

Sentencia T-1209/08

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de prestaciones sociales

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza y finalidad

ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES-Mecanismos para el cobro y sanción por cancelación extemporánea de aportes

ACCION DE TUTELA-Reconocimiento pensión de sobrevivientes

Referencia: expediente T-2009901

Acción de tutela interpuesta por Martha Lucía Guzmán Peralta contra la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y otros.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá D.C. y el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá D.C., en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Martha Lucía Guzmán Peralta contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la cooperativa Proteger y Administrar, la empresa Vulcanizaciones Técnicas -Vulcatec- y la asociación mutual de servicios sociales -Previsocial-.

I. ANTECEDENTES.

La señora Martha Lucía Guzmán Peralta, instaura acción de tutela contra la AFP Porvenir, Vulcatec, Proteger y Administrar y Previsocial, al considerar que dichas entidades le están vulnerando tanto a ella como a sus hijos, sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social, al negarse a reconocer y pagar el derecho a la pensión de sobrevivientes, a la cual dice tienen derecho. Sustenta su demanda en los siguientes

1.- Hechos.

La accionante manifiesta que cuenta con 40 años de edad, que contrajo matrimonio con el señor Roberto Prieto Triana y fruto de esa unión quedaron cuatro hijos de 10, 12, 14 y 18 años de edad, advirtiendo que tanto ella como sus hijos dependían económicamente del trabajo de su cónyuge.

Señala que a su fallecido cónyuge le fue diagnosticado cáncer de colon en el mes de diciembre de 2006, siendo sometido a numerosos tratamientos, los cuales no surtieron el efecto esperado, falleciendo el 10 de marzo de 2007. Advierte que como consecuencia de la citada enfermedad, durante el último mes de vida su cónyuge estuvo incapacitado, siendo cancelada esta incapacidad por parte de la EPS Cruz Blanca, a su último empleador VULCATEC. Agrega que en calidad de beneficiaria y herederos, junto con su grupo familiar, se acercaron a la AFP Porvenir, a fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y para ello procedieron a reunir la documentación requerida, radicándola para el estudio respectivo.

Afirma que ante la anterior solicitud, Porvenir le informó que su cónyuge, a pesar de cumplir a cabalidad con el requisito de fidelidad al sistema exigido en el artículo 12 de la ley 797 de 2003, no cumplía con el mínimo de cincuenta semanas de cotización dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, pues solo le aparecían registradas cuarenta semanas, atendiendo a que su empleador no había hecho aportes a pensión.

Añade que el señor Luis Carlos Clavijo Caro, último empleador de su esposo y propietario de la empresa VULCATEC, contrató con la empresa Previsocial desde el mes de marzo de 2006 y hasta junio de 2006 e inmediatamente después contrató con la Cooperativa de Trabajo Asociado Proteger y Administrar, para que a través de éstas se realizaran los respectivos pagos de aportes a salud y pensión, pues los salarios y prestaciones los pagaba VULCATEC.

Asevera que al momento de la muerte de su esposo, la empresa VULCATEC se puso al día con la Cooperativa de Trabajo Asociado en los aportes adeudados a salud y pensión, correspondientes a los meses comprendidos desde julio de 2006 hasta abril de 2007. Sobre el particular expone que dichos pagos los realizó Proteger & Administrar ante Porvenir, y le fueron entregados los recibos de pago de los aportes como prueba del cumplimiento de la obligación. Menciona que en los aludidos recibos se encuentra estampado el sello de Porvenir, con las fechas y cantidades pagadas, lo que a su juicio demuestra que independiente del pago extemporáneo de algunos aportes, estos se realizaron y Porvenir los aceptó.

Corolario a lo anterior expresa, que es una obligación de la Administradora del Fondo de Pensiones requerir a los empleadores para que se pongan al día en el pago de los aportes, pues para ello descuenta una cuota de administración que incluye este tipo de gestión, con el fin de mantener los aportes al día, ya que ellos cuentan con los mecanismos legales para requerir a los empleadores, para tal efecto.

Ratifica que los pagos de aportes se cumplieron a cabalidad, alcanzándose así los requisitos exigidos en la ley para obtener el reconocimiento a la pensión, siendo éste el único medio que tienen para subsistir tanto ella como sus cuatro hijos. Sobre este aspecto señala que su grupo familiar no cuenta con suficientes recursos para vivir dignamente, ya que dependían económicamente de su cónyuge, y que a raíz de su fallecimiento sus vidas dieron un vuelco total, por tanto, advierte que la decisión adoptada por la AFP, bajo el argumento que los empleadores no realizaron los aportes en término, afectan los derechos fundamentales suyos y de sus hijos, ya que la administradora de pensiones se allanó a la mora y ahora pretende valerse de su propia negligencia para sacar provecho.

En consecuencia solicita se ordene a la AFP Porvenir, expida una nueva determinación, en la que se reconozcan todos los pagos hechos a dicha entidad, y se liquide así la pensión de sobrevivientes.

2.- Trámite procesal.

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá, mediante auto de fecha 19 de mayo de 2008, avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y dispuso que la misma fuera comunicada a las entidades accionadas, a efectos de que ejercieran su derecho de defensa,

quienes emitieron respuesta en los términos que se exponen a continuación.

3. Respuesta del la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El Director Jurídico de la AFP Porvenir, solicitó se denegara y/o se declarara improcedente la presente acción de tutela, respecto de dicha entidad, atendiendo a que en su entender, la responsabilidad respecto de la eventual vulneración de los derechos fundamentales alegados por la accionante, es exclusiva del empleador, el señor Luis Carlos Clavijo propietario de la empresa Vulcatec, quien canceló en forma extemporánea o no canceló los aportes a la seguridad social del afiliado fallecido.

