

Sentencia T-635/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes

El beneficiario de una pensión no debe sufrir las consecuencias de la negligencia de su empleador en el pago de aportes ni la irresponsabilidad de la administración en el cobro de los mismos.

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Vulneración por parte de Colpensiones al negar pensión de sobrevivientes a menor de edad, argumentando que no pueden ser tenidas en cuenta las semanas canceladas por el empleador de manera extemporánea

El Fondo Administrador de Pensiones desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación al allanamiento en la mora, al negarse a contabilizar las semanas canceladas por el empleador de manera extemporánea imponiendo a la menor de edad beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su padre fallecido, una carga que no le corresponde.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A HIJO MENOR DE EDAD-Orden a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes

Referencia: expediente T-6.209.182

Acción de tutela interpuesta por Sandra Patricia Reyes Rangel, como agente oficiosa de Angely Estefanía Martínez González, contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### A. LA DEMANDA DE TUTELA<sup>1</sup>

La señora Sandra Patricia Rangel Reyes, actuando como agente oficiosa de la menor Angely Estefanía Martínez González, interpuso acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones<sup>2</sup>-, por considerar vulnerado el derecho fundamental de la menor de edad a la seguridad social, como consecuencia de la negativa de la entidad accionada de reconocerle la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su padre, el señor Juan David Martínez Arenas, argumentando que sus empleadores no cotizaron de manera oportuna 50 semanas antes de la fecha de su fallecimiento. Por lo anterior, la señora Sandra Patricia Rangel Reyes solicitó al juez constitucional ordenar a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la menor Angely Estefanía Martínez González.

#### A. HECHOS RELEVANTES

1. Angely Estefanía Martínez González, de 11 años, es hija de Cindy Alejandra González Cala y Juan David Martínez Arenas<sup>3</sup>. El señor Juan David Martínez Arenas falleció el 20 de octubre de 2012<sup>4</sup>, a los 24 años.

1. El 15 de noviembre de 2012, la señora Luz Marina Arenas Remolina, madre del señor Juan David Martínez Arenas, en representación de su nieta la menor de edad Angely Estefanía Martínez González, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

1. Mediante Resolución GNR 105236 del 21 de mayo de 2013, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la menor Angely Estefanía Martínez González indicando que “el afiliado no cotizó cincuenta (50) semanas dentro de las tres anualidades inmediatamente anteriores a su fallecimiento (...)”<sup>5</sup>. En cuanto al auxilio funerario, la accionada por medio de Resolución GNR 138686 del 20 de junio de 2013 negó el reconocimiento de dicha prestación “puesto que el afiliado al momento de su deceso no se encontraba al día con el pago de sus aportes”<sup>6</sup>. Decisión confirmada mediante Resolución GNR 11044 del 15 de enero de 2014.

1. Analizado el reporte de semanas cotizadas por los empleadores del causante a fecha 22 de julio de 2013<sup>7</sup> (se reportaron un total de 130,27 semanas cotizadas), la señora Luz Marina Arenas Remolina se percató de que algunas de las semanas laboradas no fueron tenidas en cuenta por Colpensiones al momento de contabilizar la totalidad de las semanas cotizadas, por deuda del empleador. Situación ante la cual, fue necesario requerir a los empleadores del causante: el señor Luis Jesús Martínez Mora y la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. “Cootrasaravita Socorro”, para que se pusieran al día con el pago de dichas cotizaciones. Frente a lo anterior, la señora Luz Marina Arenas Remolina solicitó a la entidad accionada corrección de la historia laboral del señor Juan David Martínez Arenas<sup>8</sup>. Colpensiones acusó recibido de la solicitud de corrección de historia laboral el 25 de febrero de 2014; sin embargo, no obtuvo respuesta.

1. Posteriormente, comenzando el año 2015, la señora Sandra Patricia Rangel Reyes, representando a la menor Angely Estefanía Martínez González, presentó ante Colpensiones solicitud de copia de la historia laboral actualizada del señor Juan David Martínez Arenas.

