

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Requisitos

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

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios

PENSION DE SOBREVIVIENTES PARA HERMANOS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Requisitos

En el caso de los hermanos inválidos, para que se reconozca la pensión de sobrevivientes es necesario (i) que se acredite el parentesco; (ii) que se pruebe que el solicitante de la pensión se encuentra en situación de invalidez; y (iii) que existía dependencia económica frente al causante.

DICTAMEN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL/PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Fecha de estructuración de la invalidez desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral

El dictamen de pérdida de capacidad laboral debe contener entre otras, la fecha de estructuración. Si bien ella corresponde en la mayoría de los casos al momento en el cual se diagnosticó la enfermedad u ocurrió el accidente, en algunos eventos no concuerda con el instante exacto en el cual el trabajador pierde totalmente su capacidad laboral. Esto ocurre principalmente cuando la persona padece enfermedades de tipo degenerativo, crónico o congénito. En todo caso, la determinación de cuándo se está en presencia de este tipo de enfermedades, no exige la consagración necesaria de una fórmula legal o reglamentaria que permita su aplicación, ya que dada la prevalencia que en esta materia tiene la conceptualización profesional de la medicina, se debe atender al sentido técnico de dicha ciencia, en el que generalmente tiene un peso específico la misma calificación que se realiza por las juntas de invalidez, por los médicos tratantes o por los técnicos designados por los jueces para brindar un concepto profesional sobre la materia, sin perjuicio de las reglas y oportunidades de contradicción que se prevén en el ordenamiento jurídico.

SUSTITUCION PENSIONAL-Requisitos para reconocimiento/DERECHO A LA SUSTITUCION

PENSIONAL-Condiciones establecidas en la ley para acceder

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL DE HERMANA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-
Orden a Colpensiones reconocer sustitución pensional

Referencia: Expediente T-5.902.872

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Rosalina Marulanda Ortiz contra Colpensiones

Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, seis (6) de junio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. El Instituto del Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, mediante Resolución No. 3919 del 1º de enero 2001, le otorgó a la señora María Audelina Marulanda de Duran una pensión de vejez, efectiva a partir del 1º de marzo de 2001, en una cuantía inicial de \$ 676.680 pesos.

1.1.2. La señora Marulanda de Duran, quien falleció el 1 de febrero de 2016, no contaba con ascendientes, ni descendientes, pues su única familiar era la señora Rosalina Marulanda

Ortiz, la cual actúa en calidad de accionante.

1.1.3. Al respecto, según se relata en la demanda, tras el fallecimiento de su hermana, la señora Marulanda Ortiz solicitó a Colpensiones –el 18 de abril de 2016– el reconocimiento de la sustitución pensional, que sustenta en lo previsto en el literal e) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, según el cual: “Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (...) e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, (...) los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste”.

Para justificar la solicitud formulada, se alegó por la accionante que padece de hipoacusia neurosensorial bilateral, enfermedad sufrida por más de 20 años, e hipertensión esencial, por lo que le fue dictaminada con una pérdida de capacidad laboral del 50.96%, con fecha de estructuración del 2 de febrero de 2016. Esta solicitud se radicó el 18 de abril del año en cita y se identificó bajo el radicado 2016_3788404.

1.1.4. La petición fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución GNR 173231 del 15 de junio de 2016, notificada el día 21 del mes y año en cita. Sobre el particular, se expuso que la actora no tiene derecho a la sustitución pensional, pues la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, esto es, el 2 de febrero de 2016, es posterior a la fecha del fallecimiento de la causante. En contra de esta resolución, la accionante presentó recursos de reposición y, en subsidio, de apelación, los cuales fueron resueltos a través de las resoluciones GNR 228084 y VPB 33221 de 2016, confirmando, por las mismas razones, la decisión adoptada.

1.1.5. Finalmente, en lo que respecta a sus condiciones particulares, la señora Marulanda Ortiz tiene 71 años de edad, es soltera y no cuenta con ascendientes, descendientes, ni hermanos. En la actualidad se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud y afirma no contar con ningún ingreso o ayuda económica.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, la accionante instauró la presente acción con el propósito de obtener al amparo de sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la negativa de Colpensiones de reconocer a

su favor la sustitución pensional como hermana inválida, teniendo en cuenta que dependía económicamente de ella y lleva muchos años sufriendo de los padecimientos mencionados. Por lo anterior, pide que se ordene a la entidad accionada proceder al otorgamiento y pago de la prestación aludida.

1.3. Contestación de la demanda

En el término otorgado por el juez de instancia, Colpensiones señaló que la acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, pues la accionante tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral para ventilar el asunto. Por lo demás, expuso que dicha entidad no está vulnerando ningún derecho fundamental, comoquiera que le dio una respuesta oportuna a su solicitud.