A efectos de aclarar su petición, expone que una vez verificada la información que reposa en la entidad, se pudo establecer que el señor Roberto Prieto Triana, se encontraba afiliado a esa administradora de pensiones hasta el momento de su muerte. Sin embargo, respecto de la pensión de sobrevivientes aclara que, ésta se encuentra diseñada para cubrir una contingencia derivada de la muerte del pensionado o afiliado al Sistema General de Pensiones y se otorga siempre que se cumplan con los requisitos previstos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, donde se resalta: tener 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, y tener un porcentaje de fidelidad de cotización al sistema igual o superior al 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumple 20 años de edad y la fecha de fallecimiento.

Hecha la precisión anterior, explica que el afiliado Triana Prieto, no completó dentro de los últimos 3 años anteriores a su muerte las 50 semanas requeridas por la ley, toda vez que solo cotizó 40 durante su tiempo de vinculación.

En ese orden de ideas expresa, que Porvenir no ha vulnerado ni amenazado ningún derecho fundamental de la accionante, y que simplemente ha actuado conforme a los mandamientos legales sobre la materia, lo que ha generado el rechazo de la solicitud pensional.

Además señala, que el sistema de seguridad social funciona como un seguro para lograr la cobertura de los riesgos de invalidez vejez y muerte, lo que hace indispensable que el afiliado se encuentre cotizando antes que sobrevenga el riesgo asegurable, para el caso, la

muerte. En consecuencia reitera que la responsabilidad de la negación de la solicitud pensional elevada por la accionante, es exclusiva del empleador, atendiendo al incumplimiento presentado por éste en el pago de los aportes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1406 de 1991.

Agrega que no resulta razonable ni acorde a la ley, que esa entidad tenga que reconocer una pensión de la cual no recibió del empleador los correspondientes aportes para cubrir el riesgo, sino sólo después de que se presentó el infortunio.

Señala que debido a que para la fecha de la muerte del señor Prieto Triana no se encontraba cotizando al Sistema General de Pensiones, como consecuencia del incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, la aseguradora con la que la entidad tiene contrato de seguro previsional, no aportará para el caso la suma necesaria para integrar el capital que se requiere para financiar la pensión de sobrevivientes. Indicando además, que a la accionante se le puso de presente que por no reunir los requisitos necesarios para alcanzar la pensión invocada, se le podría hacer la respectiva devolución de saldos contemplada en el artículo 78 de la ley 100 de 1993.

Como fundamento adicional expone que la tutela tiene un carácter subsidiario, del cual se ha hecho caso omiso, pues el presente conflicto debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, y agrega que resulta improcedente la acción como mecanismo transitorio pues no se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable.

4. Respuesta de la cooperativa Proteger y Administrar.

Esta persona jurídica, a través de apoderado judicial, dio respuesta a la solicitud de amparo solicitando su exoneración de cualquier tipo de responsabilidad que pudiera generar el fallo de tutela. Al respecto expresó que el señor Roberto Prieto Triana, se vinculó a la cooperativa a partir del 01 de agosto de 2006 y se retiró el 01 de marzo de 2007, sobre dicho periodo expone que la Cooperativa Proteger y Administrar consignó las cotizaciones para pensiones del asociado al fondo de pensiones Porvenir. En este sentido, relaciona los periodos y fechas de pago de los aportes efectuados ante Porvenir desde el mes de julio de 2007 hasta marzo de 2008.

En consecuencia advierte que la Cooperativa no ha violado ningún derecho fundamental a la

accionante, pues cumplió con su obligación de realizar el pago de las cotizaciones para pensiones en el tiempo que perteneció a la entidad. Agrega que Proteger y Administrar no tiene competencia, ni hace parte de sus actividades el reconocimiento y pago de pensiones.

5. Respuesta de la empresa Vulcanizaciones Técnicas -Vulcatec-.

A través de apoderado judicial, la empresa Vulcatec solicitó se le exonerara de cualquier tipo de responsabilidad que pudiera generar la acción de tutela, atendiendo a que no ha vulnerado ningún derecho fundamental al grupo familiar del señor Prieto Trina, debido a que en el periodo en que existió un vínculo con el occiso, se cumplió con el pago de cotizaciones al fondo de pensiones Porvenir.

Conforme a lo señalado indicó, que el señor Roberto Prieto se vinculó con la empresa desde el 06 de marzo al 01 de junio de 2006, periodo dentro del cual fueron realizados los pagos a la seguridad social a través de la agrupadora Previsocial. Añade que un nuevo periodo de vinculación fue del 01 de agosto de 2006 al 01 de marzo de 2007, con la cooperativa Proteger y Administrar C.T.A. que también consignó las cotizaciones para pensiones del asociado al fondo de pensiones Porvenir. En ese sentido expone que son los fondos de pensiones los obligados a solucionar el pago de pensiones o indemnizaciones de la misma, por ser ellos quienes reciben los aportes para tal fin.

Por último agrega que el Fondo de Pensiones no ha comunicado ningún problema en los pagos realizados, por lo que de existir cualquier inconveniente, atendiendo a la figura del allanamiento a la mora, la responsabilidad recaería en Porvenir.

6. Respuesta de la Asociación Mutal de Servicios Sociales -Previsocial-.

El representante legal de la asociación mutal de servicios sociales -Previsocial- manifestó que el señor Roberto Prieto solicitó a dicha firma su vinculación para poder acceder a los servicios mutualistas, específicamente en lo relacionado a la posibilidad de afiliarse al Sistema Integral de Seguridad Social. En este sentido expone que Previsocial aceptó su solicitud, procediendo a vincularlo al aludido sistema para que pudiera ejecutar su contrato de prestación de servicios con la empresa Vulcatec.

