

Sentencia T-263/17

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIONES-Requisitos de procedencia

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza, finalidad y requisitos para su reconocimiento

DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA-Regulación

Sobre el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los casos de muerte presunta, la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar las cotizaciones dentro del marco temporal de 3 años, es el momento en que la persona desapareció

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL CASO DE MUERTE PRESUNTA-Requisitos

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL CASO DE MUERTE PRESUNTA-Caso en que se desconoció el precedente sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar las semanas para el reconocimiento

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL CASO DE MUERTE PRESUNTA-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar pensión de sobrevivientes

Referencia: Expediente T-5.851.337

Acción de tutela formulada por María de las Mercedes Contreras Martínez contra la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha

proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de tutela proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá, el 16 de agosto de 2016, y que concluyó en segunda instancia mediante la decisión adoptada por Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, el 7 de octubre de 2016.

Mediante auto de 27 de enero de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno escogió el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos para efectuar su revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterio de selección: Desconocimiento de un precedente jurisprudencial.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 Manifiesta la accionante que mantuvo una relación de pareja con el señor Libardo Martínez Pérez por 9 años, hasta el día de la desaparición de éste el 26 de octubre de 2001. En el año 2012 tramitó el proceso para la declaratoria de muerte presunta ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá, el cual mediante fallo del 28 de octubre de 2015 dispuso que el día presuntivo de muerte de su pareja fue el 26 de octubre de 2003.

1.2 Informa la accionante que es una persona de 53 años de edad, con un cuadro clínico de “hipoacusia progresiva bilateral de 6 años de evolución, hidrops fluctuante, rehabilitación con audífonos digitales bilaterales inicio de tratamiento médico, asma, signos de compromiso neurológico y visión borrosa”¹. Por tales padecimientos, sumado a su edad, se le dificulta trabajar y conseguir su sustento diario, toda vez que dependía económicamente de su compañero fallecido. A la fecha vive de la solidaridad de la familia y amistades.

1.3 Afirma que el 24 de mayo de 2016 presentó solicitud para pensión de sobreviviente ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. como compañera de Libardo Martínez, entidad que el 21 de junio de 2016 le manifestó que podía pedir la devolución de los aportes, dado que no se acreditó al momento del fallecimiento del señor

Martínez el requisito de las 50 semanas de cotización. Empero, afirma la accionante que su compañero no tenía a la fecha de la declaratoria judicial de su muerte las 50 semanas cotizadas, pero si a la fecha de su desaparecimiento.

1.4 Solicita, en consecuencia, tutelar sus derechos fundamentales, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y, en consecuencia, que se ordene a la accionada reconocer y pagar la pensión de sobrevivencia de manera retroactiva desde la fecha de desaparecimiento de Libardo Martínez Pérez, es decir, 26 de octubre de 2001.

2. Decisión de primera instancia

Con fecha de 16 de agosto de 2016, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá, dictó sentencia denegando las pretensiones de la demanda, señalando que si bien la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia tenían un precedente sobre la materia que favorecía a la accionante, no le era aplicable porque no había interpuesto los recursos de legales conducentes a resolver la controversia planteada, lo cual era necesario pues no se estaba en presencia de un perjuicio irremediable. En términos de esa autoridad judicial:

“la Corte Constitucional en Sentencia T-776 de 2009 con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, reiteró lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 3 de abril de 2008, radicado No. 32156 M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, indicó que “debe decirse que la fecha a partir de la cual se cuentan las semanas necesarias para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ahora ocupa la atención de la Corte, no puede ser la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones...”. Lo anterior, debido a que la Ley 100 de 1993 en lo que se refiere a las pensiones de sobrevivientes no realizó una reglamentación para cuando se presentara el caso de muerte por desaparecimiento, y que de contarse de manera diferente podría desconocer el derecho de los sucesores o cónyuge del desaparecido.

Así las cosas, teniendo en cuenta la documental obrante a folios 12 y 13, se establece que el señor Libardo Martínez Pérez no efectuó cotizaciones sino entre el 29 de septiembre de 2000 y el 10 de septiembre de 2001, habiendo desaparecido el 26 de octubre de esa misma

anualidad. Se tiene entonces que, la fecha para contar las 50 semanas cotizadas por el señor Lúbaro Martínez Pérez, es desde el 26 de octubre de 2001 fecha en que éste desapareció hacia atrás (3 años), y no en la que se declaró su muerte presunta, por lo que en atención al reporte de cotizaciones, el fallecido no cotizó las 50 semanas exigidas por la ley, puesto que cotizó desde el 29 de septiembre del 2000 y hasta el 9 de septiembre de 2001, observándose de la documental aportada que durante dicho periodo en varias oportunidades cotizó 1 o 22 días solamente.

