

Sentencia T-008/06

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia

ACCION DE TUTELA-Requisitos para procedencia excepcional de reconocimiento de pensiones

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Mora patronal en el pago de aportes/PENSION DE SOBREVIVIENTES-Mora patronal no puede afectar derechos de los familiares del trabajador fallecido

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Jurisprudencia sobre pensión de sobrevivientes cuando el trabajador fallecido cotizó 300 semanas antes de la ley 100 de 1993

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Otorgamiento por el Seguro Social de la pensión de sobrevivientes

Referencia: expediente T-1215101

Peticionaria: Ernestina Trujillo

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Tema: Mora patronal en el pago de cotizaciones, frente al derecho a reclamar la pensión de sobreviviente.

Bogotá, D. C. diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2006)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia, el quince (15) de septiembre de dos mil cinco (2005).

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número diez de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La señora Ernestina Trujillo, mediante apoderado judicial, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la

seguridad social, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima, al negarle el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a que tiene derecho por el fallecimiento de su compañero permanente Simeón Jiménez, alegando que las cotizaciones correspondientes al último año de servicios del trabajador fueron realizadas por el empleador extemporáneamente, con posterioridad a la fecha del fallecimiento del afiliado, por lo cual no se cumplía con lo preceptuado por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige que para que proceda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es necesario que el trabajador fallecido haya cotizado oportunamente durante 26 semanas en el último año de su vida.

Agrega la peticionaria que con esta negativa al reconocimiento pensional, el Instituto demandado desconoció la jurisprudencia de esta Corporación vertida en las sentencias T-507 de 2003 y T-894 de 2004, así como la sentada por la Sala Laboral de la h. Corte Suprema de Justicia[1], según la cual no basta con examinar si a la fecha del fallecimiento se contaba o no con veintiséis semanas de cotización realizadas en el último año, sino que en virtud del principio de favorabilidad, es preciso entender que existe el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, si durante la vigencia de la relación laboral el trabajador fallecido había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, de conformidad con el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 a que hubiera estado afiliado (en este caso de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990).

Añade que en su caso personal, su compañero permanente, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía cotizadas más de trescientas semanas, lo que le daría derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el mencionado Acuerdo 049 de 1990.

De otro lado, la demandante pone de presente que es persona de la tercera edad, imposibilitada para trabajar, que actualmente no recibe ningún tipo de ingresos, por lo cual sobrevive de la caridad de vecinos y amigos.

## **2. Traslado de la demanda.**

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda corrió traslado de la anterior demanda al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima, entidad que se opuso a la misma con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Que la Gerencia de la Seccional Tolima del Instituto de Seguros Sociales había proferido la Resolución N° 556 de junio 9 de 2004, denegatoria del reconocimiento pensional, resolviendo el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° 038 del 23 de enero del mismo año, igualmente denegatoria de la pensión solicitada.

2. Que no obstante lo anterior, en cumplimiento del fallo de tutela de fecha 19 de noviembre de 2004, proferido por el mismo Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda, esa Gerencia, mediante Resolución N° 438 de abril de 2005, había dispuesto anular la Resolución N° 556 de 9 de junio de 2004 denegatoria de la pensión. Lo anterior, por cuanto en ese fallo de tutela se había ordenado al Instituto de Seguros Sociales que anulara la Resolución N° 0556 del 9 de junio de 2004, y que proferiera en su reemplazo otra que tuviera en cuenta las semanas cotizadas por el causante al sistema de seguridad social en pensiones, según las pruebas que obraban en el expediente.

No obstante, en esta nueva resolución anulatoria de la anterior, tampoco se había reconocido la pensión por cuanto: (i) de conformidad con lo prescrito por el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el derecho a la pensión de sobrevivientes lo tienen los familiares del afiliado que de

encontrarse cotizando al sistema general de pensiones, hubiera cotizado por lo menos 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, y en el caso contrario, es decir habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere hecho aportes durante por lo menos veintiséis semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento; (ii) que en el presente caso, el afiliado no se encontraba cotizando al sistema al momento de su muerte; (iii) que en lo referente al último año anterior al fallecimiento (acaecido el 22 de noviembre de 2000), las cotizaciones correspondientes a los meses de marzo, mayo, julio y septiembre de 2000 habían sido canceladas el 29 de septiembre de 2004, y las correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del mismo año 2000 habían sido canceladas en el año 2001, por lo cual no podía ser tenida en cuenta por expresa prohibición del inciso 2° del numeral 4° del artículo 53 del Decreto 1406 de 1999; (iv) que por todo lo anterior, no estaban cumplidos los requisitos a que se refiere el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, siendo responsabilidad del empleador las consecuencias derivadas de la no presentación de las liquidaciones de aportes, de conformidad con lo prescrito por el artículo 39 del Decreto 1406 de 1999.