Aclara que una vez se produjo la vinculación del asociado Previsocial, procedió a cancelar los

aportes a las administradoras del sistema con los recursos que depositara el asociado para el pago de sus servicios, así como también en el momento que solicitó su desvinculación, se procedió a presentar la novedad de retiro.

Expone que entre el señor Prieto Triana y la Asociación no existió una relación laboral, la que se desarrolló con la empresa Vulcatec, limitándose la asociación mutual a afiliarlo al sistema de seguridad social por el periodo determinado por el asociado, lapso durante el cual se realizaron los aportes al sistema de seguridad social.

II PRUEBAS.

A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente:

* Copia del certificado de defunción del señor Roberto Prieto Triana, del 10 de marzo de 2007 (folio 13).

* Copia de la respuesta proferida por Porvenir S.A., a la señora Marhta Lucia Guzmán Paralta, donde le informan que no procederá el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 78 de la ley 100 de 1993, lo que corresponde es la devolución de saldos (folio 14 y 15).

* Copia de la relación de pagos al fondo de pensiones obligatorias Porvenir por parte de la cooperativa de trabajo asociado Proteger y Administrar a favor del señor Roberto Prieto Triana (folio 16).

* Certificación expedida por el señor Luis Carlos Clavijo, propietario de Vulcatec, donde confirma que el señor Roberto Prieto Triana laboró como contratista en dicha empresa desde el 06 de marzo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006. Señalando que por intermedio de la agrupadora Previsocial, periódicamente pagaba sus aportes y se trasladó a Proteger y

administrar desde el 01 de agosto de 2006, hasta su fallecimiento (folio 17).

* Copia de los comprobantes de consignación hechos por Previsocial y Proteger y Administrar a Porvenir por los periodos correspondientes a los meses de mayo de 2006 hasta marzo de 2007 (folios 21 a 49).

* Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora Martha Lucía Guzmán Peralta (folio 49).

* Copia de los registros civiles de nacimiento de los hijos concebidos por el causante, el señor Roberto Prieto Triana y la accionante, la señora Martha Lucía Guzmán Peralta, los que se identifican como David Sebastián Prieto Guzmán, nacido el 29 de agosto de 1997; Darling Estefanía Prieto Guzmán, nacida el 28 de septiembre de 1995; Robert Alejandro Prieto Guzmán nacido el 04 de noviembre de 1993; y Leyton Giovanni Prieto Guzmán nacido el 10 de diciembre de 1989 (folios 50 a 53).

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1.- Decisión de primera instancia.

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante sentencia de mayo 29 de 2008, resolvió no tutelar a favor de la señora Martha Lucia Guzmán Peralta, los derechos fundamentales que consideraba vulnerados por parte de las empresas accionadas.

Consideró el despacho que el presente asunto correspondía ser resuelto por vía ordinaria laboral, por ser ese el mecanismo de defensa adecuado, atendiendo a que en su criterio no se presenta la existencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente expone que el asunto bajo examen hace referencia a un enfrentamiento de pretensiones que corresponden adelantarse ante la jurisdicción ordinaria, toda vez que la actuación de la accionada Porvenir AFP se encuentra ajustada a derecho, por haber actuado

conforme a lo establecido en la ley 797 de 2003, en lo que respecta a las semanas de cotización y fidelidad frente al sistema, quedando por determinar la responsabilidad que le asiste a las otras accionadas, como es el caso de la empresa Vulcatec como empleador del afiliado fallecido.

2.- Impugnación.

En desacuerdo con la anterior decisión, la accionante dentro del término legal la impugna.

Alega que el juez de primera instancia se limitó señalar que existía otro medio de defensa judicial y la ausencia de un daño irremediable, lo que considera se sale de todo contexto, pues con el fallecimiento de su cónyuge, se vio desamparada, quedando a cargo de sus cuatro hijos, siendo su única esperanza de sacar adelante su hogar, la pensión de sobrevivientes a que dice tener derecho, el cual le ha sido negado por parte de la AFP Porvenir, debido a que los empleadores realizaron los aportes fuera de término y no acepta aquellos que se hicieron con posterioridad a la muerte de su esposo, situación que alega, no le corresponde asumir, pues son las entidades accionadas las que tienen de una u otra manera cierto grado de responsabilidad.

Agrega que no se puede condicionar su derecho a la interposición de una demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, pues no cuenta con los medios suficientes para pagar un abogado, encontrándose entonces latente el perjuicio irremediable, pues no tiene como proporcionarse su auto sostenimiento así como el de sus cuatro hijos, quienes dependían completamente del causante.

3.- Decisión de segunda instancia.

El Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá D.C., a través de la providencia de julio 07 de 2008 confirmó la decisión de primera instancia. Considera el ad quem que la accionante contaba con otros medios expeditos para la defensa de sus intereses, como lo son los recursos de reposición y apelación, en contra de las decisiones adoptadas por la sociedad administradora de fondo de pensiones Porvenir, de los cuales no hizo uso, en consecuencia entiende que no es la tutela el medio para reparar esa omisión, por lo que resulta acertada la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2.- Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. La señora Martha Lucia Guzmán Peralta, a través de la presente acción de tutela pretende la protección de los derechos fundamentales suyos y de sus hijos, los que considera vulnerados por las entidades AFP Porvenir, Vulcatec, Proteger y Administrar, y Previsocial, ante la falta de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que les corresponde con ocasión de la muerte de su cónyuge y padre de sus cuatro hijos, de 10, 12, 14 y 18 años de edad, debido a que supuestamente no cumplen a cabalidad con el requisito de haber cotizado 50 semanas durante los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, ya que solo registra 40 semanas cotizadas. La accionante discrepa de la situación expuesta pues entiende cumple con el aludido requisito, pues la empresa empleadora consignó de manera extemporánea los aportes requeridos para alcanzar el número de semanas exigido, siendo aceptada tal situación por parte de la administradora del fondo de pensiones.

