



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0913/2015-S3
Sucre, 7 de septiembre de 2015

SALA TERCERA

Magistrada Relatora: Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez
Acción de amparo constitucional

Expediente: 09113-2014-19-AAC
Departamento: Cochabamba

En revisión la Resolución 020/2014 de 31 de octubre, cursante de fs. 152 a 156 vta., pronunciada dentro la **acción de amparo constitucional** interpuesta por **Gina Carola Scarpelli Mavrich de Achaval** contra **Julio Vargas León y Kurt Hugo Ludwig Guardia Von Borries, Gerente General y Regional, respectivamente, de la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) Futuro de Bolivia S.A.**

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memoriales presentados el 23 de septiembre y 6 de octubre de 2014, cursante de fs. 62 a 72 y 83 y vta. de obrados, la accionante expresó los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

El 22 de junio de 2011, se produjo el fallecimiento inesperado de su esposo de 48 años de edad, habiéndose establecido que el origen del mismo fue ocasionado por enfermedad correspondiente a riesgo común, de acuerdo al Dictamen 13202/2011, emitido por la Entidad Encargada de Calificar, que le fue notificado mediante nota GR.CBBA.PRT.4782/2011 de 18 de octubre. Su finado esposo trabajó en el Lloyd Aéreo Boliviano (LAB) desde enero de 1990 hasta la fecha de su deceso, es decir veintiún años y cinco meses, tiempo en el cual su empleador retuvo el porcentaje de aportes de ley para cubrir su renta de jubilación, invalidez y muerte; empero, lamentablemente dicha empresa no pagó puntualmente todos los aportes por varios meses, pese a que en las correspondientes papeletas de pago consta el correspondiente descuento.

Refirió que el 26 de septiembre de 2011, se apersonó ante la AFP Futuro de

Bolivia S.A., con la documentación requerida para solicitar el pago de la pensión de vejez por muerte que le corresponde como derechohabiente en primer grado, pero el 11 de enero de 2012, mediante nota GR.CBBA.PRT.1305/2012, la AFP Futuro de Bolivia S.A. le notificó que su solicitud fue rechazada. Posteriormente, ante su reclamo, el 11 de abril del mismo año, mediante carta GR.CBBA.PRT.2139/2012, le comunicaron que podía acceder al pago temporal de compensación de cotizaciones mensual de su esposo; es decir, de los aportes realizados al anterior sistema de pensiones que corre de enero de 1990 a mayo de 1997, y que una vez que LAB pague la totalidad del recargo adeudado, deberá devolver los pagos temporales de compensación de cotizaciones mensuales percibidos. Luego, el 31 de marzo de 2014, mediante carta GR.CBBA.PRT.1770/2014 se le informó que su solicitud por muerte se encontraba sin cobertura por recargo con el empleador y que a la fecha la AFP Futuro de Bolivia S.A. se encontraba realizando gestiones de cobranzas para la recuperación de recargo y aportes adeudados, conforme al art. 110 de la Ley de Pensiones (LP).

De acuerdo a la carta GR.CBBA.PRT.2017/2014 de 11 de abril, se le informó que la pensión por muerte presentada el 26 de septiembre de 2011, se encontraba sin cobertura por falta de aportes al empleador. La consulta y queja fue elevada a la entidad fiscalizadora de las AFP, Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros (APS), la que mediante carta APS.EXT-DDCP/799/2014 de 14 de mayo, expresó que lamentablemente no se cumplía uno de los requisitos de cobertura establecidos por el parágrafo II del art. 38 de la Ley 65 de 10 de diciembre de 2010 (para los casos de fallecimiento por enfermedad, el asegurado deberá contar con primas pagadas al menos por 18 meses de los últimos 36 meses previos a la fecha de fallecimiento, pero en este caso se pagaron 17 primas), por lo que no se cumplía con ese requisito para que los derechohabientes accedan a una pensión por muerte.

Finalmente, manifestó que tiene el legítimo derecho a recibir una pensión vitalicia a su favor, conforme a lo previsto en el art. 37 de la LP, dado que a su esposo fallecido le descontaban mensualmente el 1,17% de sus ingresos destinados a cubrir pensiones por muerte o invalidez por riesgo común, acompañando varias sentencias constitucionales en las que se concedió la tutela por el no pago de pensiones por parte de las AFP.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

La accionante considera lesionados sus derechos a la salud y a la seguridad social, citando al efecto los arts. 8.II, 9.4, 13, 45.I, II, III y IV; y, 410 de la Constitución Política del Estado (CPE), y 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