1.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- Registro Civil de Defunción de la señora María Audelina Marulanda de Duran, con fecha de fallecimiento del 1 de febrero de 2016.
- Registro Civil de Nacimiento de la señora Rosalina Marulanda Ortiz.
- Copia de la Resolución GNR 173231 del 15 de junio de 2016, en el que consta la decisión negativa ante la solicitud de reconocer la pensión de sobrevivientes.
- Copia de los recursos de reposición y apelación presentados el 1º de julio de 2016 en contra de la anterior decisión.
- Copia de las Resoluciones GNR 228084 del 3 de agosto de 2016 y VPB 33221 del día 23 del mes y año en cita, a través de las cuales se resolvieron los recursos interpuestos.
- Copia de la historia clínica de la señora Rosalina Marulanda Ortiz.
- Declaraciones juramentadas de la actora y seis personas más, en las que se asegura que la accionante dependía económicamente de su hermana y no cuenta con ningún ingreso al momento de presentar la tutela.
- Constancia proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro, en donde se consigna que la actora no cuenta con inmuebles a su nombre.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera instancia

En sentencia del 27 de septiembre de 2016, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá concedió el amparo solicitado, al estimar, por una parte, que existe un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud, ya que se encuentra demostrado el grado de invalidez y la dependencia económica de la accionante con su hermana fallecida y; por la otra, que cabe otorgar la tutela de manera transitoria, por el estado de debilidad manifiesta en que se encuentra la actora, en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio de carácter irremediable¹.

2.2. Impugnación

La entidad accionada formuló recurso de apelación, en el cual señaló que (i) no se desvirtuó la presunción de legalidad de las actuaciones administrativas de Colpensiones, relacionadas con el reconocimiento y pago de la sustitución pensional; (ii) que la actora no cuenta con los requisitos legales previstos para el otorgamiento de la citada pensión, ya que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral es posterior a la fecha de fallecimiento de la causante; y, por último, resalta que se (iii) no cumple con el requisito de subsidiaridad, como quiera que la accionante puede acudir a los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para acceder al derecho que reclama.

2.3. Segunda instancia

En sentencia del 27 de octubre de 2016, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo de primera instancia, al estimar que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo para ventilar la controversia. En particular, refiere a la posibilidad que tiene de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa. Por lo demás, señala que no se observa una situación que amerite la procedencia excepcional del amparo, pues la accionante no es una persona de la tercera edad, ni se ve comprometida en su mínimo vital, aunado a que dejó de recurrir el dictamen de invalidez No. 2016139425FF.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 14 de febrero de 2016 proferido por la Sala de Selección Número Dos.

3.2. Actuaciones en sede de revisión

3.2.1. En Auto del 9 de marzo de 2017, se ofició a la señora Rosalina Marulanda Ortiz con el fin de que ampliara su escrito de tutela e indicara: i) como está compuesto su núcleo familiar y con quien vive actualmente; ii) cuáles son sus fuentes de ingreso y a cuánto equivalen; iii) cuál es el monto total de sus gastos mensuales por concepto de manutención, vivienda, transporte, etc.; iv) si tiene en propiedad o posee bienes inmuebles o automotores; v) si conserva algún soporte que acredite la convivencia y la dependencia económica con su hermana, tales como recibos, consignaciones, etc.; y vi) si recibe algún tipo prestación económica periódica, como pensiones, alimentos, donaciones, etc.

Por lo demás, en el mismo Auto, se ofició al Instituto de Medicina Legal en Bogotá para que rindiera un concepto sobre el estado de salud de la actora e indicara: i) si la hipoacusia neurosensorial bilateral y la hipertensión esencial (primaria) son enfermedades genéticas, congénitas o adquiridas; y ii) si dichos padecimientos son considerados progresivos o degenerativos.

3.2.2. El 16 de marzo de 2016, el Instituto de Medicina Legal allegó el informe solicitado, indicando que:

(i) En el 95% de las personas con diagnóstico de hipertensión arterial, como es el caso de la accionante, su ocurrencia es del tipo esencial o primaria, en el cual no existe una causa orgánica definida, pues su aparición está influenciada por la interacción de factores hereditarios y factores de riesgo externos o ambientales. La progresividad de la enfermedad, como la de cualquier otra patología, dependerá del diagnóstico precoz y de su tratamiento oportuno y apropiado. Si no se maneja adecuadamente puede llevar a que se desarrollen problemas en diferentes órganos del cuerpo, como el corazón, el riñón, el cerebro y los ojos; siendo, además, la principal causa de la enfermedad coronaria isquémica, de las

enfermedades cerebro-vasculares y de la falla cardiaca.

(ii) Por su parte, la hipoacusia neurosensorial no necesariamente tiene un origen congénito, ya que, en la mayoría de los casos, responde a un desorden multifactorial, causado tanto por factores genéticos como ambientales. No obstante, se trata un padecimiento crónico y progresivo que afecta sobre todo a la población adulta económicamente activa.