Con fundamento en las anteriores razones, a pesar de estar establecido que el causante había cotizado 677 semanas en el período comprendido entre agosto de 1973 y el 31 de diciembre de 1994, y 158 más, entre el 1° de marzo de 1997 y el 31 de octubre de 2000, en la Resolución 438 de abril de 2005, que en cumplimiento de lo ordenado por el mismo juez en fallo de tutela anterior, había dispuesto anular la Resolución N° 556 de 9 de junio de 2004, tampoco se había procedido al reconocimiento pensional.

3. Que lo que pretendía la demanda era que por la vía de la acción de tutela se procediera al reconocimiento pensional, o cual era improcedente, pues dentro del trámite administrativo se había agotado la vía gubernativa, quedando en firme la decisión del Instituto, de conformidad con lo prescrito por el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo.

4. Que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente subsidiario, lo que hace que no proceda cuando existen otros recursos judiciales; que en el presente caso, la actora contaba aún con los recursos ante la jurisdicción competente, o con la posibilidad de hacer formular una nueva petición ante la propia administración.

5. Que en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha señalado que, como regla general, la acción de tutela no es procedente para efectos de lograr el reconocimiento pensional.

6. Que dado que en el presente caso el causante no cumplía con los requisitos para que se configurara el derecho de sus familiares a la pensión de sobrevivientes, si mediante fallo de tutela se ordenara efectuar tal reconocimiento, la decisión judicial se erigiría en una vía de hecho flagrante.

### **3. Pruebas obrantes dentro del expediente**

Obran en el plenario, entre otras, las siguientes pruebas:

1. Copia de la Resolución N° 438 de abril de 2005, proferida por el Gerente Nacional de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, “mediante la cual se anula una Resolución en cumplimiento de una Decisión judicial”

2. Documento expedido por la Vicepresidencia de riesgos Profesionales del Instituto de Seguros Sociales, en donde consta la relación de novedades de aportes mensuales llevados a cabo por el empleador Ganadería Nare, respecto del afiliado Simeón Jiménez, durante los años de 1995 a

2000.

3. Copia de la cédula de la demandante, Ernestina Trujillo.
4. Copia de la Resolución 803 de 2004, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición.
5. Copia de la Resolución 558 de 2004, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación.
6. Acta correspondiente a la diligencia de declaración rendida por Luz Dary García Zambrano en la cual ésta afirma ser amiga de la demandante Ernestina Trujillo y constarle que su situación económica es precaria y que se encuentra enferma, sin atención médica.
7. Acta correspondiente a la diligencia de declaración rendida por Luz Dolly Rodríguez, en la cual ésta afirma ser amiga de la demandante Ernestina Trujillo y constarle que su situación económica es precaria, viviendo de la caridad de los amigos y de lo que le puede suministrar una hija casada que gana el salario mínimo. Agrega que se encuentra enferma, padece mareos, dolores de cabeza y en los huesos, y está deprimida y sin atención médica permanente.
8. Acta correspondiente a la diligencia de declaración rendida por Luis Carlos Arboleda rueda, yerno de la demandante, quien afirma que ella depende de lo que él y su esposa le pueden dar, pues los demás hijos no se encuentran en buena situación económica.

## II. ACTUACIÓN JUDICIAL

### 1. Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda (Tolima)

Mediante Sentencia proferida el dos de agosto de dos mil cinco (2005), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda (Tolima) decidió conceder la acción de tutela impetrada por la señora Ernestina Trujillo, como mecanismo transitorio para la protección de sus derechos a la igualdad, al debido proceso, y al mínimo vital de subsistencia. En consecuencia, ordenó al Instituto de Seguros Sociales que, en un término de cuarenta y ocho horas, emitiera el acto administrativo que le otorgara la pensión de sobreviviente, con base en lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

En sustento de esta decisión, el Despacho judicial mencionado consideró lo siguiente:

En primer lugar recordó el a quo que, con anterioridad a la presente demanda, la tutelante había incoado otra acción de tutela, conocida por el mismo despacho judicial, en la cual se había solicitado que se ordenara tener en cuenta las pruebas relativas a las semanas cotizadas en forma extemporánea, pruebas que no habían sido valoradas por el Instituto de Seguros Sociales al momento de denegar el reconocimiento pensional. No obstante, frente a esa pretensión, la de la presente acción de tutela era diferente, pues no perseguía tal valoración probatoria, sino que se aplicara el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, conforme al cual se tenía derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado hubiera cotizado trescientas semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que el Instituto se negaba a aplicar.