Solo hasta el 14 de septiembre de 20159, la señora Sandra Patricia Rangel Reyes tuvo acceso a la historia laboral requerida. En esta ocasión, el causante contaba con 151,70 semanas cotizadas; sin embargo, la contabilización de algunas semanas no se tuvo en cuenta por pago extemporáneo de las cotizaciones.

1. Mediante Resolución GNR 5925 del 8 de enero de 2016, Colpensiones aseguró que el señor Juan David Martínez Arenas contaba un total de 1.602 días laborados correspondientes a 151 semanas de cotización. Sin embargo, “se pudo establecer que NO cotizó cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años anteriores al fallecimiento, es decir que dentro del periodo comprendido entre el 20 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2012, únicamente tiene cotizadas 47 semanas que corresponden a 331 días”<sup>10</sup>. Por lo anterior, decidió negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

1. Inconforme con dicha decisión, la interesada interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación. De esta manera, mediante Resolución VPB 38501 del 05 de octubre de 2016, Colpensiones decidió confirmar lo dispuesto en la Resolución GNR 5925 del 8 de enero de 2016, y adicionó que “los ciclos 2009-02 y 2011-08 no pueden ser tenidos en cuenta para el conteo de las semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que fueron pagados posteriormente a la fecha del fallecimiento del señor Martínez Arenas Juan David”<sup>11</sup>.

1. Por lo expuesto, la señora Sandra Patricia Rangel Reyes<sup>12</sup>, interpuso acción de tutela como agente oficiosa de la menor Angely Estefanía Martínez González argumentando que los derechos agenciados son de una menor de edad que se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa. Con relación a la madre de la menor, aseguró que “es una joven sin estudios secundarios y que ocasionalmente se dedica a las labores domésticas, la cual dependía económicamente del fallecido y que por ello no puede brindarle a su hija

condiciones óptimas de vivienda, salud y educación, y hoy por hoy la menor tiene dificultades en el estudio y se le está afectando el mínimo vital”<sup>13</sup>.

#### A. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA<sup>14</sup>

##### Respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES<sup>15</sup>

1. Mediante escrito con fecha del 8 de febrero de 2017, Colpensiones solicitó desestimar la acción de tutela (i) en la medida en que existen otros mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral y (ii) porque no es posible acceder por vía de tutela a la pretensión de la accionante de manera transitoria, puesto que no se demostró la amenaza de una eventual configuración de un perjuicio irremediable.

##### Respuesta de la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. “Cootrasaravita Socorro”<sup>16</sup>

1. El señor Luis Alfredo Rincón Alarcón, en su calidad de representante legal de la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. “Cootrasaravita Socorro”, allegó escrito de contestación de la acción de tutela en la que manifestó que ésta no estaba llamada a prosperar por falta de legitimación en la causa por pasiva, al haber realizado las cotizaciones de seguridad social en los periodos en los que el causante laboró en la empresa y por existir otro mecanismo de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral.

##### Respuesta del señor Luis Jesús Martínez Mora<sup>17</sup>

1. El señor Luis Jesús Martínez Mora reconoció que en el mes de agosto de 2011 el señor Juan David Martínez Arenas trabajó con él como ayudante, razón por la cual procedió a

realizar el pago al fondo de pensiones mediante planilla número 8441152132 del 17 de junio de 2015, resaltando que pagó la suma de \$90.100 por intereses moratorios.

#### A. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia proferida el 10 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga<sup>18</sup>.

1. El Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga “negó por improcedente” el amparo constitucional deprecado por Sandra Patricia Rangel Reyes, agente oficiosa de la menor de edad Angely Estefanía Martínez González, en contra de la Administradora Colombia de Pensiones, Colpensiones. Consideró que la accionante disponía de acciones ordinarias para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, toda vez que no encontró que existiera el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que habilitara la intervención del juez constitucional para dirimir la controversia.