3.2.3. El 17 de marzo de 2017, la apoderada de la accionante respondió al auto informando que: (i) la señora Rosalina Marulanda Ortiz es soltera, sin unión marital de hecho, no cuenta con ascendientes, descendientes, ni hermanos y desde el fallecimiento de su hermana vive con la señora Mary Lucy Núñez de Duran, amiga por más de 45 años, quien ha velado por su cuidado; (ii) la actora no cuenta con ningún ingreso económico, bienes inmuebles o automotores; (iii) los gastos mensuales son aproximadamente de \$ 980.000 pesos.

Con su escrito allegó los siguientes documentos que obran como pruebas en el expediente:

a.- Declaraciones extra juicio rendidas por las señoras Alma Nury Ramírez Gaitán, Nohemy Vargas de Garnica y Alcira Fuentes viuda de Lesmes, en las cuales se afirma que la actora no cuenta con ningún tipo de ingresos y que no tiene ascendientes, descendientes, ni hermanos. Además, se señala que convivía con su hermana y que dependía económicamente de ella.

b.- Declaración extra juicio rendida por la señora María Lucy Núñez de Duran, en la que manifiesta que conoce a la señora Rosalina Marulanda Ortiz como amiga, desde hace 45 años, que ella siempre convivió con su hermana, de la cual dependía económicamente. Agrega que, desde agosto de 2016, la actora vive con ella, ya que carece de los medios para subsistir por sí misma.

c.- Certificado expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro, en donde se señala que no se encuentra registro de inmuebles a nombre de la actora.

d.- Fotos de la Señora Rosalia Marulanda Ortiz y María Audelina Marulanda de Duran, con las que se muestra la convivencia entre ellas.

3.3. Problema jurídico y esquema de resolución

3.3.1. A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, este Tribunal debe determinar si se configura una vulneración de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la señora Rosalina Marulanda Ortiz, como consecuencia de la decisión adoptada por Colpensiones, consistente en negar el reconocimiento de la sustitución pensional como hermana inválida y dependiente económicamente de la señora María Audelina Marulanda de Duran, al considerar que su condición de invalidez se produjo, a partir de lo dispuesto en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, con posterioridad al fallecimiento de su hermana.

Para resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación desarrollará los siguientes temas: (i) la acreditación de los requisitos referentes a la legitimación y al principio de inmediatez; (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales y el principio de subsidiaridad; (iii) la pensión de sobrevivientes y las exigencias previstas para su otorgamiento; (iv) el dictamen de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración; y (v) el examen del caso concreto.

3.4. Examen de los requisitos de procedencia referentes a la legitimación y al principio de inmediatez

3.4.1. En cuanto a la legitimación por activa, se observa que este requisito se encuentra satisfecho, pues la acción se interpone por la persona supuestamente afectada en sus derechos fundamentales, a través de un apoderado judicial², por lo que se entiende satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición. Al respecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.”.

3.4.2. En lo que atañe a la legitimación por pasiva, se advierte que la acción de tutela va dirigida contra Colpensiones, Empresa Industrial y Comercial del Estado, quien

presuntamente está desconociendo los derechos fundamentales de la señora Rosalina Marulanda Ortiz. Por tratarse de una autoridad pública³, que hace parte del Sistema General de Pensiones, encuentra la Sala que se cumple con este requisito.

3.4.3. Por último, respecto al principio de inmediatez⁴, se observa que la señora Rosalina Ortiz Marulanda interpuso la acción de tutela el día 14 de septiembre de 2016, y Colpensiones emitió la Resolución VPB 332215, la cual resolvió de forma negativa la apelación presentada contra la resolución que negaba el reconocimiento de la sustitución pensional, el día 15 de junio de 2016, es decir, que transcurrió un mes entre la última actuación administrativa y la interposición de la acción de amparo. Por virtud de lo anterior, a juicio de esta Sala de Revisión, se trata de un término razonable que no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo.

3.4.4. Una vez superado el análisis de los requisitos de legitimación por activa, legitimación por pasiva e inmediatez, se procede al estudio del requisito de subsidiaridad, donde se analizara la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

3.5. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales y el principio de subsidiariedad

3.5.1. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, el cual es procedente cuando el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁶. Esto quiere decir que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”⁷. El carácter residual se debe a la necesidad de conservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene como sustento los principios de autonomía e independencia de la actividad judicial⁸.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.” La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que “las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”.¹⁰

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, ni eficaz, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que: “el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal¹¹. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”¹².

En relación con el segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que puede generar un daño irreversible¹³. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los

siguientes términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable¹⁴. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008¹⁵, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

Finalmente, reitera la Sala que en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar, cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial¹⁶. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”¹⁷.