Establecido lo anterior, la Sentencia entró en el estudio de si a la demandante se le estaban vulnerando sus derechos fundamentales con la negativa del Instituto al reconocimiento pensional, con fundamento en que el afiliado no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 en su artículo 46, pues no estaba cotizando al momento del fallecimiento, y tampoco había cotizado al menos veintiséis (26) semanas en el año anterior a su deceso.

Al respecto concluyó el a quo que la posición del Instituto demandado reñía con la jurisprudencia sentada por la h. Corte Suprema de Justicia en varias y reiteradas decisiones, en las cuales esa Corporación había enseñado que no se podía desconocer a una persona el número de semanas aportadas, así hubiera fallecido en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin completar veintiséis semanas de cotización en el último año anterior al deceso, para por este camino negar la pensión de sobrevivientes. Lo anterior, por cuanto el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, emanado del propio Seguro Social, establecía que quien hubiera cotizado antes de su fallecimiento trescientas (300) semanas, adquiriría para sus beneficiarios el derecho de pensión. Por lo cual, teniendo en cuenta lo prescrito por los artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política, procedía en estos casos reconocer la pensión, para dar cumplimiento al principio de favorabilidad laboral y satisfacer los derechos a la igualdad y al debido proceso.

Añadió el fallo, que la situación fáctica que se presentaba era idéntica a la decidida por la Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, dentro del expediente 21583, con ponencia de la magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón. En ese caso, como en el actual, el afiliado había cotizado más de trescientas semanas para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que le daba derecho a sus familiares a obtener la pensión de sobrevivientes. Por lo cual la aquí tutelante debía recibir el mismo trato, so pena de desconocerse su derecho a la igualdad, amén del derecho al debido proceso, que resultaría vulnerado por el desconocimiento de la clara jurisprudencia sentada por la h. Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, el a quo puso de presente que el derecho fundamental al mínimo vital de subsistencia también estaba siendo vulnerado, toda vez que la señora Ernestina Trujillo pertenecía a la tercera edad, estaba imposibilitada para trabajar, carecía de medios de subsistencia, y su salud estaba en precarias condiciones. Lo anterior hacía que la tutela estuviera llamada a prosperar como mecanismo transitorio, pues no era posible someter a la peticionara a los largos trámites de un proceso ordinario, dada su edad y la situación fáctica por la que atravesaba.

## **2. Impugnación de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda (Tolima)**

La anterior Sentencia fue oportunamente impugnada por el Instituto de Seguros Sociales, con fundamento en los siguientes argumentos:

a. Por la improcedencia del reconocimiento pensional por la vía de tutela. El Instituto reitera lo dicho en la contestación de la demanda, relativo a que el Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo no procede cuando existan otros recursos judiciales. En el caso presente, agotada la vía gubernativa, dice el Instituto que la demandante puede “reclamar ante el empleador del señor Simeón Jiménez Calderón, q.e.p.d o acudir en su momento ante la jurisdicción competente”.

b. Porque la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda, se erige en una vía de hecho. Repite al respecto el Instituto impugnante, que dado que el causante, señor Simeón Jiménez, al momento de su fallecimiento no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y que el Decreto 1406 de 1999 impedía tener en cuenta las semanas cotizadas después del fallecimiento, queda establecido que no les asistía a sus familiares el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; por lo cual, la sentencia de primera instancia se constituía en una flagrante vía de hecho. Añadió que

la fecha del siniestro era la que determinaba la normatividad aplicable para efectos del otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, “en atención a que ni la Ley 100 de 1993, ni la Ley 797 de 2003 y mucho menos la Ley 860 de 2003, contemplaron Régimen de transición alguno, como sí lo hicieron para la pensión de vejez, anotado que en idénticos términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en fallo de 23 de mayo de 2005, dictado dentro del expediente 25351 de 2005.”