#### Impugnación<sup>19</sup>

1. Inconforme con la decisión del juez de primer grado, la señora Sandra Patricia Rangel Reyes impugnó la decisión argumentando que el juez de instancia desconoció antecedentes jurisprudenciales relacionados con la figura del allanamiento en la mora en materia laboral y resaltó el hecho de que el sujeto a quien se le estaban vulnerando sus derechos es una menor de edad, especialmente protegida por la Constitución.

Segunda instancia: sentencia proferida el 24 de marzo de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó la decisión del a quo, reiterando los argumentos relativos al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

## A. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante Auto del 11 de agosto de 2017, el magistrado sustanciador solicitó las siguientes pruebas:

“PRIMERO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la señora Cindy Alejandra González Cala<sup>20</sup> para que dentro del término de dos (2) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho sobre:

i. Si ratifica o no la acción de tutela interpuesta por la señora Sandra Patricia Rangel Reyes como agente oficiosa de Angely Estefanía Martínez González.

ii. ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?

iii. ¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿Quiénes y cuántas?

iv. ¿Es propietaria de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en sociedades? En caso positivo ¿Cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?

v. Detalle su situación económica actual (relación ingresos/egresos).

vi. ¿Actualmente recibe alguna pensión o inició algún trámite para su reconocimiento?

vii. ¿Acudió a otro mecanismo de defensa judicial con el fin de demandar los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sustitución? Si la respuesta es negativa, explique las razones.

SEGUNDO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, para que dentro del término de dos (2) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe a este Despacho sobre el

número de semanas cotizadas por el señor Juan David Martínez Arenas en la entidad, sin importar si éstas se pagaron de manera extemporánea. Adicionalmente, se solicita adjuntar el reporte actualizado de dichas semanas.

TERCERO.- PONER a disposición de las partes o los terceros interesados las pruebas recibidas para que se pronuncien sobre las mismas, en un término no mayor a tres días, en los términos del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015”.

1. En respuesta al auto de pruebas se obtuvo la siguiente información:

1. La señora Cindy Alejandra González Cala, madre de la menor Angely Estefanía Martínez González, manifestó que<sup>21</sup>: (i) ratifica “en todos y cada una de sus apartes la tutela interpuesta por la señora SANDRA RANGEL a favor de su hija” (sic); (ii) su núcleo familiar está conformado por su esposo padrastro de Angely Estefanía y dos hijas menores de edad; (iii) sus recursos económicos provienen del salario mínimo que devenga su esposo como docente de matemáticas; (iv) los gastos familiares son sufragados con el salario de su esposo y la ayuda de familiares; (v) no es propietaria de bienes inmuebles o muebles ni tiene participación en sociedades, tampoco tiene asignada pensión alguna; (vi) ella no tiene trabajo, pagan dos arriendos: uno en una vereda del municipio de Simacota, donde ella vive, y otro en el municipio de Güespa, lugar donde trabaja su esposo. Por último, manifestó que (vii) no cuenta con los medios económicos para contratar un abogado y no tiene cómo sufragar los gastos que implica iniciar un proceso judicial. Por lo anterior, ha aceptado la ayuda que la señora Sandra Patricia Rangel Reyes le ha ofrecido como conocida de la familia paterna de su hija.

1. La Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, adjuntó un resumen actualizado de semanas cotizadas por los empleadores del señor Juan David Martínez Arenas, concluyendo que fueron 160 semanas las cotizadas, de las cuales 51,57 fueron cotizadas entre el 20 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2012, es decir, 3 años antes de su

fallecimiento<sup>22</sup>.

## I. CONSIDERACIONES

### A. COMPETENCIA

1. Esta Corte es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 30 de junio de 2017, proferido por la Sala de Selección de tutela Número Seis de esta Corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

### A. CUESTIONES PREVIAS - PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

#### Legitimación por activa

1. La señora Sandra Patricia Rangel Reyes, actúa como agente oficiosa de la menor Angely Estefanía Martínez González. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del 86 de la Constitución, en relación con la legitimación e interés para promover la acción de tutela, estableció la posibilidad de recurrir a la agencia oficiosa para solicitar la protección de derechos ajenos en aquellas situaciones en que el titular no se encuentre en condiciones de solicitar el amparo de sus derechos por cuenta propia; caso en el cual debe expresarse tal circunstancia en el escrito.