Aunado a ello, se desvirtúa la existencia de perjuicio irremediable que haga urgente y necesaria la intervención del juez constitucional, dado que, el requisito de inmediatez, propio de la acción constitucional, se encuentra desvirtuado en el sub-judice si se tiene en cuenta que, la tutelante dejó de percibir la ayuda económica del señor MARTINEZ PEREZ, desde octubre de 2001, es decir, desde hace más de 15 años.

Debe precisarse que la desaparición del señor MARTÍNEZ lo fue desde el año 2001, el proceso de muerte presunta se inició en el año 2012, como se evidencia a folio 19, es decir, que la accionante MARÍA DE LAS MERCEDES CONTRERAS MARTÍNEZ, esperó 11 años para iniciar el proceso de qué trata el Art. 97 del Código Civil, el cual reza en su contenido que: “(...) La declaración podrá ser provocada (...) después de que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación (...)”, sin que en ningún modo la última citación conlleve a 11 años después, por lo que puede establecerse que la señora MARÍA CONTRERAS pudo sobrevivir y abastecer su mínimo vital todo ese tiempo, incluso hasta la fecha en que PORVENIR PENSIONES le negó la pensión de sobrevivientes, sin que hubiese afectación del tal derecho. Además, de las declaraciones extraprocesales fls.2 a 4, se prevé que tanto la accionante como los otros declarantes, afirman que “vive de la solidaridad de sus familiares y amigos quienes le apoyan para pagar el arriendo, alimentación...”, por lo que su familia la está apoyando económicamente en su manutención, sin que su mínimo vital se reitera se esté afectando por ningún concepto².

3. Impugnación y sentencia de segunda instancia

3.1 Inconforme con la decisión la ciudadana María de las Mercedes Contreras, por intermedio de apoderada judicial, impugnó el fallo de primera instancia. El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito, autoridad judicial que en

sentencia de 7 de octubre de 2016 confirmó la decisión empleando los siguientes argumentos:

“Si bien, la señora Contreras Martínez, está en capacidad de demostrar que era la compañera permanente del afiliado fallecido y por tanto acreedora por sustitución de la pensión del señor Martínez Pérez, también lo es, que es el juez ordinario laboral el que debe ser utilizado (sic) para el reclamo de sus derechos, porque es él a través del proceso declarativo quien reconozca o deniegue la prestación reclamada.

(...)

En casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acudido al amparo de derechos fundamentales, lo cierto es que ello no procede en este caso, pues acá está descartada la inminencia de una daño, menos aún, si se tiene en consideración la existencia de otro medio de defensa judicial, como se indicó.”³.

3.2 Así las cosas, para el juez de segunda instancia era necesario agotar el requisito de subsidiariedad, teniendo en el asunto sometido a estudio correspondía a la justicia ordinaria y no al juez de tutela.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

En el presente asunto, la ciudadana María de las Mercedes Contreras Martínez, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, porque esa entidad se niega a reconocerle la pensión de sobrevivientes por la muerte

presunta de su compañero permanente, el señor Libardo Martínez Pérez, argumentando que no se logró acreditar el requisito de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al momento de la muerte.

La accionante manifiesta que su compañero no tenía a la fecha de la declaratoria judicial de su muerte (26 de octubre de 2003) las 50 semanas cotizadas, pero si a la fecha de su desaparecimiento (26 de octubre de 2001).

En primera y segunda instancia del proceso de tutela, las autoridades judiciales resolvieron negar el amparo porque, en su concepto, la accionante no cumplió con el requisito de subsidiariedad.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Octava de Revisión resolver los siguientes interrogantes: (i) ¿qué momento debe tenerse en cuenta para determinar el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas, establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en los casos de pensiones de sobrevivientes por muerte presunta? (ii) ¿la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir vulneró los derechos fundamentales de la ciudadana María de las Mercedes Contreras Martínez, al contabilizar las semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicitó a partir de la fecha en que se declaró la muerte presunta de su compañero permanente y no desde el momento de su desaparición? (iii) ¿qué criterios deben tenerse en cuenta para el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en los casos que se solicita el reconocimiento de pensiones por medio del mecanismo de acción de tutela? y (iv) ¿las decisiones del proceso de instancia desconocieron el precedente de la Corte Constitucional sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes en los casos de muerte presunta?