c. Por la existencia de una responsabilidad en cabeza del empleador por el no pago oportuno de los aportes. Afirma en este acápite el Instituto recurrente, que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, dispone que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deben efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingreso que estos devenguen. Y que por su parte, el Decreto 1406 de 1999 en su artículo 39 dispone que las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes serán responsabilidad exclusiva del aportante. De otro lado, el artículo 12 del decreto 2665 de 1988 dispone que en el período de mora en el pago de los aportes el Instituto queda relevado de la obligación de otorgar las prestaciones económico asistenciales propias de los seguros de muerte, correspondiéndole al empleador su reconocimiento den la forma y cuantía en que las hubiera otorgado el Instituto si no existiera mora. Añade que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la doctrina según la cual los aportes extemporáneos o realizados con posterioridad al acaecimiento del riesgo, no generan para el Instituto la obligación de asumir el pago de las prestaciones correspondientes.

No obstante la anterior impugnación, el Instituto recurrente, mediante Resolución N° 1033 de agosto de 2005, acató el fallo de primera instancia, concediendo transitoriamente la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante, en cuantía de trescientos ochenta y un mil pesos (\$381.500) mensuales, Resolución cuya fuerza ejecutoria quedó sujeta a la decisión que llegara a proferir el h. Tribunal Superior de Ibagué dentro de la impugnación presentada por el demandado.

### **3. Sentencia proferida por la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el quince (15) de septiembre de 2005.**

Mediante Sentencia proferida el quince (15) de septiembre de 2005, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué decidió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda, y en su lugar denegar la acción de tutela.

En sustento de esta decisión, el Tribunal sucintamente adujo que el Instituto demandado había planteado una controversia legal respecto de la existencia del derecho de la demandante, por lo cual el asunto debía ser resuelto por el juez natural. Además, no existía certeza respecto de la vulneración del mínimo vital de la accionante, pues no se sabía si subsistía exclusivamente de los ingresos que percibía de su compañero. Por todo lo cual, dado que el juez de tutela carecía de competencia para reconocer la prestación reclamada, por cuanto usurparía la competencia del juzgador natural, lo procedente era denegar el amparo deprecado.

## **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la

Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

## **2. La pretensión de la solicitante**

La demandante, persona de sesenta y siete años de edad que afirma estar imposibilitada para trabajar y carecer de recursos económicos para atender a su subsistencia, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima, al negarle el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a que tiene derecho por el fallecimiento de su compañero permanente.

El Instituto demandado niega el reconocimiento pensional, por cuanto, para la fecha del deceso, el compañero de la demandante no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para que se configure el derecho de los familiares sobrevivientes a reclamar la respectiva pensión. Agrega que la fecha del fallecimiento es la que determina cuál es la legislación aplicable, pues ni la Ley 100 de 1999 ni la legislación posterior han contemplado régimen de transición alguno respecto de la pensión de sobrevivientes, como sí lo hicieron respecto de la pensión de vejez. Por tanto, debe concluirse de que habiendo fallecido el compañero de la demandante en noviembre del año 2000, el reconocimiento de la pensión debe regirse por la Ley 100 de 1993, vigente para entonces. En respaldo de su postura cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en particular el fallo de 23 de mayo de 2005, dictado dentro del expediente 25351 de 2005.

Empero, la reclamante sostiene que le asiste el derecho a la pensión que reclama, pues reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no es posible desconocer a una persona el número de semanas aportadas, así hubiera fallecido en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin completar los requisitos a que alude el citado artículo 46 de dicha Ley, por cuanto el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, emanado del Seguro Social, establecía que quien hubiera cotizado antes de su fallecimiento trescientas (300) semanas, adquiriría para sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes.

No obstante, el Instituto demandado aduce que la presente la acción de tutela resulta improcedente, pues existen otros mecanismos de defensa judicial a los cuales puede recurrir la demandante, argumento que es acogido el ad quem, quien, además, estima que no está probada la vulneración del mínimo vital de subsistencia de la actora, es decir la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la presente acción como mecanismo transitorio.

Así, corresponde a esta Sala de la Corte Constitucional, en primer lugar, establecer si la presente acción resulta procedente, bien como mecanismo transitorio o bien como medio de defensa definitivo; y en caso afirmativo, determinar si la negativa del Instituto de Seguros a reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes se erige en una vulneración de sus derechos fundamentales, que amerite que se profiera un fallo ordenando el aludido reconocimiento pensional.

Empero, como cuestión previa, debe la Sala aclarar si la presente acción de tutela se erige en una demanda temeraria, habida cuenta de que la aquí demandante había intentado antes otra acción contra el Instituto de Seguros Sociales, motivada por la negativa de ese Instituto al

reconocimiento de su pensión.