I.1.3. Petitorio

Solicita se conceda la tutela; y, se disponga que el pago se realice con los aportes descontados para el Fondo Colectivo de Riesgos, administrado por la AFP Futuro de Bolivia S.A.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Celebrada la audiencia pública el 31 de octubre de 2014, según consta el acta cursante de fs. 150 a 151, en presencia de la parte accionante y las autoridades demandadas, ausente el tercero interesado y el Ministerio Público, se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

En audiencia, el abogado de la parte accionante ratificó los términos expuestos en su memorial de acción de amparo constitucional, y añadió que su esposo falleció el 2011, quien fue trabajador activo de LAB por más de veinte años, y conforme a las papeletas de pago, cada mes le descontaban el 10% para su jubilación, el 1.71% para riesgo común y el 1.71% para riesgo profesional, por lo que se cumplió con todos los requisitos para recibir una pensión por muerte, excepto un aporte, que fue pagado "dos semanas después" por LAB; además, no obstante de la mora de dicha empresa, su esposo tenía la cobertura de dinero para acceder a una pensión por muerte; asimismo, señaló que el cómputo de los seis meses, se hizo a partir de la última carta enviada en junio "de este año".

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

Kurt Hugo Ludwig Guardia Von Borries, Gerente Regional de la AFP Futuro de Bolivia S.A., por sí y en representación de Julio Vargas León, Gerente General de la referida AFP, mediante informe escrito de 31 de octubre 2014, cursante de fs. 123 a 129 vta., señaló lo siguiente: **a)** Al fallecimiento del asegurado Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, el 26 de septiembre de 2011, su esposa ahora accionante, solicitó pensión por muerte, que fue objeto de calificación por la Entidad Encargada de Calificar, que por Dictamen 13202/2011 y su correspondiente formulario de Fallecimiento, estableció que la muerte del referido asegurado fue ocasionada por enfermedad correspondiente al riesgo común; **b)** En base a dicho Dictamen, la Administración verificó los requisitos de cobertura aplicables al caso, conforme al art. 38 de la LP; **c)** Se evidenció que el asegurado no cumple con lo dispuesto por los parágrafos II y III del referido art. 38 de la LP, dado que dicho marco normativo exige el pago de dieciocho primas en los últimos treinta y seis meses previos a la fecha de fallecimiento, debiendo en el caso solo considerar las primas efectivamente pagadas por el empleador hasta antes del 22 de junio de 2011, y no las pagadas posteriormente, así sea un solo periodo; **d)** En el caso se verificó que Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, al momento de su fallecimiento sólo tenía diecisiete primas pagadas en los últimos treinta y seis meses; **e)** El art. 117.I del Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley de Pensiones, señaló de manera precisa y concordante con el art. 38 de la LP, que la pensión por muerte por riesgo común se pagará al fallecimiento del asegurado menor de sesenta y cinco años que cumpla con los requisitos de cobertura y siempre que ésta sea mayor a la pensión por muerte derivada de vejez o de solidaria de vejez; permitiendo el art. 118 de la misma norma, que a efectos de beneficiar a los asegurados inclusive considerar el propio periodo de fallecimiento del asegurado,

sí este ocurrió después del 16 del mes, y siempre y cuando el empleador haya pagado las primas dentro de los plazos establecidos por norma, lo que no ocurrió en el caso de examen; **f)** No se cumplió con uno de los requisitos de cobertura previstos en el art. 38.II de la LP, dado que el asegurado deberá contar con primas pagadas al menos por dieciocho meses en los últimos treinta y seis meses previos a la fecha del fallecimiento; en el caso sólo suman diecisiete primas pagadas, por lo que no se cumplió con dicho requisito a efecto que los derechohabientes accedan a una pensión por muerte; **g)** De acuerdo al art. 99 de la LP, el empleador deberá pagar el beneficio del asegurado del Fondo Solidario y de la entidad pagadora y los recargos establecidos por el reglamento, por lo que quien generó la pérdida del derecho a una pensión por el incumplimiento de requisitos de cobertura, no es la AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad de Largo Plazo, sino el empleador que incumplió sus obligaciones como agente de retención de los aportes y primas de sus trabajadores, haciendo pasible el pago del recargo; **h)** El plazo de ciento veinte días establecidos en los arts. 109 y 110 de la LP, no es aplicable de manera directa, sino vencido el plazo referido en la notificación al empleador con la conminatoria de pago; **i)** Al ser la falta de pago oportuno por los empleadores "LAB MANTENIMIENTO S.R.L." y "LLOYD AEREO BOLIVIANO S.A", la AFP carece de legitimación pasiva; **j)** Respecto a la solicitud que se ordene el pago de la pensión por muerte con cargo a las Cuentas Colectivas de Siniestralidad, cabe aclarar que la administradora conforme al contrato de prestación de servicios que tiene suscrito con el Estado boliviano, tiene la obligación de pagar y cumplir con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC), del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales de las cuenta de mensualidad vitalicias variables, según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias; **k)** Por su parte, la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias establecen que el pago de las prestaciones se efectuará previo cumplimiento de las condiciones de acceso y requisitos de cobertura; **l)** Asimismo, el art. 6.I de la LP, determina que cada uno de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y solo pueden disponerse de conformidad a la ley; **m)** Por su parte, el art. 186 de la LP establece que los recursos de los fondos administrados por la Gestora Pública de la Seguridad Social a Largo Plazo, no podrán ser afectados para el pago de prestaciones o pensiones en las que el asegurado no cumpla con los requisitos de cobertura y cumplimiento del pago de contribuciones de los asegurados independientes o del empleador, y no están incluidas las prestaciones o pagos a los que pueda acceder al seguro con las contribuciones efectivamente aportadas, previo cumplimiento de requisitos; **n)** El rechazo de la pensión fue comunicado a la accionante el 18 de octubre de 2011, informando la derivación de la solicitud al proceso de recargo; y el 11 de enero de 2012, con relación a la pensión de vejez derivada de muerte, por lo que trascurrió superabundantemente el plazo de los seis meses para la interposición de la acción de amparo constitucional; y, **o)** A la fecha no existe sentencia constitucional que haya declarado la inconstitucionalidad de las normas imputadas