Expone que tal situación está afectando los derechos fundamentales de su grupo familiar, pues dependían económicamente de su fallecido esposo, y que a causa de su deceso su vida dio un vuelco total, pues no cuenta con los recursos suficientes para atender las necesidades de su grupo familiar, ya que tiene bajo su cuidado cuatro hijos, quienes aún no trabajan y en su mayoría son menores de edad.

2.2. Por su parte Porvenir AFP, solicita se declare improcedente la presente acción de tutela, al menos en lo que a su responsabilidad se refiere, pues entiende que el motivo por el cual no es posible el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora y sus hijos, obedece a que el señor Luis Carlos Clavijo propietario de la empresa Vulcatec, en su calidad de empleador del causante, canceló en forma extemporánea o no canceló los aportes a la seguridad social del afiliado fallecido.

A su vez la empresa Vulcatec, donde el señor Prieto Triana presto sus servicios, expone que

en el periodo en que existió un vínculo con el occiso, se cumplió con el pago de cotizaciones al fondo de pensiones Porvenir. Advierte que son los fondos de pensiones los obligados a solucionar el pago de pensiones o indemnizaciones de la misma, por ser ellos quienes reciben los aportes para tal fin. Y por último agrega, que el Fondo de Pensiones no ha comunicado ningún problema en los pagos realizados, por lo que de existir cualquier inconveniente, atendiendo a la figura del allanamiento a la mora, la responsabilidad recaería en Porvenir.

La Cooperativa Proteger y Administrar expresó que consignó las cotizaciones para pensión de su asociado a Porvenir S.A., por lo que advierte que la Cooperativa no ha violado ningún derecho fundamental a la accionante, ya que cumplió con su obligación de realizar el pago de las cotizaciones para pensiones en el tiempo que perteneció a la entidad.

2.3. Los jueces de instancia en tutela denegaron el amparo al considerar que la acción era improcedente por contar el accionante con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción competente y no demostrar la existencia de un perjuicio irremediable.

2.4. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, corresponde a esta Sala establecer previamente la procedencia de la acción en el caso concreto. En ese orden, de acuerdo a las circunstancias particulares del asunto sometido a estudio, se verificará la procedencia de la tutela en materia pensional, atendiendo a los requisitos jurisprudenciales sobre el tema.

De llegarse a la conclusión que la tutela es procedente, en respuesta al anterior interrogante, se hará referencia a (i) la regulación legal y el desarrollo jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes; (ii) efectos de la mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales; y (iii) por último se hará referencia al caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones. - Procedencia en el asunto sometido a revisión-.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política condiciona la procedencia de la acción de tutela cuando quiera que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Para el cobro de salarios, pensiones u otras acreencias laborales, esta Corporación ha reconocido que existen otros medios para hacer efectivo su pago, no obstante, frente a especiales circunstancias de hecho que puede afrontar el trabajador o pensionado, se hace legítimo acudir a la protección por vía de tutela. En este sentido esta Corte ha indicado:

“Para determinar si la acción de tutela es procedente, la Corte Constitucional ha señalado dos aspectos distintos. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.²

En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.^{3”4}

En virtud de lo anterior, el juez debe establecer a partir de las condiciones de cada caso, si el otro instrumento judicial, es idóneo y eficaz que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela⁵.

Hecha la aclaración anterior, y teniendo en cuenta el presente asunto hace alusión al reconocimiento y pago de un derecho pensional, cabe resaltar que esta Corporación ha sido consistente en sostener que la acción de tutela no puede remplazar las acciones ordinarias laborales que han sido concebidas por el legislador para resolver asuntos de carácter

litigioso. En consecuencia frente a la existencia de otros medios de defensa judiciales, que se caracterizan por ser escenarios pertinentes para ventilar tanto las diversas controversias de índole económica como para desplegar ampliamente las diferentes garantías de orden procesal encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen, permiten suponer que, en principio, la acción de amparo constitucional se torna en un mecanismo impropio para decidir sobre tales pretensiones⁶. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La Jurisprudencia ha coincidido en señalar, por regla general, que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia pensional. Lo anterior se explica, especialmente, porque en estos asuntos se encuentran comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y desarrollo progresivo cuya competencia es atribuida de manera prevalente a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, cuando se logre demostrar su amenaza o violación. Este criterio de interpretación fijado por la Corte es consecuente con el alcance que el Constituyente del 91 quiso reconocerle a la acción de tutela, como un instrumento de protección judicial de los derechos fundamentales, breve y sumario, pero de naturaleza subsidiaria y residual, de manera que sólo permite su procedencia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, o cuando existiendo éste, se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En consecuencia, permitir la utilización de la tutela para el reconocimiento de derechos pensionales sería contrario al artículo 86 de la Constitución que reconoce el carácter excepcional de esta acción para la protección de derechos fundamentales constitucionales cuya existencia, en principio, no se controvierte.”⁷

Así pues, de manera general respecto el reconocimiento de la pensión o del cuestionamiento de los actos que la reconocen la excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograrlo, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte “[h]a reiterado especialmente que en este tipo de controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello⁸. Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar

integralmente estos debates”.⁹

No obstante lo anterior, esta Corporación ha establecido igualmente que en caso de comprobarse que dichos medios ordinarios de defensa judicial no resultaren aptos, idóneos y eficaces para prodigar una protección inmediata a los derechos fundamentales presuntamente transgredidos o amenazados, es evidente que, de manera excepcional, la acción de amparo constitucional se impone como el instrumento calificado y conveniente para salvaguardar las garantías constitucionales fundamentales. En este sentido, se ha indicado que:

“(…) Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal – que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”¹⁰.

