señor Orlando Olivar, por las razones expuestas en esta

sentencia.

Segundo.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, proceda a reconocer y pagar la pensión de invalidez por riesgo común a favor del señor Orlando Olivar desde la fecha de estructuración de invalidez.

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

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La tutela fue interpuesta el 12 de junio de 2009. Ver folio 31 del cuaderno de pruebas #1 del expediente.

2 Ver folios 17 a 21 del cuaderno #1 del expediente.

4 Ley 860 de 2003: Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39.

Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

5 Ver folios 2 a 5 del cuaderno #1 del expediente.

6 Ver folios 4 a 11 del cuaderno #1 del expediente.

7 Ver folios 12 a 15 del cuaderno #1 del expediente.

8 Sentencia T-205 de 2002.

9 Respuesta de Porvenir S.A. al derecho de petición, el 3 de junio de 2009. Ver folio 16 del cuaderno #1 del expediente.

10 Ver folio 38 a 49

11 El inciso primero del artículo 39 del Decreto 1406 de 1999 dispone: DEBERES ESPECIALES DEL EMPLEADOR: Las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante.

12 Sentencia T-043 de 2005 y T-220de 2007.

13 Sentencia T-719 de 2003.

14 El artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original estableció los siguientes requisitos: "Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean

declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

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

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

15 Ver sentencia T-103 de 2008. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

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

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

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya

cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

16 Ver comunicado oficial N° 29 del 1 de julio de 2009 de esta Corporación.

17 Ver entre otras la T-580 de 2007, T-103 de 2008, T-826 de 2008 y T-1030 de 2008

18 Sentencia T-860 de 2005, T-817 de 2001 y SU-1023 de 2001, entre otras.

19 Sentencia SU-1354 de 2000.

20 La pensión de invalidez es un derecho de creación legal, pero que encuentra fundamento en la Constitución Política (Art. 25, 48 y 53).

21 Ver entre otras la sentencia T-184 de 2007.

22 Ver entre otras la sentencias SU- 430 de 1998, C-177 de 1998 y T-138 de 2005.

23 Ibidem.

24 Sentencia T-860 de 2005.

25 Sobre el particular la Corte al referirse a la doctrina del allanamiento a la mora dijo en Sentencia T-043 de 2005, lo siguiente: "... el pago extemporáneo de las cotizaciones al sistema de seguridad social para efectos del reconocimiento de diferentes acreencias laborales como las pensiones de invalidez, las licencias de maternidad y las pensiones de sobrevivientes, entre otras, no es razón suficiente para justificar que el trabajador deba soportar las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud o en pensiones, en la medida en que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hicieron las deducciones respectivas". (negrilla adicionada)

26 Los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 establecen mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador.

27 Sobre el asunto dijo recientemente la Corte en la sentencia T-668 de 2007:

“De lo expuesto, es claro, entonces, que la ley atribuye claramente a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También ha precisado la Corporación²⁷ que, estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización.

Además de lo anterior, tampoco les es dable a tales entidades, hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes o de la falta de descuento de los mismos, toda que vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual se encuentra ajeno a dicha situación.”

28 Ver T-498 de 2008.