3.5.2. Con respecto al reconocimiento de derechos pensionales por medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, por regla general, dicha pretensión es improcedente, ya que existen otros medios de defensa judicial que permiten acceder al otorgamiento del citado derecho. No obstante, de manera excepcional, se ha aceptado la viabilidad del mecanismo tutelar para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes,

cuando de su existencia se deriva la satisfacción de los derechos fundamentales de los beneficiarios del causante, puesto al faltar la persona que proveía la manutención del hogar, “aquellas personas que dependían económicamente de éste, quedarían desprovistas de los recursos necesarios para su congrua subsistencia”¹⁸. En estos casos, la controversia que en principio podría ser resuelta según las reglas de competencia, por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se torna en un conflicto constitucional¹⁹.

En este orden de ideas, este Tribunal ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, en aquellos casos en los que se verifica que (i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable²⁰. En todo caso, cuando el amparo se solicita por un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona inválida o en situación de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso²¹.

A los requisitos previamente expuestos, la Corte ha adicionado (iv) la necesidad de acreditar en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada. Sobre este punto se ha dicho que:

“El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales no se encuentre plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos y los derechos fundamentales del solicitante se encuentren amenazados por un perjuicio irremediable, el

juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud.

El mencionado requisito probatorio pretende garantizar dos objetivos: en primer lugar, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuya procedencia está acreditada, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento.”²².

Como se observa de lo expuesto, en virtud del principio de subsidiaridad, una vez se valora la situación fáctica del accionante y se llega a la conclusión de que la acción de tutela es procedente, ésta podrá otorgarse de forma definitiva o como mecanismo transitorio. En criterio de esta Corporación, el amparo se concederá como mecanismo principal de protección, en aquellos casos en que se acrediten los requisitos mencionados, siempre que el medio de defensa judicial existente no resulte idóneo o eficaz para resolver el litigio planteado, entre otras, porque no brinda una protección integral e inmediata frente a la urgencia requerida²³. Para tal efecto, como ya se dijo, es indispensable tener en cuenta las circunstancias del caso y la condición de sujeto de especial protección que pueda tener la persona que acuda en amparo constitucional, como ocurre, por ejemplo, con las personas inválidas o en situación de discapacidad²⁴.

Por el contrario, el amparo será transitorio, cuando además de acreditar la afectación de un derecho fundamental y la existencia de una actividad desplegada para obtener su debida protección, se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuya valoración resulta necesaria ante la eficacia del otro medio de defensa judicial, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. En criterio de la Corte, una de dichas hipótesis se presenta cuando luego de revisar el acervo probatorio, existe una discusión sobre la titularidad del derecho reclamado o quedan algunas dudas sobre el cumplimiento de todos los requisitos para obtener el derecho a la pretensión requerida, siempre que exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud. En estos casos se evaluará la satisfacción de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para sustentar la

ocurrencia de un perjuicio irremediable (inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción) y se adoptará una decisión con efectos temporales, esto es, mientras se define la controversia mediante los recursos judiciales ordinarios²⁵.

3.5.3. Con fundamento en lo anterior, esta Sala procederá a examinar si en el caso bajo estudio se cumple con el requisito de subsidiaridad, en particular, se verificará (i) que se haya invocado la afectación de algún derecho fundamental; (ii) que se haya intentado una actividad mínima para proteger ese derecho; y (iii) que se hayan esgrimido las razones por las cuales el otro medio de defensa judicial no está llamado a prosperar.

Así las cosas, en lo referente a la acreditación de los requisitos previamente expuestos, esta Sala encuentra que:

a.- La accionante, a través de su apoderada, invocó la vulneración del derecho a la seguridad social, en conexidad con los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la igualdad, pues considera que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que siempre dependió económicamente de su hermana, al encontrarse en condición de invalidez. En este sentido, alega que al producirse su fallecimiento se quedó sin ningún ingreso económico, ni bienes a su nombre, por lo que en la actualidad vive de la ayuda de una amiga. Estas afirmaciones se sustentan con la declaratoria de pérdida de capacidad laboral, con la afiliación al régimen subsidiado en salud, y con las declaraciones extra juicio que exteriorizan su situación y la relación de dependencia.

b.- En cuanto a la necesidad de que se haya desplegado cierta actividad administrativa o judicial en defensa de sus derechos, esta Sala aprecia que la accionante radicó por vía del derecho de petición una solicitud dirigida a Colpensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Frente a la decisión negativa adoptada por la citada administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se interpuso, en su momento, recursos de reposición y apelación, los cuales igualmente fueron resueltos de forma desfavorable, motivando la interposición de la presente acción. Desde este punto de vista, se observa la existencia de una actitud diligente por parte de la señora Rosalina Marulanda Ortiz encaminada a la protección de sus derechos fundamentales supuestamente vulnerados.

c.- Finalmente, a partir del contexto general de la acción de tutela y de las actuaciones

adelantadas en sede de revisión, la Sala evidencia que se invocaron las razones por las cuales los medios ordinarios de defensa judicial no están llamados a prosperar. Al respecto, como ya se mencionó, la actora manifestó que no tiene ingresos para llevar una vida digna, ya que dependía económicamente de su hermana fallecida. Además, se excluye la eficacia e idoneidad de los otros mecanismos de amparo judicial, si se tiene en cuenta que sobrelleva una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tiene más de 70 años.