como infringidas, por lo que su cumplimiento es obligatorio, lo cual no conlleva restricción de derecho o garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y la Ley de Pensiones.

I.2.3. Resolución

La Sala Social y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, por Resolución 020/2014 de 31 de octubre, cursante de fs. 152 a 156 vta., **concedió** la tutela solicitada, disponiendo que los demandados, den curso a la solicitud de pensión por muerte presentada por la accionante en su condición de viuda del asegurado Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, con los aportes descontados de la cuenta que corresponda por ley. Los fundamentos esgrimidos en ese fallo son los siguientes: **1)** La seguridad social tiene una profunda repercusión en todos los sectores de la sociedad, al permitir que los trabajadores y sus familiares tengan acceso a la asistencia médica, protección contra la pérdida de ingresos durante cortos periodos como maternidad o enfermedad, o en periodos largos como la invalidez, accidentes de trabajo y durante los años de vejez; **2)** El art. 45.I de la CPE, prevé que todos los bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social, bajo los principios de universalidad y eficacia y que se encuentra bajo la dirección y administración del Estado, cubre la viudez, vejez y muerte; **3)** Los fondos de ahorro previsional están compuestos por las cuentas personales previsionales; el de vejez, se cubre con los recursos del saldo acumulado de los asegurados que acceden a la prestación de vejez o prestación solidaria de vejez y originan el derecho a la pensión por muerte derivada de ésta y el fondo colectivo de riesgos, está compuesto por los recursos provenientes de las primas por riesgo común, riesgo profesional y riesgo laboral, fondo con el que se pagan las rentas de viudez e invalidez por riesgo común; **4)** Respecto a la muerte por riesgo común, las pensiones son vitalicias o temporales a favor de los derechohabientes en primer y segundo grado; **5)** El fallecimiento del asegurado por un accidente calificado como de riesgo común, le permite a la accionante como viuda acceder a la pensión por muerte, además de haber cumplido y demostrado con los requisitos de cobertura, como el ser menor de sesenta y cinco años, contar al menos con sesenta aportaciones pagadas al sistema de Reparto de Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y/o al Sistema Integral de Pensiones; que el fallecimiento se produzca mientras las primas fueron pagadas o en un plazo de doce meses, computados desde el mes siguiente en que se dejaron de pagar las contribuciones; **6)** En los casos por fallecimiento por enfermedad de riesgo común, adicionalmente a los requisitos señalados, el asegurado debe contar con un prima pagada al menos por dieciocho meses en los últimos treinta y seis meses previos a la fecha del fallecimiento; **7)** En el caso el asegurado falleció en junio de 2011, treinta y seis meses previos a dicha fecha, es decir junio de 2008 de 08-09/2008 (dos aportes); 08, 09, 10, 11 y 12/2009 (cinco aportes); 01, 02, 03, 04, 05, 06 y 11/2010 (siete aportes); y, 01, 02, 03, 04, 05 y 06/2011 (seis aportes), haciendo un total de veinte aportes realizados treinta y seis meses previos a la fecha del fallecimiento; **8)** El asegurado falleció el 22 de junio de 2011, contando treinta y seis meses previos a dicha fecha, esto es en junio de 2008, con