1. La jurisprudencia constitucional<sup>23</sup> ha recordado que la validez de esta figura se cimenta

en tres principios constitucionales, a saber: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración de justicia la ampliación de mecanismos institucionales orientados a realizar efectivamente este tipo de garantías; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que busca conjurar que por circunstancias meramente procedimentales se violen derechos fundamentales; y (iii) el principio de solidaridad, que impone a la sociedad velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa.

1. De esta manera, en la sentencia de unificación SU-055 de 2015 la Corte Constitucional señaló los requisitos que deben cumplirse para que se considere que en un caso concreto se configura la agencia oficiosa, acorde con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, así: (i) quien pretende actuar como agente oficioso manifieste en el escrito de tutela esa calidad, y (ii) que se acredite que la persona cuyos derechos se agencian no se encuentre en condiciones de promover su defensa. Como lo ha señalado la jurisprudencia, este segundo requisito tiene una excepción, que se presenta cuando la persona sí estaba en condiciones de acudir a la administración de justicia, pero una vez radicada la acción de tutela ratifica la actuación del agente oficioso<sup>24</sup>. Adicionalmente, de acuerdo con esta misma norma, (iii) no es de la esencia que exista una relación formal entre quien actúa como agente y aquel cuyos derechos se agencian.

1. En el presente caso, (i) la señora Sandra Patricia Rangel Reyes manifestó en el escrito de tutela que actuaba como agente oficiosa de Angely Estefanía Martínez González, de 11 años, con el fin de obtener la protección de su derecho fundamental a la seguridad social. Al respecto, el artículo 44 de la Constitución establece que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento del ejercicio pleno de los derechos de los niños. Además, (ii) la persona agenciada al ser una menor de edad, sujeto de especial protección constitucional, puede encontrarse con obstáculos para promover su propia defensa<sup>25</sup>. Adicionalmente, la representante legal de la menor, ratificó los hechos planteados en la acción de tutela, solicitando que fuera tutelado el derecho fundamental a la seguridad social de su hija<sup>26</sup>.

Así las cosas, la Sala encuentra legitimada a la señora Sandra Patricia Rangel Reyes en los términos dispuestos en el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 1º y 10 del Decreto 2591 de 1991.

#### Legitimación por pasiva

1. El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando: “a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular”<sup>27</sup>.

En el caso concreto, la demanda se dirige contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional<sup>28</sup>. Por tanto, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

#### Inmediatez

1. Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales<sup>29</sup>.

1. Si bien el señor Juan David Martínez Arenas falleció el 20 de octubre de 2012, fecha a partir de la cual surgió la posibilidad de reclamar la pensión de sobrevivientes pretendida por vía de tutela, de las pruebas que obran en el expediente, se evidencia que fueron varias las actuaciones adelantadas tanto por la señora Luz Marina Arenas Remolina, madre del señor Martínez Arenas<sup>30</sup>, como por la señora Cindy Alejandra González Cala, madre de la hija del señor Martínez Arenas,<sup>31</sup> con el fin de que Colpensiones reconociera y pagara la pensión de

sobrevivientes a la niña Angely Estefanía Martínez González.

1. En primer lugar, el 12 de noviembre de 2012 fue solicitada la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa de la entidad mediante resoluciones del 21 de mayo de 2013 y 14 de enero de 2014.

1. En segundo lugar, fue necesario requerir a los empleadores del señor Juan David Martínez Arenas con el fin de que cancelaran las cotizaciones dejadas de pagar por el tiempo en el cual el causante laboró para ellos. Una vez logrado, fueron varias las ocasiones en las cuales se solicitó historia laboral actualizada del causante a Colpensiones con el fin de verificar el cumplimiento o no de los requisitos legales para acceder a la prestación solicitada, historia laboral que se obtuvo en septiembre de 2015.