Sobre la base de lo expuesto, la Sala estudiará los siguientes temas: (i) el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en los casos que se demanda el reconocimiento de pensiones por medio de acción de tutela, y (ii) el cumplimiento del requisito de cotización en pensiones de sobrevivientes por muerte presunta. Reiteración de jurisprudencia. Luego de ello, se analizará el caso en concreto.

4. El cumplimiento del requisito de subsidiariedad en los casos que se demanda el

reconocimiento de pensiones por medio de acción de tutela.

Como regla general la acción de tutela es residual, es decir, que procede una vez se han agotado los mecanismos ordinarios de defensa judicial dispuestos por el legislador para solucionar una controversia. A su vez, tal procedimiento sólo tiene por objeto la protección de derechos fundamentales, de manera que los asuntos de naturaleza estrictamente económica no pueden proponerse, ni mucho menos resolverse por conducto de ese procedimiento constitucional.

Sin embargo, es pertinente preguntar ¿qué sucede cuando los derechos fundamentales tienen consecuencias económicas? En tales casos, el amparo es procedente, pues resulta inescindible la materialización de una garantía ius fundamental con su componente prestacional. Por ejemplo, tratándose de acciones de amparo para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes, es imposible separar el reconocimiento de una prestación de su pago, toda vez que la naturaleza del derecho a la seguridad social –en su componente pensional– es la satisfacción del mínimo vital, el cual sólo se puede atender a partir del pago periódico del riesgo asegurable.

Una vez expuesto que el reconocimiento de prestaciones económicas por la vía de la tutela sólo procede cuando la falta de pago compromete el núcleo esencial de un derecho fundamental, es preciso analizar si la misma procede aun cuando no se ha acudido al procedimiento ordinario ante la respectiva jurisdicción.

Para ello, es necesario comprender que el requisito de subsidiariedad –agotamiento de los mecanismos judiciales– comprende tres dimensiones:

(a) la idoneidad: que exista un procedimiento previsto por el sistema jurídico, para resolver la controversia jurídica.

(b) la eficacia: es la capacidad que tiene un procedimiento de producir una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad y en un tiempo razonable.

(c) la urgencia: es la necesidad de intervención inmediata del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En relación con la eficacia de los medios de defensa, debe tenerse en cuenta que criterios

como la edad de las personas, la pertenencia a un grupo social y su estado de salud, son importantes para determinar si el tiempo que demora la resolución de los medios ordinarios de defensa es razonable. Así lo ha dispuesto la Corte en los casos que se amenaza la vulneración de un derecho fundamental y que llevan al juez a estudiar el requisito de subsidiariedad de manera menos severa:

“...el juez de tutela debe mostrarse especialmente atento a estas amenazas cuando los beneficiarios de este derecho sean sujetos de especial protección, como miembros de la tercera edad, niños, población desplazada y madres cabeza de familia, pues en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.”⁴.

Luego de ello, debe verificarse si el accionante ha agotado algún trámite administrativo o judicial para el reconocimiento de su pensión, toda vez que la acción de tutela no es el procedimiento para solicitar, por primera vez, el reconocimiento de un derecho, pues procede por la acción u omisión de la administración o de particulares frente a quienes la persona se encuentre en situación de indefensión.

En síntesis, en el caso de pensiones de sobreviviente, no puede establecerse una regla general de procedibilidad, sino que debe analizarse si los medios de los cuales dispone el accionante (de llegar a tenerlos) son idóneos y de ser así, determinar su eficacia; con posterioridad debe verificarse que la persona haya desplegado un mínimo de actividad ante la administración o las autoridades judiciales con el propósito de satisfacer su pretensión. Tales circunstancias deberán estudiarse en cada caso en concreto, como en efecto la Sala procederá en el acápite pertinente.

5. El contenido y finalidad de la pensión de sobrevivientes y el cumplimiento de requisitos para su reconocimiento en los casos de muerte presunta.

Teniendo en cuenta que el derecho a la seguridad social se fundamenta en mayor medida en el principio de solidaridad, es importante señalar que el acceso a las prestaciones que derivan del mismo deben partir del respeto de normas que fomentan la cooperación social.

En el caso de pensiones que cubren los riesgos de vejez, invalidez y muerte su

reconocimiento se encuentra regulado por un marco legal que exige el cumplimiento de requisitos para quien pretenda reclamar tales prestaciones.