diecisiete aportes pagados y como necesitaba dieciocho, el último aporte necesario fue pagado el 15 de julio de 2011, veinticuatro días después de la fecha del fallecimiento, por lo que la supuesta descobertura en el pago mensual de renta lo generaba este único aporte pagado por el empleador después de la fecha de fallecimiento, como un argumento inconsistente de los demandados; **9)** Conforme con el art. 96.I de la LP, para el cálculo del número de aportes se debe considerar que se devengaron los sueldos y en consecuencia los aportes del mes de junio, completando los dieciocho aportes necesarios para acceder a dicho beneficio; **10)** El segundo párrafo del art. 21 de la LP, prevé que los pagos se realizarán dentro del plazo de treinta días calendario a partir del día en que devengan los sueldos o salarios de sus trabajadores o empleados, vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora, debiendo pagar los intereses y recargos establecidos por la ley; por lo que dicha disposición, no sanciona con la pérdida del derecho al pago de las prestaciones por muerte; y, **11)** En el caso se determinó la vulneración flagrante de los derechos reclamados por la accionante, porque la parte patronal incumplió el pago de los aportes que fueron deducidos del salario, situación que no es atribuible a los trabajadores, razón por la que las consecuencias jurídicas no pueden lesionar sus derechos a la seguridad social y con ello los medios que le permita subsistir, por un tecnicismo sustentado en una interpretación errada de la ley, rechazando su pretensión sin advertir que la referida normativa, constituye el marco que materializará su derecho a la seguridad social que no puede ser desconocido al comprenderse que su derecho como derechohabiente le permita cubrir sus necesidades básicas, así como su derecho a la vida, la salud física y mental, y a su dignidad inherente a su condición de ser humano.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional Plurinacional

Mediante decreto constitucional de 29 de mayo de 2015, se dispuso la suspensión de plazo para la emisión de la correspondiente resolución, a efectos de recabar documentación complementaria (fs. 174).

A partir de la notificación con el proveído de 27 de agosto de 2015, se reanudó dicho plazo, por lo que la presente Sentencia Constitucional Plurinacional se pronuncia dentro del mismo (fs. 191 a 193).

II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsas de antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

- II.1.** El 26 de septiembre de 2011, Gina Carola Scarpelli Mavrich de Achaval -hoy accionante- solicitó a la AFP Futuro de Bolivia S.A. pensión por muerte ante el fallecimiento de su esposo acaecido el 22 de junio de ese año, quien trabajó en el LAB desde 1997 (fs. 23).

- II.2.** Por nota de 18 de octubre de 2011, la AFP Futuro de Bolivia S.A., notificó a la accionante con el Dictamen e Información de Revisión 13202/2011 de 5 de ese mismo mes y año, emitido por el Tribunal Médico de Calificación de la Entidad Encargada de Calificar, por el que se estableció que el origen de la muerte de su esposo Ismael Juan Carlos Achaval Vargas fue por enfermedad correspondiente a riesgo común (fs. 26 a 28).
- II.3.** A través de la nota GR.CBBA.PRT.1305/2012 de 11 de enero, emitida por la AFP Futuro de Bolivia S.A., se comunicó a la accionante que la solicitud de pensión por "vejez 105831", fue rechazada en virtud al art. 8 de la LP, dado que la pensión base era menor al 60% del referente salarial, por lo que no podría acceder a la pensión de vejez derivada de muerte (fs. 29 a 30).
- II.4.** Por nota GR.CBBA.PRT.2139/2012 de 11 de abril, la AFP Futuro de Bolivia S.A., hizo conocer a la ahora accionante que en cumplimiento a los arts. 30 de la LP, 62 del Decreto Supremo (DS) 822/2011 de 16 de marzo, 70 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa (RA) 032/2011 y el inciso a) de la Circular 025/2011, podía acceder al Pago Temporal de Compensación de Cotizaciones Mensual, pero una vez que el empleador pague la totalidad del recargo adeudado, se debía proceder a la devolución de los pagos temporales de compensación de cotizaciones mensual percibidos (fs. 31).
- II.5.** En respuesta al reclamo de pensión por muerte efectuada por la accionante, se expidió la nota de 31 de marzo de 2014 GR.CBBA.PRT. 1770/2014, a través de la cual Kurt Hugo Ludwig Guardia Von Borries, Gerente Regional de la AFP Futuro de Bolivia S.A. Cochabamba -ahora demandado-, hizo conocer a la accionante que a partir del recargo identificado y al contar con una Compensación de Cotizaciones Mensuales acreditada, en cumplimiento al art. 30.I de la LP, que establece que el asegurado o sus derechohabientes con trámite de Pensión de Invalidez o Pensión por Muerte, respectivamente, cuyo origen fue calificado como Riesgo Común y no cumpla con los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común por mora del Empleador, podrá acceder al pago temporal de la compensación de cotizaciones mensual; el 26 de abril de 2012, se procedió con la firma de la solicitud de acceso de pago temporal de la Compensación de Cotizaciones Mensuales y a partir de la planilla de mayo de 2012 se hace el pago efectivo de la misma. Igualmente le comunicaron que, de acuerdo al art. 30 de la LP ya mencionado, para dar curso al pago de una pensión por muerte, el empleador debe pagar la totalidad del recargo adeudado. A la fecha, esa Administradora se encuentra realizando gestiones de cobranza para la recuperación del recargo y aportes adeudados, en cumplimiento al art. 110 de la LP, a través de un proceso judicial (fs. 32).
- II.6.** Asimismo, el 11 de abril de 2014, la AFP Futuro de Bolivia S.A., comunicó a la accionante que efectuada la respectiva revisión del caso del asegurado fallecido Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, la pensión por muerte