Por lo anterior, la Sala concluye que se encuentran satisfechos los requisitos enunciados por la jurisprudencia, para que se entienda acreditado el principio de subsidiariedad. No obstante, más adelante, se examinará si la señora Rosalina Marulanda Ortiz tiene o no derecho a la pensión solicitada y, si es del caso, el tipo de amparo llamado a prosperar²⁶.

3.6. La pensión de sobrevivientes y los requisitos para su otorgamiento

3.6.1. El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, regula el derecho a la pensión de sobrevivientes en los artículos 46 y subsiguientes²⁷. De acuerdo con lo previsto en el citado régimen normativo, este derecho nace cuando la persona pensionada por vejez o invalidez²⁸ o el afiliado al sistema fallecen²⁹, generando una prestación económica a favor de los miembros del grupo familiar que dependían del causante, con el propósito de enervar las contingencias económicas derivadas de su muerte. Esta pensión constituye una garantía para satisfacer el mínimo vital respecto de quienes tenían una relación de dependencia, en desarrollo de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el servicio público a la seguridad social, conforme se establece en el artículo 48 de la Constitución Política.

Al respecto, en la Sentencia T-776 de 2008³⁰, esta Corporación se refirió a la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“(…) La Corte ha planteado que la pensión de sobrevivientes responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria³¹. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para

satisfacer sus necesidades³².

De la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes se puede deducir, que ésta prestación goza de autonomía respecto de todo el régimen de pensiones porque tiene como fin suplir a unas determinadas personas que se ven directamente afectadas con la muerte de su padre, su cónyuge, su compañero o compañera permanente, sus hijos o sus hermanos. Aunque no en todos los casos el derecho a la pensión de sobrevivientes constituye un derecho fundamental por sí mismo, éste puede llegar a serlo, siempre y cuando de esa prestación dependa la garantía del mínimo vital de la persona que interpone la acción.

En conclusión, la pensión de sobrevivientes tiene como objetivo la protección a la familia del pensionado, concediéndoles la prestación que éste percibía en vida y de este modo permitirles gozar del estatus del que gozaba el trabajador, antes de su fallecimiento. Además, dicha prestación puede llegar a tener el carácter de fundamental si con su ausencia se afecta el mínimo vital del solicitante. (...)”.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-456 de 2016³³, este Tribunal expresó:

“La pensión de sobreviviente es una prestación social, cuya finalidad esencial es la protección de los familiares más cercanos del afiliado o pensionado fallecido, de tal suerte que las personas que dependían económicamente de éste, eviten un cambio sustancial en las condiciones mínimas de subsistencia. Por ello, la ley prevé la aplicación de un orden de prelación entre las personas más cercanas del causante, con el propósito de definir el beneficiario de la pensión de sobreviviente.”

Ahora bien, el artículo 47 de la citada Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, prevé quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En lo que hace referencia a los hermanos, el literal e), indica lo siguiente:

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...) e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

Como se infiere de lo expuesto, en el caso de los hermanos inválidos, para que se reconozca la pensión de sobrevivientes es necesario (i) que se acredite el parentesco; (ii) que se pruebe que el solicitante de la pensión se encuentra en situación de invalidez; y (iii) que existía dependencia económica frente al causante³⁴.

3.6.3. En relación con la segunda exigencia, el citado artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala que efectos de determinar si una persona es inválida y, por lo tanto, beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, debe haber sido calificada con una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral³⁵. Al respecto, el artículo 41 de la citada Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, señala que le corresponde al ISS -hoy Colpensiones-, a las ARL, a las EPS y a las compañías de seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte, en primera instancia, determinar la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación “deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días”. Todo el proceso de calificación debe surtirse de acuerdo con la normatividad vigente y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de su realización.

Sin embargo, en la Sentencia T-730 de 2012, la Corte reiteró que para efectos determinar la invalidez de una persona, el juez de tutela puede recurrir en conjunto al acervo probatorio que reposa en el expediente. De manera que, si se allegan documentos diferentes al Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral que prueben la invalidez, por ejemplo, un dictamen de medicina legal o una sentencia de interdicción, éstos deberán ser tenidos como pruebas válidas de la situación de invalidez. En caso contrario, en palabras de la Corte, se desconoce la obligación de prestar una protección especial a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta³⁶.

3.6.4. Finalmente, en relación con el tercer requisito, el artículo 47 de la citada Ley 100 de 1993, señala que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, “los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste” Para el legislador, según lo expuesto, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se somete al requisito de probar

la dependencia económica, la cual se acredita –en principio– si el hermano inválido no cuenta con otro tipo de ingresos y subsisten las condiciones de invalidez.

Esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el citado requisito, en algunos casos frente a hipótesis de dependencia económica de los padres frente a los hijos (literal d), de los hijos inválidos frente a sus progenitores (literal c) y de los hermanos inválidos frente al causante (literal e). Así, por ejemplo, en la Sentencia C-066 de 201637, al adelantar el control de constitucionalidad de la expresiones “si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales” y “si dependían económicamente de éste” contenidas en los literales c) y e) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esta Corporación aclaró que dicha figura ha sido comprendida como “la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia”, sin que “la presencia de ciertos ingresos [constituya una ausencia] de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.”

En virtud de lo anterior, esta Corporación declaró inexecutable la expresión “esto es, que no tienen ingresos adicionales,”, contenida en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993; al mismo tiempo que dispuso la exequibilidad de las expresiones “si dependían económicamente de éste” y “si dependían económicamente del causante” contenidas en el literal e) y c) de la norma en cita, al considerar que la exigencia de la dependencia económica hace parte de la potestad con la que cuenta el legislador para configurar el régimen pensional y definir los requisitos para su reconocimiento.

Por otra parte, en la Sentencia C-111 de 200638, en la que este Tribunal examinó la constitucionalidad del literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en donde se establecía que los padres eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes si dependían económicamente de “forma total y absoluta” de sus hijos, esta Corporación identificó varias reglas jurisprudenciales que permiten determinar si una persona es o no dependiente económicamente de otra, las cuales se pueden sintetizar en los siguientes términos:

“(…) la jurisprudencia [ha diseñado] un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente³⁹, a partir de la valoración del denominado mínimo vital

cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna⁴⁰.

1. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica⁴¹.

1. No constituye independencia económica recibir otra prestación⁴². Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993⁴³.

1. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes⁴⁵.

6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica⁴⁶.”
(Subrayas fuera de texto).

3.6.5. Así las cosas, los únicos documentos que se pueden exigir para reconocer una pensión de sobrevivientes como hermano inválido, son aquellos que sean idóneos y pertinentes (i) para acreditar el parentesco, (ii) probar que el solicitante de la pensión se encuentra en situación de invalidez y (iii) demostrar la dependencia económica frente al causante. La exigencia de documentos adicionales, cuando los mismos no tienen un soporte previsto en el ordenamiento jurídico, se convierten en un obstáculo de carácter meramente formal que conduce a una vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo, al

tiempo que acarrea una afectación grave al mínimo vital y a la vida digna, pues –como ya se dijo– la pensión de sobrevivientes responde a la finalidad de garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de quienes dependían económicamente del causante para atender sus necesidades básicas.

3.7. El dictamen de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración

3.7.1. En el Sistema de Seguridad Social Integral, como ya se dijo, una persona es considerada inválida cuando en virtud de una enfermedad o accidente, de origen común o laboral, ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral⁴⁷. A su vez, la capacidad laboral se define como el “conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo.”⁴⁸

Ahora bien, para llegar a determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona, es necesario someterla a un proceso de calificación que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, corresponde realizar inicialmente a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, a las Administradoras de Riesgos Laborales –ARL–, y a las Entidades Promotoras de Salud –EPS–. Este proceso de calificación terminará con un dictamen en el cual se consignarán sus resultados.

El dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá contener entonces, (i) el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, (ii) el origen de la invalidez y, (iii) la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral⁴⁹, todo debidamente sustentado en criterios de carácter técnico-científico, soportados en la historia clínica de la persona y en los elementos de diagnóstico requeridos para el caso específico.

3.7.2. Dadas las particularidades del caso sometido al trámite de revisión, la Sala abordará específicamente el ítem referente a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Esta fecha se encuentra actualmente definida por el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014 como:

“(…) la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado

de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.”

Pese a lo anterior, la Corte ha señalado que no en todos los casos la fecha de estructuración coincide con el momento en el cual la persona pierde toda su destreza o habilidad para desempeñarse en el ámbito laboral, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales el trabajador padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita. En efecto, cuando se tiene este tipo de padecimientos, este Tribunal ha dicho que la pérdida de capacidad laboral no es inmediata, pues se presenta de manera paulatina y progresiva. Pese a ello, las entidades que realizan el proceso de calificación, por regla general, establecen como fecha de estructuración el momento en el que se diagnosticó la enfermedad o cuando aparece su primer síntoma, lo cual muchas veces no significa que efectivamente el empleado haya quedado totalmente incapacitado para trabajar en esa fecha.

Por ejemplo, en la Sentencia T-163 de 2011⁵⁰ se dijo que:

“Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. (...). En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema.”

Asimismo, en la Sentencia T-408 de 2015⁵¹ se señaló que:

“[E]n el caso de las enfermedades progresivas, la fecha de estructuración de la invalidez debe ser revisada con detenimiento, para que la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder al derecho pensional, correspondan a la realidad y se evite caer en el formalismo que frustre el derecho a la pensión.”.