### **3. Inexistencia de temeridad.**

Del acervo probatorio existente en el expediente, especialmente de la Copia de la Resolución 438 de 6 de abril de 2005[2], así como de la parte considerativa del fallo de primera instancia, se desprende que la aquí demandante había intentado anteriormente otra acción de tutela en contra del Instituto de los Seguros Sociales, demanda que fue decidida por el mismo Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda mediante Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2004, es decir, por el mismo Despacho que aquí conoció en primera instancia.

No obstante, en dicha acción de tutela, como lo pone de manifiesto el a quo, la pretensión de la demandante difería de la que aquí se plantea, pues en la primera oportunidad se buscaba que, para decidir sobre el derecho a la pensión de sobreviviente que eventualmente pudiera existir en cabeza de la tutelante, se tuvieran en cuenta la totalidad de las cotizaciones hechas a nombre de su compañero permanente, en especial las realizadas extemporáneamente por el empleador “Ganadería Nare S.C.A”, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivaban. En cambio, en la presente oportunidad se pide al juez de tutela que se tenga en cuenta lo prescrito por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, conforme al cual se obtiene el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado ha cotizado trescientas semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que el Instituto se ha negado a aplicar, deteniéndose solamente en incumplimiento de los requisitos a que alude el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Así pues, la Sala concluye que no se presenta el fenómeno jurídico de la temeridad, pues aunque aparentemente las dos acciones fueron motivadas en los mismos hechos y para la protección de los mismos derechos, la pretensión jurídica en cada una de ellas es sustancialmente diferente. En la primera se buscaba la valoración probatoria referente al número de semanas cotizadas extemporáneamente, al paso que en la segunda se pide aplicar lo dispuesto en el artículo 6° Acuerdo 049 de 1990, con preferencia a lo prescrito por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Por este aspecto la Sala descarta la existencia de temeridad, acatando la jurisprudencia de esta Corporación relativa al comportamiento temerario, pues como ha sido explicado por la Corte, “tal conducta requiere de un examen cuidadoso de la pretensión de amparo, de los hechos en que ésta se funda y del acervo probatorio que obre dentro del proceso, que lleve al juzgador a la fundada convicción de que la conducta procesal de la respectiva parte carece en absoluto de justificación.”[3](Subrayas fuera del original)

#### **4. Presupuestos procesales de la acción de tutela en el presente caso.**

Como segunda cuestión previa, según se dijo, debe la Sala abordar enseguida el asunto de la procedencia de la presente acción.

4.1 Como es sabido, es presupuesto procesal que debe verificar el juez constitucional para determinar la procedencia de la acción de tutela, el de la inexistencia de otro medio de defensa judicial. Lo anterior por cuanto el inciso tercero del artículo 86 superior prescribe que “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Como regla general, el derecho a obtener el reconocimiento de pensiones debe hacerse efectivo mediante solicitud formulada ante la entidad encargada de reconocerla, o si ello fuera necesario, por la vía ordinaria judicial. Por ello, en principio, la acción de tutela, de carácter eminentemente



residual y subsidiario, no puede ser usada para el reconocimiento de este tipo de prestación[4]. Empero, la Corte también ha decantado una jurisprudencia extensible al caso de las pensiones de sobrevivientes, según la cual en casos excepcionalísimos el reconocimiento pensional puede hacerse efectivo de manera transitoria por la vía de la acción de tutela, cuando se acredite:

“a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.

“b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.

“c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.

“d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela.” [5]

4.2 En el caso presente, del acervo probatorio obrante en el expediente es posible concluir que los anteriores requisitos jurisprudenciales se encuentran cumplidos. Ciertamente:

\* En cuanto al primero de tales requisitos, se tiene que el día 12 de noviembre de 2002 la aquí demandante solicitó en sede administrativa, ante el Instituto de Seguros Sociales seccional Tolima, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, y esta entidad, mediante Resolución 038 de enero de 2004, respondió negativamente a su petición, ante lo cual la interesada interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron desatados confirmando la resolución denegatoria del reconocimiento pensional. (Resoluciones 803 de mayo de 2004 y 556 de junio de 2004, respectivamente). No obstante, la Resolución 556 de 2004 fue posteriormente revocada por orden judicial emitida dentro de otra acción de tutela anterior a la presente, y reemplazada por la Resolución N° 438 de 6 abril de 2005, que sin embargo tampoco reconoció el derecho pensional.