presentada el 26 de junio de 2011, se encontraba sin cobertura por falta de pago del empleador, debiendo éste pagar la totalidad del recargo adeudado, "...mientras tanto al contar con una Compensación de Cotizaciones Mensual acreditada, se realiza el pago Temporal..." (sic), de acuerdo al art. 30.I de la LP (fs. 33).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante considera lesionados sus derechos a la salud y a la seguridad social, por cuanto al fallecimiento de su esposo, que fue calificado como de enfermedad correspondiente a riesgo común, solicitó a la AFP Futuro de Bolivia S.A., ahora demandada, la pensión de vejez por muerte en su condición de derechohabiente, pedido que inicialmente fue rechazado con el argumento de que la Empresa donde trabajó (LAB) ingresó en mora en el pago de aportes; y, luego se le comunicó, que podía acceder al pago temporal de compensación de cotizaciones mensual de su esposo en base a los aportes realizados al anterior sistema de pensiones, debiendo luego devolver los mismos, una vez que el LAB pague la totalidad de los recargos ingresados en mora.

En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

III.1. En cuanto al derecho a la seguridad social

La Norma Suprema, en el art. 45, prevé que: "I. Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social; II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social; III. El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales; desempleo y pérdida de empleo; orfandad, invalidez, viudez, vejez y muerte; vivienda, asignaciones familiares y otras previsiones sociales; IV. El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo".

Derecho que fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional, entre otras, a través de la SC 0062/2005 de 19 de septiembre, que señaló que es: *"...la potestad o capacidad de toda persona para acceder a los sistemas de protección y resguardo de su vida y salud física y mental; su seguridad económica, vivienda, descanso y la protección de su núcleo familiar; cobertura a contingencias inmediatas y mediatas; vale decir, las coberturas de salud preventiva y curativa, coberturas de riesgos*

profesionales y accidentes de trabajo; rentas de invalidez, de vejez, de derechohabientes, y las demás asignaciones familiares".

Asimismo, la SC 1560/2010-R de 11 de octubre, sostuvo que el derecho a la seguridad social *"...derivado del derecho a la vida y a la salud, se convierte en un instrumento estatal que materializa uno de los fines del Estado que es el acceso a la salud, protegiendo la vida del ser humano como derecho fundamental primigenio, logrando así el complemento al valor máspreciado que es el 'vivir bien', consecuentemente, la seguridad social debe desplegar su ámbito de protección de acuerdo a los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia; correspondiendo su ejecución al Estado quien sostiene, dirige y administra, por tanto, también es responsable de su cumplimiento; no obstante, la sociedad en general no puede estar exenta de la realidad, sino debe tener una conducta activa, solidaria y responsable, puesto que el art. 45.II de la CPE establece el control y participación social".*