En igual sentido, respecto a la existencia de otro medio de defensa judicial la Corte Constitucional, en lo que se refiriere concretamente a derechos pensionales, ha afirmado que la tutela es el medio idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida; pero no una que no tenga tal carácter, pues se trata de un derecho litigioso de carácter legal, como es el caso del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.¹¹ Sin embargo, también ha identificado hipótesis en las que se acepta la ineptitud del medio judicial para estos efectos¹² o se constata la ocurrencia de un perjuicio irremediable.¹³ En este sentido ha sostenido la Corte:

“Ha sido ese el sentir de la jurisprudencia por cuanto el análisis en sede de tutela adquiere relevancia constitucional, cuando las circunstancias de quienes activan el mecanismo excepcional de la tutela se muestran graves y el medio judicial ordinario se torna de tal

manera ineficaz que amenaza el mínimo vital del accionante.¹⁴ En otras palabras, la controversia trasciende el mero plano legal para adquirir un carácter constitucional cuando se compromete la efectividad del derecho fundamental a obtener la pensión de sobreviviente de una persona disminuida físicamente.”¹⁵

En este sentido, la Sala reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶ que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta -como en el presente caso en el que atendiendo las particulares circunstancias de la actora, se encuentran involucrados sus derechos fundamentales como madre cabeza de familia, a cargo cuatro hijos fruto de la unión con su fallecido esposo¹⁷, tres de ellos menores de edad y un hijo que si bien es mayor de edad se encuentra en dentro del grupo de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, por contar con 18 años y tener la posibilidad de desarrollar sus estudios conforme a la normatividad que regula la materia, quienes dependían económicamente del causante y debido a el fallecimiento intempestivo del mismo vieron afectado el desarrollo normal de sus vidas, atendiendo al grave desequilibrio económico y emocional del que han sido víctimas.

En consecuencia cabe resaltar que aún cuando los jueces de instancia declararon improcedente la presente acción de tutela por existir otro medio de defensa judicial y no advertir la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, también es cierto que acudir a dicho mecanismo de defensa, cual es, la jurisdicción laboral, resulta excesivo y desproporcionado, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, pues al tratarse de una madre cabeza de familia con menores de edad a su cargo, requiere de manera imperiosa una solución al asunto expuesto, debido a que los gastos de sostenimiento del grupo familiar eran asumidos por el causante, por ello, la separación a la cual se vieron abocados, generó y está generando una inestabilidad en la educación, la salud, el cuidado y el sostenimiento del numeroso grupo familiar que dejó el afiliado al sistema, donde además existen menores de edad, sobre quienes la accionante procura la protección de sus derechos, para desarrollar su vida en condiciones dignas.

En ese orden de ideas, para esta Sala de Revisión resulta, con motivo de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, desproporcionado someter a la accionante al agotamiento de la vía ordinaria judicial, puesto que del reconocimiento de la prestación económica solicitada, a la cual alega tener derecho, depende la satisfacción del

derecho al mínimo vital propio y el de su grupo familiar¹⁸. Al respecto, este Tribunal ha puntualizado que:

“la controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable”¹⁹.

Conforme a lo expuesto y frente a la ineficacia para el caso concreto de la vía ordinaria, esta Sala concluye que la acción de tutela es procedente como vía principal, atendiendo a la especial circunstancia de vulnerabilidad de la accionante y su grupo familiar. Por tanto, se procederá a analizar, atendiendo el régimen legal aplicable, si la mora en el pago de los aportes a pensión por parte del empleador, puede afectar los derechos de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

4. Sistema general de Seguridad Social en Pensiones. La pensión de sobrevivientes.

El artículo 48 Superior consagra el derecho a la seguridad social, el cual se debe garantizar a todos los habitantes como un servicio público y un “derecho irrenunciable”. Al respecto, la Corte en sentencia T-049 de 2002²⁰ indicó que la categoría constitucional de la seguridad social implica que “[t]al derecho está constituido a su vez por varias expresiones entre las cuales se encuentra el derecho a pensión en sus diferentes modalidades, las cuales incluyen la pensión de sobrevivientes.”

Así en desarrollo del anterior precepto, el legislador ha diseñado el Sistema General de Seguridad Social, en el que participan los sectores público y privado, bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Específicamente a cerca de los criterios que sustentan las diferentes pensiones presentes en este sistema, la sentencia C-896 de 2006²¹ advirtió que en aplicación de la libertad de configuración del legislador se establecieron tres grupos de prestaciones con el objetivo de “brindar protección a todas las personas y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte²²”.

En este sentido, la pensión de sobrevivientes surge como una de aquellas prestaciones referidas que tiene por fin proteger a la familia que se ve desamparada por la muerte de quien proveía el sustento del núcleo familiar, entregando una prestación económica equivalente a lo que se dejó de percibir con ocasión del fallecimiento del causante. En este sentido, la Corte ha señalado que esta pensión “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Nótese, que dicha prestación tiene por finalidad esencial, que los miembros de la familia no queden en el desamparo total cuando fallece quien contribuía a proveer lo necesario para el mantenimiento del hogar”²³.