\* En cuanto al segundo de los requisitos jurisprudenciales, aprecia la Sala que, dado que el compañero permanente de la solicitante era un trabajador que prestaba sus servicios en el sector privado, pues su último empleador fue “Ganaderías Nare S.C.A.”, para el reconocimiento judicial de la pensión de sobrevivientes, la aquí peticionaria, al momento de interponer la presente acción de tutela, tenía abierta la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en ejercicio de la acción ordinaria.[6]

\* En cuanto al tercero de los requerimientos que harían procedente la presente acción como mecanismo transitorio, la Sala encuentra que está probado que la demandante es persona de la tercera edad (tiene cumplidos sesenta y siete años, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía[7]), y en declaraciones judiciales rendidas ante el a quo se afirmó que no recibía ingresos de ninguna índole, distintos de la ayuda de amigos y familiares que, así mismo, son personas de escasos recursos. Adicionalmente, se trata de una persona que dice padecer quebrantos de salud, cosa que es confirmada por los declarantes, y que carece de afiliación al

sistema de seguridad social en salud.

\* Por todo lo anterior, la Sala encuentra que dentro del expediente se encuentran evidencias de la situación fáctica de la demandante, que indican que sus condiciones materiales de vida no satisfacen el mínimo vital de subsistencia en condiciones dignas.

En tal virtud, la presente acción está llamada a prosperar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

## **5. Jurisprudencia precedente relativa a la mora patronal en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y su incidencia frente al derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.**

5.1 En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha hecho ver que el pago extemporáneo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por parte del empleador no puede incidir en el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivencia, pues no obstante la falta de la transferencia de las respectivas sumas a la entidad administradora del régimen, al trabajador se le hacen las respectivas deducciones, de modo que resulta ajeno a la situación de mora; la cual, de otra parte, debe ser corregida por dichas entidades administradoras mediante los mecanismos judiciales a su alcance, sin que los efectos de la misma se puedan hacer recaer en el trabajador.

Así por ejemplo, en la Sentencia C-179 de 1997[8], la Corte sostuvo lo siguiente:

"...no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, por Caxdac, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos.

"En reiterada jurisprudencia la Corte ha indicado que las diferencias que se establezcan entre sujetos ubicados en idéntica situación deben tener fundamento adecuado y razonable y en verdad, bajo ningún punto de vista es razonable que las consecuencias de la desatención de las obligaciones correspondientes a las empresas o a la Caja sean trasladadas al trabajador que ha cumplido y acreditado los requisitos para obtener su pensión y, en lugar de adecuado, es altamente desproporcionado que el peso de esos incumplimientos recaiga de manera tan abrupta sobre el trabajador, privándolo, en la práctica, de su legítimo derecho. Ese sacrificio desmedido, lejos de contribuir a consolidar los fines de la seguridad social los desatiende.

"El criterio de la cancelación efectiva de los aportes por las empresas no resulta atendible como fundamento de una distinción semejante que, en últimas, deviene en sanción aplicable a quienes no han concurrido con su conducta al incumplimiento de las empresas aportantes o a la desidia de la Caja, dotada de instrumentos para lograr la cancelación de las sumas adeudadas".

En idéntico sentido, en la Sentencia SU-430 de 1998[9], la Corte reiteró así la posición anterior:

"Evidentemente un trabajador no puede dejar de realizar sus pagos mensuales de aportes al sistema de seguridad social, toda vez que son descontados automáticamente por el empleador del salario correspondiente, así lo dispone el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, al señalar que: "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las

cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno". Esto significa que es directamente el empleador quien tiene la obligación de cotizar los porcentajes equivalentes al factor prestacional a las entidades prestadoras de salud y administradoras de pensiones, e incluso responder por ello, según lo ha determinado la legislación laboral que al respecto señala en el artículo antes citado: "El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

No puede entonces la entidad administradora de pensiones (EAP) obstaculizar el otorgamiento de una pensión de vejez a un trabajador al que se le han descontado en forma periódica los aportes correspondientes, debido al incumplimiento del empleador de consignar algunos aportes a la EAP. No es justo que el trabajador deba soportar tan grave perjuicio por una falta del empleador..."