En síntesis, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe contener entre otras, la fecha

de estructuración. Si bien ella corresponde en la mayoría de los casos al momento en el cual se diagnosticó la enfermedad u ocurrió el accidente, en algunos eventos no concuerda con el instante exacto en el cual el trabajador pierde totalmente su capacidad laboral. Esto ocurre principalmente cuando la persona padece enfermedades de tipo degenerativo, crónico o congénito. En todo caso, la determinación de cuándo se está en presencia de este tipo de enfermedades, no exige la consagración necesaria de una fórmula legal o reglamentaria que permita su aplicación, ya que dada la prevalencia que en esta materia tiene la conceptualización profesional de la medicina, se debe atender al sentido técnico de dicha ciencia, en el que generalmente tiene un peso específico la misma calificación que se realiza por las juntas de invalidez, por los médicos tratantes o por los técnicos designados por los jueces para brindar un concepto profesional sobre la materia, sin perjuicio de las reglas y oportunidades de contradicción que se prevén en el ordenamiento jurídico⁵².

3.7.3. En conclusión, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral no coincida, efectivamente, con el momento en el cual la persona pierde toda su destreza o habilidad para desempeñarse en el ámbito laboral. Ello ha tenido ocurrencia en el caso de las personas afectadas por una enfermedad degenerativa, crónica, congénita o progresiva. Como lo ha manifestado la Corte, en estos eventos, el momento en el que se consolida los efectos de la invalidez, dependerá de otros factores como el análisis de la historia clínica, los dictámenes técnicos que se hayan realizado o la imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al sistema, al verse una persona privada definitivamente de la capacidad para continuar laborando o desempeñándose en un trabajo⁵³.

3.8.1. En el asunto sub-judice, se estudia la acción de tutela interpuesta por la señora Rosalina Marulanda Ortiz contra Colpensiones, en la que se invoca la protección de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y la vida digna, con ocasión de la negativa de la citada administradora de pensiones de proceder al reconocimiento de una sustitución pensional, en calidad de hermana inválida de la causante María Audelina Marulanda de Duran, en los términos del literal e) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Según se expuso en el acápite de antecedentes, la actora fue dictaminada el 29 de febrero de 2016 con una pérdida de capacidad laboral del 50.96%, en virtud del diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral e hipertensión esencial, enfermedades que viene

padeciendo desde hace unos 20 y 17 años, respectivamente. El dictamen estableció como fecha de estructuración el 2 de febrero de 2016.

La accionante manifiesta que siempre convivió con su hermana, a quien desde el año 2001 se le reconoció una pensión de vejez. Sostiene que dependía económicamente de ella, pues sus enfermedades le impedían desarrollar una actividad laboral. Por tal razón, considera que cumple con las exigencias para tener derecho a la sustitución pensional, la cual le fue negada con el argumento de que su condición de invalidez se produjo, a partir de lo dispuesto en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, con posterioridad (en un día) al fallecimiento de su hermana.

Por lo demás, es importante resaltar que la señora Rosalina Marulanda Ortiz es una persona con 70 años, que carece de bienes y que actualmente no recibe ninguna prestación económica. Según consta en el expediente está afiliada al régimen subsidiado en salud y, para poder subsistir, depende de la ayuda que le brinda una amiga⁵⁴.

3.8.2. Como previamente se advirtió, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que este tipo de conflictos se tornan en una cuestión de naturaleza constitucional, cuando por la negativa en el otorgamiento de la sustitución pensional se ven afectados de manera directa los derechos fundamentales de los beneficiarios del causante, en especial, el derecho al mínimo vital, en tanto que al faltar la persona que proveía la manutención del hogar, aquellas que dependían económicamente de ésta, quedarían desprovistas de los recursos necesarios para asegurar su congrua subsistencia. En esta medida, como quiera que ya se realizó el examen de procedencia de la acción, tan sólo le corresponde a esta Corporación evaluar (i) si la actora tiene el derecho a la pensión solicitada y, de ser así, (ii) el tipo de amparo llamado a prosperar.

3.8.2.1. Al respecto, en primer lugar, sobre el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la sustitución pensional, es preciso destacar que el literal e) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece que: “A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.” Tal como se explicó con anterioridad en esta sentencia de dicho artículo se desprenden tres requisitos: (i) que se acredite el parentesco; (ii) que se pruebe que el solicitante de la pensión se encuentra en situación de invalidez; y (iii) que

existía dependencia económica frente al causante.

En el caso bajo estudio, se encuentra acreditado el parentesco, ya que la actora allegó el registro civil de nacimiento de ella⁵⁵ y el registro civil de defunción de su hermana fallecida⁵⁶. Adicionalmente, tal relación civil fue admitida por la entidad accionada, al resolver la solicitud y los recursos dirigidos al reconocimiento de la sustitución pensional.