En particular sobre el concepto, la naturaleza y los fines de dicha prestación, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias oportunidades. Esta Sala de Revisión, por ejemplo, se ha aproximado a ella en los siguientes términos: “(...) la pensión de sobrevivientes es aquella que deja el pensionado o el trabajador activo a sus beneficiarios al morir, la cual busca proteger a las personas que por alguna razón se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta ya sea por motivos de tipo económico, físico o mental²⁴”.

En el mismo sentido en la sentencia C-896 de 2006 -citada-, la Corte diferenció la naturaleza de la pensión de sobrevivientes con los derechos sucesorales generados por un fallecimiento. Con tal objeto, se estableció que aquella tiene fundamento en normas de carácter público y en el principio de solidaridad y que, como tal, la misma tiene como vocación principal la salvaguarda de la completa desprotección y de la miseria generada por la pérdida de un familiar²⁵.

Asimismo, la sentencia C-1255 de 2001²⁶, en la que se estudió una demanda en la que se acusaba el numeral primero del artículo 46 de la ley de Seguridad Social por discriminar a las personas que se hubieren pensionado por enfermedad profesional, se acercó a este concepto bajo los siguientes parámetros:

“12- La pensión de sobrevivientes es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993) y que tiene la finalidad de proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte. Así, según la Corte Suprema, el pago de la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las

personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección”²⁷. Esto significa que esa prestación “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”²⁸

“Los anteriores criterios, desarrollados por el máximo tribunal de la justicia ordinaria, coinciden plenamente con la doctrina desarrollada por esta Corte Constitucional, que en reiteradas ocasiones ha señalado que el derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento²⁹.”

Pues bien, para la doctrina constitucional la finalidad e importancia de la pensión de sobrevivientes es manifiesta: la prestación tiene como vocación fundamental suplir la ausencia del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación³⁰”.

Tal es la importancia de la finalidad asignada a la pensión de sobrevivientes que la jurisprudencia ha previsto, entre otras consecuencias, la censura decidida de los actos que desconozcan dicho propósito. Por ejemplo, en la sentencia C-111 de 2006 se señaló: “Cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, debe ser reiterada (sic) del ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho”.

De hecho, como corolario de lo anterior, la Corte ha manifestado que los conflictos surgidos con ocasión del derecho a la pensión de sobrevivientes “tienen relevancia constitucional en la medida en que su resolución pueda afectar derechos fundamentales como la igualdad y la familia entre otros”³¹. En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que a pesar de ser una prestación económica, ésta también puede ser catalogada, bajo ciertos requisitos, como un derecho fundamental. De hecho, en el último de los escenarios, las Salas de Revisión han

establecido que dicha afirmación “busca lograr en favor de las personas que se encuentran involuntariamente en circunstancias de debilidad manifiesta- originada en diferentes razones de tipo económico, físico o mental y que requieren de un tratamiento diferencial positivo o protector -, un trato digno y justo, por parte de la entidad que debe reconocer y pagar la pensión”³².

Así las cosas, la ley 100 de 1993 reguló esta prestación tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad. En ambos sistemas, los beneficiarios son el cónyuge, la compañera o compañero permanente supérstite, en forma vitalicia; y los hijos en determinadas condiciones. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003,³³ las personas legítimas para tener derecho a la pensión de sobrevivientes son:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizando cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones”.

El numeral 1° del citado artículo regula la situación que se presenta ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, hipótesis en la cual tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente. Lo que se ha denominado sustitución pensional. Por su parte, el numeral 2° de la citada norma, regula lo que ocurre ante la muerte del afiliado, en cuyo caso la pensión de sobrevivientes que se paga a sus allegados dependientes, es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, que se genera - previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley- en razón de su muerte. Consiste en el cubrimiento de un riesgo y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior.³⁴

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite,

siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;³⁵

(...)

Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años³⁶, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

(...)”

De lo expuesto se concluye que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado a los allegados dependientes y, de esta manera, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Por tanto, como se dijo, cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, es contraria al ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como pilares esenciales del Estado Social de Derecho.³⁷

5. Mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ha sido enfática al establecer que la mora o la omisión por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales, puede llegar a afectar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital del trabajador, atendiendo a que de la

consignación oportuna que se haga de los aportes, depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales.

Aunado a lo anterior, este Tribunal ha señalado que una entidad administradora de pensiones no puede negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho argumentando el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual, y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder³⁸. En efecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que forma parte de las normas sobre el Sistema General de Pensiones, establece:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.

En este sentido, la sentencia C-177 de 1998³⁹ sostuvo sobre el incumplimiento patronal:

“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado”.

“Dicho de otra forma, retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse

contra éstas consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez”.⁴⁰

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes pueda afectar directamente los derechos fundamentales de quien ha completado los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, el legislador ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras cobren aquellos y sancionen su cancelación extemporánea, como medio para corregir el funcionamiento del sistema de seguridad social integral y no desproteger al afiliado.⁴¹ Así, los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993⁴² consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador. Por su parte, sobre dicha obligación, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999, establecen los plazos para presentar los aportes y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, establece acciones para el cobro.⁴³

De lo expuesto, se extrae que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para de esta manera solventar las situaciones en mora, así como para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a dichas entidades alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También ha precisado esta Corte 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 cotización⁴⁴.

Aunado a lo expuesto, no es aceptable que dichas administradoras de fondos de pensiones, hagan recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes, toda 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 de mora.

6. Caso concreto.

La accionante solicita el reconocimiento tanto para ella como para sus hijos de la pensión de

sobrevivientes, a la que dice tener derecho al cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, que consagra:

“ART. 46.—Modificado. L. 797/2003, art. 12. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco (25%) por ciento del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento,(...)”