La producción normativa en temas de seguridad social también debe observar el criterio de razonabilidad, en el entendido que las disposiciones legales sobre la materia tienen que ser eficaces –producir efectos reales– para garantizar su finalidad.

En el caso de la pensión de sobrevivientes su finalidad no es otra que mitigar las consecuencias económicas de la muerte de una persona, en el sentido de proveer sustento monetario para garantizar el mínimo vital de las personas que dependían del fallecido. Así lo ha considerado la Corte desde sus primeros pronunciamientos, de manera puntual en la sentencia T-173 de 1994, en los siguientes términos:

“[El derecho a la pensión de sobrevivientes] forma parte del patrimonio del trabajador y al fallecer éste surge la sustitución de pensión en forma vitalicia a la viuda, para protegerla económicamente, y a los hijos menores y a los hijos inválidos para que no queden desamparados quienes dependían económicamente del trabajador fallecido.

Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable; la transmisión en el sector privado fue reglada por la Ley 33 de 1973 artículo 1º. Teniendo como antecedentes el Código Sustantivo del Trabajo art.275, Ley 171 de 1961 art.12, Ley 5º de 1969 art.1º, Decreto 435 de 1971 art.15 y la Ley 10 de 1972 art.10. En la Ley 100 de 1993 a esta situación se le da el calificativo de PENSION DE SOBREVIVIENTES (artículo 46 a 49). Se ratifica que a ella tiene derecho en forma vitalicia el cónyuge supérstite y se aclara que además son beneficiarios los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez (art.47-b).”5.

Tal concepto de la pensión de sobrevivientes entendida como una obligación que tiene por objeto garantizar el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del fallecido, ha sido reiterada en las sentencias de tutela T-593 de 2007, T-776 de 2009, T-584 de 2011, T-047 de 2013 y T-588b de 2014, entre otras, en el siguiente tenor literal:

Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad de la pensión de sobrevivientes, el legislador estableció un marco normativo que permitiera su reconocimiento, a partir del cumplimiento de requisitos razonables con los cuales es posible demostrar que el cotizante ha sido solidario con el sistema de seguridad social y, al mismo tiempo, que ha efectuado un aprovisionamiento monetario mínimo que permite la sostenibilidad financiera para cubrir tal contingencia.

En efecto, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, así como el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, establecen los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Ley 797 de 2003.

(enero 29)

Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003

Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. 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”.

Del tenor literal de la norma se desprende que los beneficiarios de la norma son las personas dependientes que conforman el núcleo familiar del fallecido, pero que el reconocimiento de ese derecho está sujeto a la condición de que el pensionado (en el caso de pensión de

sustitución pensional) o el afiliado (tratándose de pensión de sobrevivientes) haya cotizado cincuenta semanas, dentro de los tres años anteriores al momento de su muerte.

La norma que establece los beneficiarios y requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no parece tener mayor problema en su interpretación y aplicación, pero, como es usual en el derecho, una disposición legal no contempla todas las hipótesis para

constituir o declarar un derecho. De manera específica, ni el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, determinan qué sucede cuando no hay certeza sobre el fallecimiento de una persona, sino una declaratoria de muerte presunta.

Resolver tal asunto es de la mayor importancia, teniendo en cuenta que es a partir de la fecha de la muerte, establecida en el registro civil de defunción, que se establece el marco temporal de tres años, en el cual debe verificarse si el afiliado cotizó no menos de cincuenta semanas al sistema de seguridad social.

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido, a lo menos, dos años.

6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

De conformidad con la norma referida, la fecha presuntiva de la muerte de una persona, con excepción de las personas que sufrieron un accidente o herida grave⁸, es posterior a dos años desde el momento en que desapareció una persona. Tal disposición legal puede tener alguna utilidad en determinadas materias del derecho, su estudio no corresponde a la Corte en esta oportunidad, pues el caso objeto de estudio corresponde a un control concreto y no uno abstracto sobre la integridad del artículo 97, numeral 6º, pero lo cierto es que en el caso que ocupa la atención de la Sala tal interpretación resulta desproporcionada para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes, como se pasará a analizar:

En efecto, establecer que las cotizaciones válidas, para efectos de determinar el reconocimiento de la referida prestación, en el caso de muerte presunta, deben contabilizarse dos años después del desaparecimiento de una persona es un requisito desproporcionado, pues de la sana lógica se infiere que la persona sobre la cual se ha hecho la declaratoria de muerte presunta no ha tenido la posibilidad física ni jurídica de realizar cotizaciones al sistema de seguridad social.