En ese contexto, es necesario referir que si bien el art. 129.I de la CPE, reconoce los principios de subsidiariedad e inmediatez al disponer que: La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada (...) siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados; así una de las características de la tutela de amparo es la subsidiariedad, que implica la activación de la misma ante la ausencia de otros medios o vías ordinarias para la reparación inmediata y efectiva de los derechos y garantías vulnerados y desconocidos por actos u omisiones ilegales o indebidos; sin embargo, dicho principio tiene excepciones; en ese sentido la SC 1649/2011-R de 21 de octubre, señaló que: *"...existen excepciones a esta regla, siendo una de ellas que la restricción o supresión de los derechos o garantías constitucionales ocasione o pueda ocasionar un perjuicio irremediable o irreparable, en cuyo caso, de manera excepcional, se activa el amparo constitucional para otorgar una tutela efectiva e inmediata que evite la consecuencia de un mal grave e irremediable, lo que exige una acción urgente para otorgar la protección inmediata e impostergable por parte del Estado en forma directa (SSCC 1082/2003-R, 0864/2003-R, entre otras). En el presente caso, es aplicable la excepción al principio de subsidiariedad toda vez que se está demandado la vulneración de los derechos a la vida y la salud, que constituyen los bienes jurídicos más importantes de cuantos consagra el orden constitucional y que son la base para el ejercicio de los demás derechos, cuya vulneración implicaría un daño irreparable e irreversible".*

Igualmente la SC 2695/2010-R de 6 de diciembre, sobre el tema dijo: *"Dicha excepción debe ser aplicada a los supuestos en que se alegue lesión al derecho a la seguridad social y concretamente al derecho a la jubilación, debido a la vinculación que tienen los mismos con otros*

derechos fundamentales, como la vida, la salud física y psicológica y la dignidad, de los cuáles son la base y fundamento.

En ese sentido, debe entenderse que el ejercicio de estos derechos no puede estar supeditado al agotamiento de medios de impugnación existentes que, en la mayoría de los casos, no son resueltos con la inmediatez que los derechos protegidos exige, y por lo mismo, no se constituyen en medios idóneos e inmediatos para la tutela de derechos que requieren una rápida protección, pues en la medida en que exista demora en hacer efectivo el derecho a la jubilación, la persona no podrá desarrollar su vida dignamente, ante la falta de recursos para afrontar las necesidades básicas que tiene como ser humano.

A ello debe agregarse que, como se tiene señalado en el primer fundamento de este análisis, la seguridad social es un instrumento de justicia social y en ese entendido, debe prevalecer el derecho sustantivo a las formalidades, para hacer efectivos los valores, principios y fines del Estado. En este sentido, se debe buscar la justicia material que ha sido desarrollada por este Tribunal en diferentes Sentencias, haciendo excepciones, inclusive a los principios de subsidiariedad e inmediatez”.

III.2. Marco legal sobre la prestación de jubilación por muerte. Jurisprudencia reiterada

Al respecto, la SCP 1350/2012 de 19 septiembre, sobre la seguridad social a largo plazo con relación a la prestación por muerte, refirió: “*Con referencia al seguro social obligatorio de largo plazo, administrado por las AFP´s, el art. 2 de la LP, establece que éste comprende las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte y riesgos profesionales, en favor de sus afiliados.*

Ahora bien, nuestro sistema de seguridad social reconoce que un derechohabiente puede ser beneficiado con una prestación por muerte en caso de fallecimiento del afiliado, es así que art. 9 de la LP señala: 'La prestación por muerte consiste en Pensiones, que se pagarán en favor de los Derechohabientes, en caso de fallecimiento del Afiliado.

Cada Derechohabiente percibirá una Pensión resultante de aplicar los porcentajes asignados por reglamento al porcentaje que correspondiera a la totalidad del Capital Acumulado 'del Afiliado, porcentaje que no podrá ser inferior al setenta por ciento (70%) del Salario Base si éste no percibía Pensiones al momento de su fallecimiento, o al setenta por ciento (70%) de las Pensiones de invalidez o jubilación que percibía el Afiliado al momento de su fallecimiento. La suma de los porcentajes asignados por reglamento a los Derechohabientes del Afiliado no podrá exceder de cien por ciento (100%).

Tendrán derecho a percibir la prestación por muerte los Derechohabientes de primer grado, si no hubieren éstos, los de segundo grado de los Afiliados que, al momento de su fallecimiento, cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 8 de la presente ley, aunque estos Afiliados no estuvieren percibiendo Pensiones de invalidez.

Percibirán la prestación por muerte los Derechohabientes de todos los grados de los Afiliados que percibían Pensiones de jubilación al momento de su fallecimiento provenientes de Seguro Vitalicio o Mensualidad Vitalicia Variable'.

*Con relación al financiamiento de las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo común, según establecen los arts. 15 y 21 de la LP, **es necesario que el trabajador a través de su empleador, quien actúa como agente de retención, pague la correspondiente prima, conforme establece el art. 15 de la LP, que señala: 'Para financiar las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo común, los afiliados deben pagar una prima deducida en forma porcentual de su total ganado o ingreso cotizante, hasta cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad'.***

'La prima mencionada deberá ser pagada mensualmente a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) para los Afiliados con relación de dependencia laboral y con la periodicidad que determine la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para los Afiliados sin relación de dependencia laboral'.