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. señala, que no es posible otorgar el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, ya que, si bien cumple a cabalidad con el requisito de fidelidad al sistema, señalado en la norma en cita, se encontró que el señor Prieto Triana no cumplió con el número de semanas exigido, atendiendo a que en el sistema solo aparecen cotizadas 40 semanas dentro de los tres años anteriores a su muerte. Agrega que a pesar de existir otros periodos adicionales cotizados, los mismos fueron hechos de manera extemporánea, de acuerdo a los plazos establecidos en el decreto 1406 de 1999, por lo que estima, no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de otorgar beneficios pensionales, por tanto indica, que el reconocimiento del derecho alegado por la actora corresponde a el empleador.

Conforme a las circunstancias fácticas y los fundamentos de derecho aplicables al asunto bajo examen, procede la Sala a verificar los periodos cotizados por el afiliado a fin de determinar si le asiste razón a la accionante frente a los requisitos señalados en la norma que regula la materia.

Los aportes del periodo comprendido de marzo a junio de 2006 fueron realizados a través de la agrupadora Previsocial al fondo de pensiones Porvenir así:

NOMBRES Y APELLIDOS DEL AFILIADO

TIPO DE IDENTIFICACIÓN

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN

FECHA DE PAGO

PERIODO DE PAGO

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

08/05/2006

2006/03

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

22/08/2006

2006/03

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

02/06/2006

2006/04

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

22/08/2006

2006/04

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

18/07/2006

2006/05

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

2006/06

Los aportes del periodo de vinculación de agosto de 2006 a marzo de 2007, a través de la Cooperativa Proteger y Administrar se realizaron conforme al cuadro que se expone:

NOMBRES Y APELLIDOS DEL AFILIADO

TIPO DE IDENTIFICACIÓN

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN

FECHA DE PAGO

PERIODO DE PAGO

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

06/09/2006

2006/08

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

06/10/2006

2006/09

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

10/11/2006

2006/10

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

07/12/2006

2006/11

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

2006/12

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

12/02/2007

2007/01

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

09/03/2007

2007/02

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

10/04/2007

2007/03

Igualmente figuran cotizados dos periodos más, a través de la Cooperativa Proteger y Administrar, correspondientes a los periodos de julio y agosto de 2006, los cuales fueron consignados en el año 2008, mediante formulario de auto liquidación donde se corrigieron los periodos correspondientes a los meses de julio y agosto de 2007, así:

NOMBRES Y APELLIDOS DEL AFILIADO

TIPO DE IDENTIFICACIÓN

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN

FECHA DE PAGO

PERIODO DE PAGO

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

04/12/2008

2006/07

ROBERTO PRIETO TRIANA

CC

79.395.790

08/01/2008

2006/08

Hecha la relación anterior, entiende la Sala que fueron consignadas más de 50 semanas a la cuenta del señor Roberto Prieto Triana, con lo cual se estaría cumpliendo a cabalidad con el requisito exigido en la norma que regula lo concerniente a la pensión de sobrevivientes,

aplicable al caso bajo examen. Por tanto, si bien existen algunos periodos cotizados de manera extemporánea los mismos fueron aceptados por la Administradora del Fondo de Pensiones, lo que la obliga, de acuerdo a la jurisprudencia citada, a responder por la pensión invocada por la accionante.

Siendo así, y teniendo en cuenta las semanas cotizadas a la sociedad administradora del fondo de pensiones Porvenir S.A., por la mutual Previsocial y la cooperativa Proteger y Administra, el causante cumple los requisitos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993,45 pues cuenta con más de cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores al fallecimiento y además, con más del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento. Esta conclusión se deriva de la verificación hecha de los comprobantes de consignación hechos a Porvenir, junto con el informe expedido tanto por la empresa Vulcatec, como los presentados por Previsocial y la cooperativa Proteger y Administrar.

Así las cosas, corresponde a Porvenir reconocer la pensión de sobrevivientes invocada por la accionante, por ser la entidad afiliadora del señor Prieto Triana. Lo anterior, partiendo de la base que la actora junto con sus hijos, no debe soportar la carga de la ineficiencia de la Administradora del Fondo de Pensiones, para exigir el cumplimiento oportuno de los aportes hechos por el empleador a la cuenta del señor Roberto Prieto, además de contar con la facultad legal de cobrar los aportes a favor de sus afiliados. En este sentido los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 indican:

“ARTICULO 23. Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

ARTICULO 24. Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo”.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Administradora del Fondo de Pensiones cuenta con mecanismos legales y administrativos para exigir el cobro de los aportes en mora. Por tanto, si el empleador no cumple con su obligación de consignar los aportes dentro del término legal señalado, y la Administradora no exige el cumplimiento del pago oportuno y acepta tal situación, no puede al momento en que se hace exigible el reconocimiento de un derecho pensional, trasladar las consecuencias de ese incumplimiento al afiliado o sus beneficiarios en desmedro de sus derechos fundamentales.

Por consiguiente, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada en forma precedente, es claro, que la sociedad Porvenir S.A. estaba en la obligación de exigir al empleador la cancelación de los aportes pensionales, por cualquiera de las vías legalmente establecidas, así como de imponer las sanciones a que hubiere lugar, y no hacer recaer sobre los beneficiarios de la prestación, las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes o en el traslado de los mismos, toda vez que éste se encuentra ajeno a dicha situación de mora.

En ese sentido, la Corte encuentra que al negarse a la accionante el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, atendiendo a los argumentos expuestos por la administradora Porvenir, se ha vulnerado tanto los derechos fundamentales de ésta como los de sus hijos, quienes de acuerdo con el artículo 47 de la ley 100 de 1993⁴⁶, también son beneficiarios de la pensión que se reclama, y se han visto afectados, quedando en una situación de desprotección, por ser el afiliado fallecido el que cubría los gastos familiares, en lo correspondiente a alimentación, estudio, vestuario, entre otros.