1. Finalmente, las últimas decisiones adoptadas por Colpensiones con relación al derecho pensional de la menor, fueron las proferidas mediante Resoluciones GNR 5925 del 8 de enero de 2016 y VPB 38501 del 05 de octubre de 2016, en virtud de las cuales le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a Angely Estefanía Martínez González, argumentando que el causante solamente había cotizado 47 semanas antes de su fallecimiento puesto que las semanas cotizadas extemporáneamente por su empleador no podían ser tenidas en cuenta. Resoluciones contra las cuales está dirigida la presente acción de tutela.

Así las cosas, la Sala advierte que, si bien el derecho pensional se pudo haber causado con el fallecimiento del señor Juan David Martínez Arenas, 20 de octubre de 2012, desde esa fecha hasta la presentación de la acción de tutela, tanto la abuela como la madre de la menor, activaron todos los mecanismos administrativos posibles con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la menor. Sumando a lo anterior y teniendo en cuenta que la acción de tutela fue presentada el 01 de febrero de 201732, es decir, cuatro meses después de emitida la última resolución proferida por

Colpensiones VPB 38501 el 05 de octubre de 2016 que confirmó la Resolución GNR 5925 del 8 de enero de 2016, la Corte juzga prudente y razonable el término para reclamar el presente amparo constitucional.

## Subsidiariedad

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En virtud de su naturaleza subsidiaria, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”<sup>33</sup> y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”<sup>34</sup>. Pese a lo anterior, el juez constitucional tiene el deber de verificar si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces para la protección del derecho, pues en caso de que así no sea, la acción de tutela será procedente.

A juicio de la Corte Constitucional, esta condición de procedibilidad excepcionalmente presenta matices que se justifican por circunstancias muy particulares, que deben ser valoradas en el caso concreto. Tal es la situación de los sujetos de especial protección constitucional, quienes según lo ha definido este tribunal son “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”<sup>35</sup>.

Así las cosas, este tribunal ha delimitado una serie de situaciones donde no obstante existir

un medio ordinario de defensa judicial procederá la acción de tutela, específicamente cuando “(i) (...) no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (...), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”<sup>36</sup>. Así las cosas, la regla de subsidiariedad de la acción de tutela no es tan estricta ni tan rígida para los sujetos de especial protección constitucional por la situación tan especial que ostentan<sup>37</sup>.

En síntesis, los sujetos de especial protección constitucional, entre quienes se encuentran los menores de edad (art. 44 CP), pueden efectivamente acudir a la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional, no obstante el carácter subsidiario de este amparo, siempre y cuando de la valoración de su situación particular, y de la idoneidad de los mecanismos ordinarios resulte que por la intensidad del perjuicio, estos últimos no puedan efectivamente proteger los derechos fundamentales del actor. Lo anterior implica siempre una obligación adicional para el juez constitucional, consistente en valorar caso por caso la situación particular de la persona que reclame los derechos pensionales ante el juez constitucional.

1. En el caso concreto, la Sala resalta que la beneficiaria del derecho pensional reclamando es Angely Estefanía Martínez González, de 11 años, hija del señor Juan David Martínez Arenas, quien falleció. Así las cosas, en la actualidad la menor depende económicamente de la señora Cindy Alejandra González Cala y de la ayuda que sus abuelos le aportan. A su vez, la señora González Cala manifestó estar desempleada; por lo tanto, su hijas (dos menores de edad) y ella dependen económicamente del salario mínimo que gana su esposo, padrastro de la menor, al no contar con otra fuente de ingresos. Lo anterior, le impide a la madre de la niña contar con los medios económicos suficientes para sufragar los gastos que un proceso ordinario laboral implica: pago de abogado y de pasajes de la vereda donde reside al juzgado más cercano. Tan es así que, quien interpone la acción de tutela, es una persona que se

ofreció a ayudarlo con la tramitación de este asunto.

En síntesis, la Sala Tercera de Revisión encuentra procedente la acción de tutela, atendiendo a las situaciones subjetivas de la niña Angely Estefanía Martínez González quien, contando con otro mecanismo de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, encuentra en la acción de tutela el mecanismo más efectivo para obtener la protección de su derecho fundamental a la seguridad social.