A su vez el art. 21 de la citada LP, establece respecto a las obligaciones y derechos del empleador, que: 'El empleador tiene la obligación de actuar como agente de retención y de pagar las cotizaciones, primas y comisiones deducidas del total ganado de los afiliados bajo su dependencia laboral'.(...)'Estos pagos se realizarán dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros que no podrá exceder de treinta (30) días calendario a partir del día en que devengan los sueldos o salarios de sus trabajadores o empleados. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley'.

De las disposiciones legales anotadas, se tiene que cuando el afiliado cumple con las condiciones y los requisitos señalados por el art. 8 de la LP concordante con el art. 27 de su Decreto Supremo Reglamentario, surge su derecho a la seguridad social, a través de las prestaciones de largo plazo bajo los preceptos de la Ley de Pensiones y su Decreto Supremo Reglamentario, así como con las prestaciones de corto plazo, previstas por el Código de Seguridad Social" (las negrillas son nuestras).

III.3. En cuanto al incumplimiento o mora en la transferencia de aportes por el empleador a las AFP. Jurisprudencia reiterada

Sobre el tema, la SC 0653/2010-R de 19 de julio, asumió el siguiente entendimiento “...a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del empleador (LAB S.A.) que incumplió en depositar los descuentos salariales; al respecto, **este incumplimiento no puede ni debe afectar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, los mismos que no pueden estar dependientes o pendientes del cumplimiento o no de las obligaciones del empleador en este caso del pago de los aportes efectivamente descontados al trabajador**; consecuentemente, no es posible eludir la responsabilidad y obligación legal de la entidad demandada consistente el pago de la pensión de invalidez por riesgo común a la que tiene derecho el demandante, siendo inadmisibles la situación analizada en revisión, que de mantenerse así importaría desconocer los derechos del asegurado y por ende, la normativa citada, que constituye el marco jurídico en que se desenvuelve la Seguridad Social de nuestro país, que es de orden público, de cumplimiento obligatorio, cuya observancia y aplicación preferente debe garantizar el Tribunal Constitucional en protección de los derechos fundamentales y de la primacía de la Constitución, cumpliendo de esta manera con las previsiones citadas en párrafos precedentes.” (las negrillas son adicionadas).

III.4. Análisis del caso concreto

De los antecedentes cursantes en el expediente, se advierte que el 26 de septiembre de 2011, la accionante solicitó a la AFP Futuro de Bolivia S.A. pensión por muerte ante el fallecimiento de su esposo acaecido el 22 de junio del mismo año, ante lo cual el 18 de octubre de igual año, dicha sociedad comunicó a la ahora accionante que por Dictamen e Información de Revisión 13202/2011, emanado por el Tribunal Médico de Calificación de la Entidad Encargada de Calificar, se estableció que el origen de la muerte de su esposo fue por enfermedad correspondiente a riesgo común.

Posteriormente, el 11 de enero de 2012, la AFP Futuro de Bolivia S.A., **rechazó la solicitud de pensión por vejez** presentada por la accionante, alegando que la pensión base era menor al 60% del referente salarial, no pudiendo acceder a la pensión solicitada. Tres meses después, por nota de 11 de abril del mismo año, la referida a AFP hizo conocer a la accionante que en cumplimiento de los arts. 30 de la LP, 62 del DS 822/2011, 70 del Anexo 1 de la RA 032/2011 y el inciso a) de la Circular 025/2011, podría acceder al pago temporal de compensación de cotizaciones mensual, pero una vez que el empleador pague la totalidad del recargo adeudado, deberá devolver dichos pagos temporales de compensación de cotizaciones mensuales percibidos. Luego, el 31 de marzo de 2014, el Gerente Regional de la AFP Futuro de Bolivia S.A.