V. DECISION.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá, el 29 de mayo de 2008 y por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, el 07 de julio de 2008. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, y seguridad social de la señora Martha Lucía Guzmán Peralta, junto con sus hijos.

SEGUNDO.- ORDENAR a la sociedad AFP Porvenir S.A. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a la señora Martha Lucía Guzmán Peralta, así como a sus hijos, la pensión de sobrevivientes. Dicho trámite no podrá exceder de quince (15) días.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La norma en cita establece: “las consecuencias derivadas de la presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones de ésta, que afecten el cubrimiento y operativaza 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.”

2 Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

3 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

4 Sentencia T-702 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Sentencias T-1236 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-315 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo

6 Ver, entre otras, Sentencia T-1044 de 2007 y T-177 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Sentencia T-580 de 2005 MP. Rodrigo Escobar Gil.

8 [Cita del aparte transcrito] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

9 T-904 de 2004

10 Ver, entre otras, Sentencia T-033 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Sentencia T-038 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

12 En la Sentencia T-842 de 1999, se ordenó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente.

13 Ver la Sentencia T-001 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

14 Sentencia T-378 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se ordena el reconocimiento de una pensión de sobreviviente.

15 Sentencia T-401 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 Ver entre otras, las sentencias, T-05 de 1995, T-209 de 1995, T-287 de 1995, T-045 de 1997 y T-904 de 2002.

17 Ver folios 50 a 53, donde se destacan los registros civiles de nacimiento de los hijos de la accionante y el señor Roberto Triana Prieto así: David Sebastian Prieto Guzmán nacido el 29 de agosto de 1997, Darling Estefania Prieto Guzmán nacida el 28 de septiembre de 1995, Robert Alejandro Prieto Guzmán nacido el 04 de noviembre de 1993, y Leyton Giovanni Prieto Guzmán nacido el 10 de diciembre de 1989.

18 La determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Sentencia T-489 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

19 Sentencia T-1083 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 M.P.: Marco Gerardo Monroy. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) -parcial- del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (“beneficiarios de la pensión de sobrevivientes”), específicamente la expresión “los hermanos inválidos”.

22 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

23 Sentencia C-1247 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

24 Sentencia T-702 de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández.

25 En la sentencia se afirmó textualmente: “es una prestación que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce a los miembros del grupo familiar más próximos al pensionado o afiliado que fallece -los indicados en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993-, con el fin de garantizarles al menos el mismo grado de seguridad social y económica

con que contaban en vida del causante y salvaguardarlos así de la completa desprotección y de la posible miseria. En este orden de ideas, su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. Además, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, puede llegar a adquirir rango fundamental cuando sus beneficiarios son personas en estado de debilidad manifiesta.(Ver al respecto las sentencias T-072 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-1221 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.)”

26 M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Específicamente el texto demandado es: “Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, que fallezca, y”.

27 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 2 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. 2406, Pág. 518.

28 Ídem

29 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-190/93, T-553/94 y C-389 de 1996.

30 Precisamente, la Corte, en sentencia C-1247 de 2001, MP. Alfredo Beltrán Sierra, señaló que dicha pensión “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Nótese, que dicha prestación tiene por finalidad esencial, que los miembros de la familia no queden en el desamparo total cuando fallece quien contribuía a proveer lo necesario para el mantenimiento del hogar”.

En el mismo sentido en sentencia T-789 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte reiteró que el objeto de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes consiste en proteger a la familia, “puesto que a través de ella se garantiza a los beneficiarios –quienes compartían de manera más cercana su vida con el causante- el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento del(la) pensionado(a)”.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-660 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero. Ver también las sentencias T-1103, T- 695, T-323, T-283, T-263 y la T-122 de 2000.

32 Sentencia T-072 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido, la Corte en sentencia T-1221 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra, manifestó que el derecho a la seguridad social es fundamental “en el caso de las personas que presenten alguna circunstancia de debilidad manifiesta, en razón de su conexidad con el derecho fundamental al mínimo vital y, por lo tanto, su vulneración puede ser conocida a través de la acción de tutela.” A su turno, esta Corporación estimó que la pensión de sobrevivientes es una especie de derecho a la seguridad social y que en consecuencia, “en el caso de personas inválidas por causas físicas o psíquicas, el derecho a la sustitución pensional cobra el carácter de fundamental.”

33 El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dispone: “Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, // 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: // a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento”. Esta norma fue declarada exequible mediante sentencia C-1255 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, y en sentencia C-1094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, en el entendido que: “el caso del literal a) del numeral 2 será exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte

34 Ver Sentencia C- 617 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

35 Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte en Sentencia C-1094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

36 La citada disposición fue declarada exequible mediante sentencia C-453 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

37 Ver Sentencia C-111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, ya citada.

38 Ver Sentencia SU-430 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

39 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

40 En este sentido se puede consultar, entre otras, las sentencias T-334 de 1997 y T-553 de 1998.

41 Ver también sentencia T-205 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

42 Sobre el particular los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 disponen lo siguiente: “ARTICULO 23. Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente”. Y el artículo 24 estipula: “Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo”.

43 El artículo 5° del Decreto 2633 de 1994 establece lo siguiente: “Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades Administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general; sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés

moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // “Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

44 Ver sentencias T-664 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería y T- 043 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

45 ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal condicionalmente exequible> Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

46 “ARTICULO. 47.—Modificado. L. 797/2003, art. 13. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...) c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes *(y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el gobierno)*; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;(...)”