#### A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Corresponde a la Sala decidir si la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la menor de edad Angely Estefanía Martínez González, al no efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes argumentando que el causante no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, pese a que con posterioridad a dicho momento los empleadores del señor Juan David Martínez Arenas pagaron las cotizaciones en mora que debían al Sistema General de Pensiones con ocasión del tiempo laborado por el causante.

Para resolver el problema planteado, la Sala reiterará brevemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a las implicaciones de la mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones y, con base en esas consideraciones, decidirá si tiene derecho la menor al reconocimiento pensional reclamado.

#### A. EL BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN NO DEBE SUFRIR LAS CONSECUENCIAS DE LA NEGLIGENCIA DE SU EMPLEADOR EN EL PAGO DE APORTES NI LA IRRESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL COBRO DE LOS MISMOS

1. La Constitución Política dispone, en su artículo 48, que la Seguridad Social es un derecho

irrenunciable y un servicio público bajo la dirección, coordinación y control del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad<sup>38</sup>.

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre problemas jurídicos similares al aquí planteado<sup>41</sup>. Al resolver dichos casos, la Corte ha encontrado dos situaciones que se pueden presentar frente al incumplimiento de la obligación del empleador de realizar las cotizaciones de sus empleados al Sistema de Seguridad Social y las consecuencias que de ello se desprende.

1. Una primera hipótesis es la que se presenta cuando existiendo un vínculo laboral vigente, el empleador no realiza el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, incumpliendo la obligación establecida en el artículo 2242 de la Ley 100 de 1993<sup>43</sup>. En este escenario, reiteradamente la Corte Constitucional ha estimado que para el afiliado es inoponible la ausencia de pago del empleador<sup>44</sup>, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 2445 de la Ley 100 de 1993, contempla mecanismos que obligan a las administradoras de pensiones a adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones que se encuentren en mora, con el fin de guardar la integridad de los aportes a pensión y sancionar dichos pagos extemporáneos<sup>46</sup>.

1. La segunda hipótesis se materializa cuando el empleador cancela de manera extemporánea los aportes al Sistema de Seguridad Social y el fondo de pensiones acepta el pago. Al respecto, esta corporación, en múltiples oportunidades<sup>47</sup>, ha considerado que el fondo de pensiones debe tomar como efectivo el pago y, por consiguiente, debe ser traducido en tiempo de cotización, pues “se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador”<sup>48</sup>.

Regla de decisión:

1. En síntesis, (i) la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, (ii) el pago extemporáneo de los aportes pensionales en mora, y/o (iii) la negligencia de los fondos administradores de pensiones en el uso de las herramientas de cobro, no son argumentos constitucionalmente válidos para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional. Lo anterior por cuanto el empleado no debe asumir el incumplimiento de las obligaciones del empleador, ni la ineficiencia de la entidad administradora en el cobro de dichos aportes. Así las cosas, los pagos extemporáneos aceptados por la Administradora de Fondo de Pensiones, deben ser tenidos en cuenta al momento de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado, pues no puede el fondo alegar a favor su negligencia en perjuicio del afiliado, toda vez que él es ajeno a dicha situación.

1. Aplicando la regla al caso concreto, la Sala Tercera de Revisión considera que Colpensiones vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la menor Angely Estefanía Martínez González, al negarle la pensión de sobrevivientes argumentando que “los ciclos 2009-02 y 2011-08 no pueden ser tenidos en cuenta para el conteo de las semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que fueron pagados posteriormente a la fecha del fallecimiento del señor Martínez Arenas Juan David”<sup>49</sup>.

De lo visto, el argumento ofrecido por Colpensiones coincide con la segunda hipótesis planteada en párrafos anteriores. Por lo tanto, en este asunto, el Fondo Administrador de Pensiones desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación al allanamiento en la mora, al negarse a contabilizar las semanas canceladas por el empleador de manera extemporánea imponiendo a la menor de edad beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su padre fallecido, una carga que no le corresponde.