Así lo ha expuesto la Corte Constitucional en la sentencia T-776 de 2009, en la cual citó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en un asunto de similares presupuestos fácticos⁹, mediante sentencia del 3 de abril de 2008, con radicado 32156:

“... para concluir la viabilidad del derecho pensional en un caso como el estudiado, en el cual se ha señalado que “para los casos de muerte por desaparecimiento del asegurado, la fecha a partir de la cual se cuentan las semanas necesarias para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, no puede ser la de la providencia que declara la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones.”.

Aunado a ello, en una decisión anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia del 24 de julio de 2002, con radicado 16.497, reiterada en marzo 26 de 2004, radicación 21.953, expuso:

“...Es claro que ni en la Ley 100 de 1993 ni en la legislación anterior, en lo referente a las pensiones de sobrevivientes, se realizó reglamentación alguna referente al caso de la muerte por desaparecimiento. Pues de aceptarse el razonamiento de la censura, como viene de decirse nunca en casos como el presente habría lugar al nacimiento de un derecho en cabeza de los sucesores o del cónyuge del desaparecido. Dado lo anterior, actuando con un criterio lógico e integrador de las disposiciones legales, debe decirse que la fecha a partir de la cual se cuentan las semanas necesarias para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ahora ocupa la atención de la Corte, no puede ser la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones...”.

Así las cosas, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional,

que recoge la integralidad del precedente de la Corte Suprema de Justicia, sobre el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los casos de muerte presunta, la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar las cotizaciones dentro del marco temporal de 3 años, es el momento en que la persona desapareció.

6. Análisis del caso concreto

Como medida inicial, corresponde a la Sala de Revisión determinar si se reúnen en el caso bajo estudio los requisitos para la procedencia de la acción de tutela. Agotado el análisis en torno a este aspecto previo, podrá la Sala adentrarse en el escrutinio sobre el fondo de la controversia planteada.

6.1 Examen sobre el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción

6.1.1 Legitimidad

En criterio de la Sala, la ciudadana María de las Mercedes Contreras Martínez se encuentra legitimada en la causa por activa, para presentar la acción de tutela, toda vez que tiene un interés directo en la decisión y en caso de reconocerse la pensión de sobrevivientes reclamada por medio de la presente acción de tutela sería beneficiaria de la misma, en calidad de compañera permanente de señor Libardo Martínez Pérez.

En lo que concierne a la legitimación en la causa por pasiva, encuentra la Sala que Administradora de Fondo de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, es sujeto pasivo de la acción de tutela, pues, el accionante se ubica frente a estas en una situación de indefensión, originada en la posibilidad que tiene esa entidad de determinar si le asiste el derecho al reconocimiento a la pensión de sobrevivientes reclamada.

6.1.2 Procedibilidad formal

Inmediatez

En relación con el cumplimiento de ese requisito la Sala encuentra que la vulneración que expone la accionante se generó el 21 de junio de 2016, con la respuesta de Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir a la solicitud que efectuó para el reconocimiento de la

pensión de sobrevivientes. Como la acción de tutela fue interpuesta el 2 de agosto de 2016, el tiempo que transcurrió entre la supuesta vulneración y la interposición del mecanismo de amparo es razonable. A su vez, el hecho que se le imputa a la accionada es permanente en el tiempo por su carácter periódico, además de ser actual y tener ocasión cada momento en el que no puede contar con los recursos de la pensión que reclama para satisfacer su derecho fundamental al mínimo vital.

Así las cosas, la acción de tutela de la referencia cumple con el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

En cuanto a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la pensión de sobrevivientes, la Sala encuentra que la accionante presentó petición para el reconocimiento de la prestación referida ante Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, una vez tuvo en su poder el registro civil de defunción por muerte presunta de su compañero permanente, el señor Libardo Martínez Pérez.

El fondo de pensiones accionado en oficio de 21 de junio de 2016, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes “en consideración a que no se encuentra acreditado, al momento del fallecimiento del señor Libardo Martínez Pérez, el requisito de las cincuenta semanas de cotización...”¹⁰.

La señora María de las Mercedes Contreras Martínez no interpuso proceso laboral ordinario contra Porvenir, sino que acudió de manera directa a la acción de tutela, razón por la cual el amparo, en principio, sería improcedente.