Más recientemente, en el mismo sentido la Corte consideró:

"No es aceptable hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud o en pensiones, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hicieron las deducciones respectivas, de suerte que resulta ajeno a la situación de mora que, por otra parte, debe ser subsanada por dichas entidades mediante el uso de los instrumentos legales antes indicados." [10]

5.2. Concretamente, en materia de pensión de sobrevivientes, la Corte ha extendido la misma postura jurisprudencial relativa a la no afectación del derecho de los familiares del trabajador fallecido, por la mora patronal en el pago de los aportes al sistema; así lo hizo en la Sentencia T-664 de 2004 [11], en donde se vertieron los siguientes conceptos:

"La Corporación ha precisado [12] que, estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago de forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización. Las eventualidades como la mora del empleador están contempladas en la Ley, que crea los mecanismos para su cobro y sanción. [13] De manera esquemática se puede señalar que si el empleador no efectúa los pagos que le corresponden en los términos señalados por la Ley, la AFP deberá requerirlo por escrito y vencido un plazo de quince (15) días siguientes al señalado requerimiento, si el empleador no se ha pronunciado, la liquidación de la deuda que efectúe aquella prestará mérito ejecutivo para adelantar la acción de cobro ante la justicia ordinaria.

"Ahora bien, la regla anteriormente anotada se extiende al reconocimiento y pago de la pensión de superviviente, dado que los recursos de financiación de ésta tienen la misma fuente que los de la pensión de invalidez, y quienes están llamados a beneficiarse de ella se encuentran en igual estado de indefensión, por constituir la pensión la posibilidad única que tienen para sufragar los costos de su existencia. La anterior situación se hace mas clara aún cuando el beneficiario de la pensión es un menor de edad."

5.3 Así las cosas, la Sala concluye que el hecho de que el patrono del trabajador fallecido se encontrara en mora en la transferencia de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, para el momento del deceso, no puede ser argumento suficiente para denegar el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a sus familiares, argumentando el incumplimiento de los requisitos a que alude el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se tiene que aun si el Instituto de Seguros sociales estima que la normatividad aplicable para establecer el derecho a la pensión de sobrevivientes es la Ley 100 de 1993 (la cual en su artículo 46 exige que en el momento del deceso el afiliado fallecido se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, o que habiendo dejado de cotizar, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte[14]), el hecho de que, respecto de algunas de las cotizaciones correspondientes a los últimos seis meses del año del fallecimiento, el patrono del causante se encontrara en mora, no es asunto que pueda ser oponible por la administradora de pensiones a los familiares del trabajador, máxime cuando no desplegó ninguna actividad para requerir al patrono incumplido, y cobrar lo adeudado por la vía judicial.

6. Jurisprudencia de la h. Corte Suprema de Justicia relativa al derecho al pensión de sobrevivientes cuando el trabajador fallecido completó en vida los requisitos a que se refiere el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, es decir cuando cotizó trescientas semanas antes de la entrada vigencia de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente a lo anterior, esta Sala detecta que la h. Sala de Casación Laboral de la h. Corte Suprema de Justicia, en reiteradas oportunidades ha sostenido la doctrina según la cual si el asegurado no acredita 26 de semanas de cotización durante el año anterior a su fallecimiento, pero ha satisfecho, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones a que se refieren los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año, sus beneficiarios adquieren el derecho a la pensión de sobrevivientes.[15]

En este sentido, en la Sentencia de 2 de mayo de 2003 (Rad. 19792, M.P. Luis Javier Osorio López), se lee lo siguiente:

"El tema que ocupa la atención de la Sala ha sido tratado en reiterada jurisprudencia por esta Sala, inicialmente en la sentencia del 13 de agosto de 1997, radicación 9758, decisión en que se ha concluido, que a pesar de que el asegurado, no aportante al sistema, no cuente con 26 semanas de cotización dentro del año anterior al fallecimiento, pero que haya satisfecho, antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones que instituyó la ley 100 de 1993, la densidad de cotizaciones a que aluden los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, sus beneficiarios son acreedores a la correspondiente prestación económica, con observancia de los principios de equidad, proporcionalidad y condición más beneficiosa; puesto que no puede tener más derecho quien menos densidad de cotizaciones posee, e igualmente, que si con solo 26 semanas de cotización se tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, con mayor razón en este caso, en que el asegurado fallecido tenía aportadas 990 semanas.