En complemento de lo anterior, del resumen de semanas cotizadas por los empleadores del señor Juan David Martínez Arenas, allegado por Colpensiones en sede de revisión, la Sala evidencia que en el periodo del 20 de octubre de 2009 al 20 de octubre de 2012 (fecha de

fallecimiento del señor Martínez Arenas), se registran 51,57 semanas cotizadas, dentro de las cuales se contemplan las cotizadas por el empleador de manera extemporánea, cumpliendo con ello el requisito pensional contemplado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es decir, haber cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revocará las sentencias proferidas por los jueces de instancia y, en su lugar, tutelaré el derecho fundamental a la seguridad social de la menor Angely Estefanía Martínez González, ordenando a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes correspondiente.

## I. DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, que confirmó la sentencia proferida el 10 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, por medio de las cuales se declaró improcedente la acción de tutela impetrada por la señora Sandra Patricia Rangel Reyes como agente oficiosa de la menor Angely Estefanía Martínez González contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social de la menor de edad Angely Estefanía Martínez González.

Tercero.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga,-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (E)

1 La acción de tutela fue admitida el 1 de febrero de 2017 (folio 61). El escrito y las pruebas reposan del folio 3 al 60 del cuaderno de primera instancia.

2 En adelante Colpensiones.

3 Certificado de registro civil de nacimiento de la menor (folio 9 del cuaderno de primera instancia).

4 Certificado de registro civil de defunción (folio 10 del cuaderno de primera instancia).

5 Folio 59 del cuaderno de primera instancia.

6 Folio 57 del cuaderno de primera instancia.

7 Ver folios 52 y 53 del cuaderno de primera instancia.

8 Ver folios 97 al 53 del cuaderno de primera instancia.

9 Ver folios 23 y 25 del cuaderno de primera instancia.

10 Folio 20 del cuaderno de primera instancia.

11 Folio 13 del cuaderno de primera instancia.

12 El 31 de agosto de 2015 la señora Cindy Alejandra González Cala, madre de Angely Estefanía Martínez González, otorgó poder a la abogada Sandra Patricia Rangel Reyes para que la representara ante Colpensiones con el fin de reclamar la pensión de sobrevivientes. Ver folio 96 del cuaderno de primera instancia.

13 Ver folio 5 del cuaderno de primera instancia.

14 Mediante auto del 1 de febrero de 2017, el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga con Funciones de Conocimiento admitió a trámite la acción de tutela, dispuso oficiosamente la vinculación del Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, Luis Alfredo Rincón Alarcón, en su calidad de Gerente de la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. "COOTRASARAVITA SOCORRO" y al señor Luis Jesús Martínez Mora y ordenó la notificación del extremo pasivo. Folio 61 del cuaderno de primera instancia.

15 Folio 91 del cuaderno de primera instancia.

17 Folio 90 del cuaderno de primera instancia.

18 Folios 110 al 124 del cuaderno de primera instancia.

19 Folios 134 al 136 del cuaderno de primera instancia.

20 Direcciones de notificación: cial\_coca@hotmail.com, Calle 34 No. 11-67 oficina 301 (Bucaramanga), Carrera 18 No. 10ª-15 (Socorro - Santander)

21 Folios 24 y 25 del cuaderno principal.

22 Folio 29 del cuaderno principal.

23 Ver sentencias T-056/15 y T-029/16.

24 Ver sentencia T-044/96.

25 En la sentencia T-541A /14 la Corte reiteró que "para agenciar derechos de menores de

edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar que el afectado en su derecho fundamental no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, por cuanto ello es obvio tratándose de los niños. Por consiguiente, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve”.

26 Folio 24 del cuaderno principal.

27 Ver sentencia C-378/10. En esa ocasión la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” y al respecto señaló: “Son tres las hipótesis previstas por el Constituyente respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, a saber: a) Cuando el particular presta un servicio público; b) Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; y c) Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.” (Destaca la Sala).