No obstante, como se expuso en las consideraciones de esta sentencia, para el cumplimiento del requisito de subsidiariedad se debe tener en cuenta la idoneidad y eficacia de los medios ordinarios de defensa. En el caso sub examine no hay discusión sobre la idoneidad del proceso ante el juez ordinario laboral, e incluso ante la Corte Suprema de Justicia –de llegar a ser el caso– pues en tal jurisdicción se encuentra el juez natural para resolver la controversia planteada.

Sin embargo, es preciso determinar la eficacia de los medios reputados como idóneos, toda vez que en el asunto de la referencia existen circunstancias especiales por parte de la

accionante, que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deben tenerse en cuenta para flexibilizar el requisito de subsidiariedad.

Tales circunstancias son que: (i) la demandante es un sujeto de especial protección constitucional por su condición de víctima de la violencia, (ii) presenta una situación económica precaria, toda vez que dependía económicamente del señor Martínez Pérez, por lo cual ha tenido que vivir de la caridad de algunos familiares y amistades, y (iii) se encuentra enferma y debido a ello, sumado a su edad, no puede conseguir trabajo.

Aunado a ello es víctima de amenazas de grupos al margen de la ley¹¹, como quedó expuesto en el proceso de declaratoria de muerte presunta, de manera concreta en la sentencia de 28 de octubre de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá, en los siguientes términos:

“la señora MARÍA DE LAS MERCEDES CONTRERAS MARTÍNEZ ha sido y sigue siendo víctima de amenazas al parecer por grupos al margen de la ley, por medio de las cuales, hasta en la ciudad de Bogotá le han seguido solicitando dinero para la devolución del cuerpo de su compañero permanente y han amenazado directamente a sus hijos por no estar dentro de las organizaciones al margen de la ley.”¹².

En ese sentido, exigir a la accionante acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para resolver la controversia propuesta resulta ineficaz, toda vez que se trata de un sujeto de especial protección constitucional cuya condición de vulnerabilidad no le permite esperar los resultados de un proceso judicial.

Así las cosas, la acción de tutela de la referencia cumple con el requisito de subsidiariedad.

6.1.3 Sobre la procedibilidad material del amparo

Aunque la entidad accionada pretende plantear un debate sobre la fecha a partir de la cual deben contabilizarse las cincuenta semanas a efecto de satisfacer el requisito de cotizaciones para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como la de la Corte Suprema no dejan duda alguna sobre el particular: la fecha que debe tenerse en cuenta para computar las cotizaciones dentro del marco temporal de 3 años, es el momento en que la persona desapareció.

En el caso del señor Libardo Martínez Pérez el conteo de las semanas cotizadas para determinar si cumple con el requisito establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, debe realizarse desde el 26 de octubre de 2001 (fecha de su desaparición).

De conformidad con lo expuesto, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora María de las Mercedes Contreras Martínez, sólo podrá efectuarse en los precisos términos de la ley. Esto es, que deberá verificarse si el señor Libardo Martínez Pérez efectuó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, en una cantidad no menor a 50 semanas, en los tres años anteriores al momento de su deceso, que el caso de muerte presunta es equivalente al momento de su desaparición, como quedó consignado en las consideraciones de esta providencia judicial.

Así las cosas, el arco de tiempo para comprobar las semanas cotizadas queda comprendido entre el 26 de octubre de 1998 hasta el 26 de octubre de 2001.

En el asunto propuesto el juez de primera instancia plantea que se encuentra ante una controversia que debe ser dirimida por el juez ordinario laboral, toda vez que, en su concepto, no hay prueba sobre la totalidad de semanas cotizadas por el señor Libardo Martínez Pérez, pues afirma que la accionante sólo aportó “la documental obrante a folio 12 y 13, se establece que el señor LIBARDO MARTÍNEZ PÉREZ no efectuó cotizaciones sino entre el 29 de septiembre de 2000 y el 10 de septiembre de 2001, habiendo desaparecido el 26 de octubre de esa misma anualidad.”¹³.

Sin embargo, revisada la prueba documental obrante a folio 12 y 13 del cuaderno principal de la demanda, la Sala encuentra que en la decisión adoptada en primera instancia se confunde la fecha de pago con la establecida respecto del período de pago.