Cochabamba hizo conocer a la accionante que, de conformidad a lo establecido por el art. 30 de la LP, pese a no cumplir con los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común por mora del empleador, podía acceder al pago temporal de la compensación de cotizaciones mensual; por lo que, a partir de la planilla de mayo de 2012, se hace el pago efectivo de la misma. Asimismo, hace saber a la accionante que de acuerdo al citado art. 30 de la LP, para dar curso al pago de una pensión por muerte, el empleador debe pagar la totalidad del recargo adeudado, señalando igualmente que a esa fecha la referida AFP se encontraba realizando gestiones de cobranza, conforme al art. 110 de la LP, a través de un proceso coactivo. Finalmente, el 11 de abril de 2014 se comunicó a la accionante que de la revisión del caso del asegurado fallecido Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, esposo de la ahora accionante, la pensión por muerte presentada el 26 de junio de 2011, **se encontraría sin cobertura por falta de pago de aportes del empleador**. También se comunicó a la accionante que no se cumplió con lo establecido en el art. 35 de la RA 032/2011, que exige que para casos de enfermedad, el asegurado deberá contar adicionalmente con pagos al menos por dieciocho meses en los últimos treinta y seis meses previos a la fecha del siniestro, pero en el caso del asegurado Ismael Juan Carlos Achaval Vargas solo se tiene diecisiete primas pagadas de agosto de 2008 a marzo de 2011, mientras que los períodos pagados de abril, mayo y junio de 2011 no considerados por haber sido pagados en fechas posteriores al fallecimiento del asegurado. En ese sentido, **para dar curso al pago de la pensión por muerte, el empleador debe pagar la totalidad del recargo adeudado**, mientras tanto al contar con una Compensación de Cotizaciones Mensual acreditada, se realiza el pago temporal, de acuerdo al art. 30.I de la LP.

Por todo lo anotado, corresponde señalar que dada la naturaleza del derecho a la seguridad amenazado, no se justifica la pretensión de aguardar la culminación del trámite de recuperación de fondos para luego recién acceder a otorgar la pensión por muerte; y, por otra parte, la omisión en la que incurrió el empleador en la cancelación de los aportes que fueron oportunamente deducidos del salario del trabajador, no puede afectar el pago de una renta cuando evidentemente se cumplieron con los requisitos previstos por los arts. 38 y 96.I de la LP.

Al respecto, en un caso análogo este Tribunal se pronunció a través de la SC 1350/2012 de 19 de septiembre, señalando: *"Este último aspecto, determina la evidente vulneración del derecho a la seguridad social de los representados de la accionante, como beneficiarios a la pensión por muerte de su padre, que (...) se halla también vinculado a los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la continuidad de los medios de subsistencia de éstos, como se reclama en la presente acción tutelar, pues de acuerdo a las respuestas referidas y al contenido del contrato suscrito el 10 de octubre de 2009, entre los representados de la accionante y la*

*AFP Futuro de Bolivia S.A., no se evidencia impedimento alguno, para que la parte accionante pueda acceder a la pensión por muerte que se solicita, más aun cuando, (...), no es admisible que la AFP mencionada pueda eximirse de su responsabilidad, en el pago de la pensión por muerte a la que tienen derecho los representados de la accionante, **por el hecho de que el empleador no cumplió con el deber de trasferir oportunamente a la AFP, los aportes y/o descuentos salariales del afiliado ahora fallecido, y menos aún, el de condicionar el cumplimiento de la pensión solicitada, a la conclusión del proceso judicial de cobro de estos aportes, (...) en franco desconocimiento de los derechos de los beneficiarios del asegurado fallecido**”(las negrillas nos corresponden).*

Por lo anotado, la jurisprudencia precedentemente glosada es aplicable al caso que se analiza, situación que amerita se conceda la tutela solicitada por cuanto se demostró que la parte hoy demandada incurrió en omisión indebida al no cancelar a la accionante la pensión por muerte como derechohabiente del asegurado Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, quien en vida fuera su esposo, trabajador del LAB desde 1990, desconociendo de esa manera el derecho a la seguridad social de la accionante, que se encuentra vinculado al derecho a la vida, también invocado en la demanda como lesionado.

Por otra parte, a manera de aclaración respecto a lo aludido por la entidad demandada sobre la supuesta inobservancia del principio de inmediatez, cabe señalar que consta en obrados a fs. 33 que el 11 de abril de 2014, la AFP demandada hizo conocer a la accionante que luego de haberse realizado la revisión del caso correspondiente al asegurado fallecido Ismael Juan Carlos Achaval Vargas, la solicitud efectuada se encontraba sin cobertura por falta de pago del empleador, debiendo en todo caso éste pagar la totalidad del recargo adeudado, ofreciendo un pago temporal. Ahora bien, siendo ese el objeto de la tutela, es menester considerar que la acción de amparo que hoy se analiza fue interpuesta el 23 de septiembre de 2014, es decir dentro del plazo de los seis meses previstos por el art. 55.I del Código Procesal Constitucional (CPCo).

En consecuencia, el Tribunal de garantías al **conceder** la tutela impetrada, actuó correctamente.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve: **CONFIRMAR** la Resolución 020/2014 de 31 de octubre, cursante de fs. 152 a 156 vta., pronunciada por la Sala Social y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba; y en consecuencia, **CONCEDER** la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Dr. Ruddy José Flores Monterrey
MAGISTRADO

Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez
MAGISTRADA