"La Corte, ha reiterado el criterio expuesto en la sentencia atrás aludida, entre otras, en la de julio 9 de 2001, radicación No. 16269, en que se puntualizó:

"Ha dicho hasta la saciedad la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en forma mayoritaria, en casos iguales al presente contra la misma demandada que no se puede negar la pensión de sobrevivientes a los derechohabientes de un afiliado so pretexto de no reunir éste 26 semanas de cotización en el año anterior a su deceso, si durante su vinculación con la seguridad social cumplió cabalmente con los requisitos exigidos por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990.

"Lo anterior se ha basado, entre múltiples fundamentos, en el texto del inciso cuarto del artículo 48 de la ley 100 de 1993, que garantiza el derecho a "optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del I. S. S., VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE VIGENCIA DE LA PRESENTE LEY..." (resalta la sala); en los principios medulares de la seguridad social; en el artículo 53 de la carta fundamental y en el postulado de la condición más beneficiosa.

"De modo que al acoger integralmente el ad quem el reiterado criterio jurisprudencial de esta Sala no puede acusársele de haber infringido ninguno de los textos invocados en la proposición jurídica".

Así, esta Sala observa que existe una doctrina acogida por la Sala de Casación Laboral de la h. Corte Suprema de Justicia, que en aplicación del principio de favorabilidad a que alude el artículo 53 de la Constitución Política, hubiera debido llevar al ad quem a conceder la tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, reconociendo a la peticionaria la pensión de sobrevivientes que reclama.

En efecto, según los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990, los requisitos de aportes para efectos de obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes de origen común consisten en reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, condiciones estas que cumplía el señor Simeón Jiménez, como se desprende del acervo probatorio obrante en el expediente, en especial de la resolución 438 de 2005.[16]

Lo anterior, aunado a la doctrina de la Corte Constitucional relativa a la imposibilidad de hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias de la mora patronal en la realización de las cotizaciones, que permitía también reconocer la pensión con fundamento en lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, ha debido ser tenido en cuenta por el juez de tutela, para conceder la protección deprecada.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero: REVOCAR la Sentencia proferida por la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el quince (15) de septiembre de 2005, que denegó la presente acción de tutela.

Segundo: CONCEDER como mecanismo transitorio la tutela para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida digna de la señora Ernestina Trujillo. En consecuencia, ordenar al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente Sentencia, emita el acto administrativo que le otorgue la pensión de sobreviviente, en los términos de la parte motiva de la presente sentencia.

Tercero: Dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presente decisión, la peticionara deberá iniciar el proceso de reconocimiento judicial de la pensión de sobreviviente, ante la justicia ordinaria, so pena de que cesen los efectos de este fallo.

Cuarto: Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, las corporaciones de origen harán las notificaciones y tomarán las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Se menciona en especial la sentencia de 7 de septiembre de 2004, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

[2] Ver folios 2 a 9 del cuaderno principal.

[3] T-300/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell). Véanse, también las sentencias T-082/97 (MP. Hernando Herrera Vergara); T-080/98 (MP. Hernando Herrera Vergara); T-303/98 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

[4] Ver Sentencias T-301/98, T-582/98, T-637/98, T-074/99, T-969/01, T-634/02, T-179/03, entre otras.

[5] Sentencia T-634 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[6] Recuérdese que, en relación con las pensiones, prescriben sólo las mensualidades a partir del reconocimiento de la pensión. El derecho a la pensión es imprescriptible.

[7] El índice de vida probable de los colombianos está estimado en setenta y un años. Al respecto puede consultarse la Sentencia T-214 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[8] M.P. Fabio Morón Díaz

[9] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

[10] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[11] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[12] Se hace referencia a la Sentencia T-205 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[13] Ver artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 2633 de 1994.

[14] El texto completo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 es el siguiente:

"ARTICULO 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 que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

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

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

[15] Los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo.

[16] No pasa por alto a la Sala, que el Instituto de Seguros Sociales menciona, en sustento de su posición, la Sentencia de 23 de mayo de 2005, dictada por la Sala Laboral de la corte suprema de Justicia dentro del expediente 25351 de 2005. Al respecto observa que en esa ocasión la Sala Laboral recordó que de vieja data tenía establecido que el criterio de que la fecha de estructuración del riesgo ( invalidez en ese caso) era el que determinaba la normatividad aplicable para efectos de los requisitos para obtener el derecho a la pensión. Sin embargo, el caso que en esa oportunidad se estudiaba era diferente del que se examina en esta ocasión, pues el demandante reclamaba la pensión de invalidez, pero no cumplía los requisitos para acceder a ella conforme a ninguna otra normatividad que no fuera la Ley 100 de 1993.

□

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