Si bien puede apreciarse que algunos pagos se efectuaron el 29 de septiembre de 2000, ellos se imputaron a períodos anteriores, con la respectiva sanción por pago tardío, el cual corrió a cargo de la empresa: Consorcio AENE Consultores Unidos S.A., como puede observarse en la siguiente tabla elaborada con la información aportada por la entidad accionada:

Fecha

Pago

Periodo Pago

Nit Pago

Razón social

IBC

Días Cotizados

Aporte Obligatorio

Comisión

Afiliado

Sanción

2000/09/29

199910

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

236,460

12,009

4,203

0

774

2000/09/29

199911

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS SA

300.000

30

30.010

10.504

0

967

2000/01/07-

199912

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

400.000

30

40,000

14.000

0

0

2000/02/07

200001

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

400,000

30

40,000

14,000

0

0

2000/03/03

200002

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

400.000

40,000

14,000

0

0

2000/04/27

200003

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

400.000

30

39,969

13.990

0

699

08/05/2000

200004

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350,000

30

34,538

12.088

0

612

2000/06/08

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350,000

30

33,150

11,602

0

0

2000/07/07

200006

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350,000

30

32,776

11.472

0

581

2000/08/02

200007

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350,000

30

35.062

12,272

0

29/09/2000

200008

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350.000

30

35.000

12.250

0

0

2000/10/04

200009

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

| 350.0CO

30

35,000

12.250

0

0

2000/11/07

200010

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350.000

30

35.000

12,250

0

0

2000/12/07

200011

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

350,000

30

35.000

12,250

0

0

2003/11/06

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

4,140

1

0

0

0

0

2001/01/05

200012

830059713

CONSORCIO AENE CONSULTORES UNIDOS S A

256,667

22

25,667

8,983

0

0

2001/03/12

200102

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

282,873

30

28,132

9,846

0

631

2002/06/11

200102

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

3,127

1

468

164

0

238

2001/04/11

200103

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

_____ 282,816

29

28,116

9,840

0

643

2002/06/11

200103

832004377

3,184

1

477

167

0

225

2001/05/11

200104

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

281,160

29

28,116

9,840

0

643

2002/06/11

200104

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

4,840

1

477

167

0

208

2001/06/08

200105

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

30

28,592

10.008

0

0

2001/07/09

200106

832004377

COOPERATIVA DE TftABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

286.000

30

28,592

10,008

0

0

Fecha

Pago

Periodo Pago

Nit Pago

Razón social

IBC

Días Cotizados

Aporte Obligatorio

Comisión

Afiliado

Sanción

2001/08/10

200107

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

286.000

28.592

10.008

0

0

2001/09/10

200108

832004377

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS DE ELECTRICIDAD RURAL COOPSER

9 £30

1

953

337

0

0

Una vez efectuado el conteo de semanas cotizadas en los tres años anteriores a la

desaparición del ciudadano Libardo Martínez Pérez, se obtiene el siguiente resultado:

Período:

Inicio: Enero de 1999

Final: Agosto de 2001

Tiempo:

Días cotizados: 625

Semanas: 89.25

De conformidad con lo expuesto, el ciudadano Libardo Martínez Pérez, cotizó 89.25 semanas en los tres años anteriores al momento de su desaparición, que a efectos pensionales es equivalente al momento de su muerte. Así las cosas, la Sala encuentra cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual la señora María de las Mercedes Contreras Martínez es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama por medio de la presente acción de tutela. A su vez, la Sala encuentra que la entidad accionada, así como los jueces de instancia desconocieron el precedente de la Corte Constitucional e incluso de la Corte Suprema de Justicia sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar las semanas cuando se estudia el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en los casos de muerte presuntiva.

En virtud de lo anterior, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional concederá el amparo solicitado y revocará las decisiones de instancia que lo negaron y en consecuencia ordenará el pago de la pensión de sobrevivientes, efectiva desde el 24 de mayo de 2016 (fecha en la cual reclamó la prestación ante del Fondo de Pensiones Porvenir), con el retroactivo correspondiente a los 3 años anteriores a esa fecha.

En concordancia con lo expuesto y ante la situación a la que fue sometida la accionante, la Sala advertirá a los fondos privados de pensiones, así como aquellos de naturaleza pública, que en adelante deberán verificar el cumplimiento del requisito de cotizaciones para las pensiones de sobreviviente (así como la sustitución pensional), en los tres años anteriores al

desaparecimiento de la persona y no la fecha de la muerte presunta.

III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

En la presente oportunidad, la Corte examina el caso de la ciudadana María de las Mercedes Contreras Martínez, quien solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, el mínimo vital y la seguridad social, los cuales considera que están siendo vulnerados por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que esa entidad se niega a reconocerle la pensión de sobrevivientes por la muerte presunta de su compañero permanente, el señor Libardo Martínez Pérez.