28 Ley 1151 de 2007, artículo 155 “(...) Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle (...)”.

29 Ver sentencias T-1013/06, T-584/11 y T- 332/15, entre otras.

30 El 15 de noviembre de 2012, la señora Luz Marina Arenas Remolina, madre del señor Juan David Martínez Arenas, en representación de su nieta la menor Angely Estefanía Martínez González, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y un auxilio funerario. Mediante Resolución GNR 105236 del 21 de mayo de 2013, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la menor; en cuanto al auxilio funerario, la accionada por medio de Resolución GNR 138686 del 20 de junio

de 2013 negó el reconocimiento de dicha prestación. Interpuesto el recurso de reposición, mediante Resolución GNR 11044 del 15 de enero de 2014, Colpensiones decidió confirmar la Resolución GNR 105236 del 21 de mayo de 2013.

Posteriormente, la señora la señora Luz Marina Arenas Remolina solicitó a la entidad accionada corrección de la historia laboral del señor Juan David Martínez Arenas, al evidenciar que los empleadores no efectuaron los aportes requeridos por algunos periodos. Por lo anterior, solicitó a los empleadores del causante que realizaran el pago de los periodos adeudados a Colpensiones.

31 Una vez se hicieron efectivos los pagos correspondientes a los empleadores, el 17 de noviembre de 2015, la señora Cindy Alejandra González Cala en representación de su hija, solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la menor. Mediante Resolución GNR 5925 del 8 de enero de 2016, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentando que en los 3 años anteriores a la fecha de fallecimiento del empleador, contaba con 47 semanas cotizadas. Interpuestos los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación, mediante Resolución VPB 38501 del 05 de octubre de 2016, Colpensiones decidió confirmar lo dispuesto en la Resolución GNR 5925 del 8 de enero de 2016.

32 Folio 61 del primer cuaderno.

33 Ver sentencia T-603/15.

34 Ibíd.

35 Ver sentencia T-157/11. Adicionalmente, en la sentencia T-291/17, la Sala Tercera de Revisión consideró que, de esta manera: “resulta posible garantizar plenamente el derecho fundamental a la igualdad, toda vez que el artículo 13 de la Constitución Política, al consagrar que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, abrió la puerta para garantizar la adopción de medidas destinadas a resguardar de manera especial a los sujetos de especial protección constitucional”.

36 Sentencia T-736/2013.

37 En la sentencia T-398/14, la Corte dijo “En relación con estas personas no es posible hacer el examen de subsidiariedad con la misma rigurosidad que para los demás. Por ello, el requisito de subsidiariedad no puede dejar sin contenido al trato preferencial que reciben los sujetos de especial protección constitucional. Un análisis riguroso de este principio de cara a dicho grupo acentuaría su condición de debilidad, toda vez que el juez de tutela aplicaría los mismos criterios que al común de la sociedad. Es por eso que su valoración no debe ser exclusivamente normativa. La evaluación debe prever los aspectos subjetivos del caso. Por tanto, cuando de los elementos del caso se concluya que la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección, el análisis se hace más flexible para el sujeto pero más riguroso para el juez, ya que debe considerar circunstancias adicionales a las que normalmente valora (...) En conclusión, los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial protección constitucional se presumen inidóneos. Sin embargo, en cada caso, la condición de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situación de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus características, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones”.

38 Ver sentencia T-036/17.

39 “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

40 Ver sentencia T-1040/08 reiterada en la sentencia T-148/16.

41 Ver sentencias T-507/03, T-008/06, T-786/08 y T-276/10, entre otras.

42 Ley 100/93 artículo 22: “Obligaciones del Empleador. 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, junto 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”.

43 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

44 Sentencias T-363/98, T-165/03, T-1106/03, T-106/06, T-239/08, T-631/09, T-042/10, T-761/10, T-1032/10, T-080/11, T-979/11, T-398/13 y T-300/14; entre otras.

45 Ley 100/93 artículo 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.”.

46 En la sentencia T-053/10, la corte consideró que “la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes”.

47 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-553/98, T-205/02, T-664/04, T-043/05, T-042/10, T-080/11 y T-300/14.

48 Sentencia T-398/13.

49 Folio 13 del cuaderno de primera instancia.