La accionante afirma que su compañero permanente no tenía a la fecha de la declaratoria judicial de su muerte las 50 semanas cotizadas, exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pero si a la fecha de su desaparecimiento, razón por la cual tenía derecho a la prestación reclamada, teniendo en cuenta que al señor Martínez Pérez le era imposible efectuar los aportes correspondientes, pues había sido reportado como desaparecido.

Para abordar las controversias planteadas la Sala ha estudiado el cumplimiento del requisito de cotización en pensiones de sobrevivientes por muerte presunta, y el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en los casos que se demanda el reconocimiento de pensiones por medio de acción de tutela.

Para tal efecto, se expone que el precedente de la Corte Constitucional, así como el de la Corte Suprema de Justicia han establecidos que la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar las cotizaciones dentro del marco temporal de 3 años, es el momento en que la persona desapareció y no el de la declaratoria de la muerte presunta.

Así las cosas, la Sala encuentra que el ciudadano Libardo Martínez Pérez, cotizó 89.25 semanas en los tres años anteriores al momento de su desaparición que, a efectos pensionales, es equivalente al momento de su muerte. En ese sentido se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual la señora María de las Mercedes Contreras Martínez es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama por medio de la presente acción de tutela.

A partir de los anteriores hallazgos, la Sala concluye que es preciso revocar las decisiones objeto de revisión, en cuanto desconocieron el precedente de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en relación con el conteo del término en los casos de reconocimiento de pensiones de sobrevivientes por muerte presunta y, en su lugar, garantizarle la salvaguarda que la Carta Política le defiere, ordenando que la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir reconozca la pensión de sobrevivientes.

Así mismo advertirá a ordenará a los fondos privados de pensiones, así como aquellos de naturaleza pública, para que en adelante verifiquen el cumplimiento del requisito de cotización, para las pensiones de sobreviviente por muerte presunta (así como la sustitución pensional), teniendo en cuenta los tres años anteriores al desaparecimiento de la persona y no la fecha de muerte presunta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá, el 16 de agosto de 2016 y, en segunda instancia, por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, el 7 de octubre de 2016, que negaron la acción de tutela promovida por la ciudadana María de las Mercedes Contreras Martínez. En su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR a Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague pensión de sobrevivientes, efectiva desde el 24 de mayo de 2016, así como el pago del respectivo retroactivo (3 años anteriores a la fecha referida), a la ciudadana María de las Mercedes Contreras Martínez, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia judicial.

Tercero.- ADVERTIR a los privados de pensiones, así como aquellos de naturaleza pública, que en adelante deberán verificar el cumplimiento del requisito de cotización, para las pensiones de sobreviviente por muerte presunta (así como la sustitución pensional), teniendo en cuenta los tres años anteriores al desaparecimiento de la persona y no la fecha de muerte presunta.

Cuarto.- Por la Secretaría de la Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e)

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (e)

Con salvamento parcial de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General

1 Cuaderno principal de la demanda. Informe de junta quirúrgica e historia clínica de la accionante. Folio 20-29.

2 Cuaderno principal de la demanda. Folio 67.

3 Ibíd. Folio 20.

4 Sentencia T-593 de 2007, en la cual se cita la sentencia T-836 de 2006. Énfasis agregado.

5 Sentencia T-173 de 1994.

6 Sentencia T-593 de 2007.

7 Sentencia T-173 de 1994.

8 Código Civil. Artículo 97. Numeral 7º: “Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; o no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”.

9 La Corte estudió el caso de una ciudadana y sus hijos con supuestos de hecho similares al caso objeto de estudio y determinó que les asistía derecho a la pensión de sobrevivientes por la desaparición y posterior muerte de su esposo y padre respectivamente, el día 3 de junio de 2002, ya que a partir de este momento entró el mismo en incapacidad física y jurídica para continuar realizando los aportes al sistema General de Pensiones. En aquella oportunidad expuso: “los argumentos dados por la demandada resultan contrarios a las normas aplicables al caso y a la amplia jurisprudencia que ha venido desarrollando la Corte Suprema de Justicia, puesto que no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas durante los tres últimos años anteriores a la fecha del desaparecimiento del causante y en su lugar se tuvo en cuenta la fecha de declaratoria de su muerte presunta.”.

10 Cuaderno principal de la demanda. Folio 29.

11 Aunque no hay documento que acredite tal condición en el proceso de la referencia, la Sala toma como prueba las afirmaciones sobre el particular, efectuadas por el juez que conoció el proceso de muerte presunta.

12 Ibíd. Folio 32.

13 Folio 67.