De igual manera se acreditó la dependencia económica, como consta en las distintas declaraciones juramentadas que confirmaron dicha situación, y que ponen de presente la gravedad del estado económico de la accionante, después del fallecimiento de su hermana⁵⁷. A la par de estas pruebas, cabe destacar que en ningún momento Colpensiones puso en duda la dependencia de la actora con su hermana fallecida.

Finalmente, lo que se discute es el estado de invalidez, pues a pesar de que la actora cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 50.96%⁵⁸, la fecha de estructuración dada en la calificación es del 2 de febrero de 2016, esto es, un día después de la muerte de su hermana. De esta manera, la invalidez sería un hecho sobreviniente al fallecimiento, imposibilitando, en principio, la obtención la pensión.

Sin embargo, en el caso bajo estudio, se advierte que la accionante padece de hipoacusia neurosensorial bilateral, dolencia que, acorde con el concepto rendido por medicina legal⁵⁹, es una enfermedad crónica y progresiva. La historia clínica allegada por la actora evidencia que ha sufrido dicho padecimiento por más de 20 años⁶⁰, circunstancia que concuerda con el hecho de que no ha podido laborar debido a esa enfermedad, como se corrobora con las distintas declaraciones juramentadas que se allegaron al proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe traer a colación la jurisprudencia reseñada en el numeral 3.7.2 de esta providencia, relacionada con la forma como debe realizarse la evaluación del momento en que se estructura la invalidez en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o progresivas, en las cuales la fecha de estructuración no siempre coincide con el momento en que la persona pierde la aptitud para trabajar o para continuar laborando. Al respecto, se ha dicho que ese momento puede ser posterior o anterior a la fecha que se señale el dictamen, para lo cual, como elementos de juicio, se pueden tener la historia clínica o los dictámenes técnicos que se hayan realizado.

a.- El dictamen de pérdida de capacidad laboral señala que las dos enfermedades que padece la actora, esto es, la hipoacusia neurosensorial bilateral y la hipertensión arterial esencial, son padecimientos que vienen de tiempo atrás.

b.- A ello se agrega el concepto dado por Medicina Legal, en el cual se afirma que la hipoacusia neurosensorial bilateral es una enfermedad crónica y progresiva.

c.- Finalmente, todas las declaraciones juramentadas allegadas al proceso, sostienen que la accionante dependía económicamente de la hermana, pues ésta nunca ha podido trabajar, lo que también se vislumbra en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, donde se pone de manifiesto que la accionante jamás ha desempeñado ocupación alguna.

En conclusión, en el expediente se encuentra probado que la accionante nunca trabajó con anterioridad a la muerte de su hermana, que dicha circunstancia se originó con ocasión de una enfermedad crónica y progresiva que sufre, cuya preexistencia consta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, lo cual, aunado a su historia clínica, en la que se señala que tiene dicho padecimiento desde hace más de 20 años, conducen a la Corte a la concluir que, al momento de fallecer la señora María Audelina Marulanda de Duran, la actora ya se encontraba imposibilitada para trabajar, esto es, materialmente era una persona inválida, más allá de que el dictamen haya dispuesto como fecha de estructuración un día con posterior al deceso de su hermana. Así las cosas, en criterio de esta Sala de Revisión, se encuentran acreditados todos los requisitos para obtener la sustitución pensional que se reclama.

3.8.2.2. En segundo lugar, queda por determinar si en el asunto bajo examen, el amparo debe otorgarse de forma definitiva o como mecanismo transitorio. A juicio de esta Sala de Revisión, visto los antecedentes expuestos y los elementos que reposan en el expediente, la tutela se concederá como mecanismo directo y principal de protección, por las siguientes razones: (i) las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra la señora Rosalina Marulanda Ortiz hacen inminente la actuación pronta y oportuna del juez constitucional para lograr la garantía de sus derechos fundamentales, en especial del derecho al mínimo vital y, además, (ii) está plenamente acreditado que se cumplen con los requisitos previstos en la ley para ser beneficiaria del derecho reclamado.

3.8.3. Por consiguiente, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido el 27 de octubre de

2016 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, otorgará el amparo solicitado respecto de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y la vida digna de la señora Rosalina Marulanda Ortiz. En consecuencia, se procederá a dejar sin efectos las Resoluciones GNR 173231 del 15 de junio de 2016, GNR 228084 del 3 de agosto de 2016 y VPB 33221 del 23 de agosto de 2016 proferidas por Colpensiones, ordenando, a cargo de la citada autoridad, que proceda a otorgar la sustitución pensional a favor de la accionante, desde el momento en que esta última adquirió el derecho reclamado de acuerdo con la ley, y sin perjuicio de la prescripción establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 27 de octubre de 2016 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, en el que se revocó la providencia adoptada el 27 de septiembre de 2016 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, a través de la cual se concedió la protección a los derechos invocados. En su lugar, AMPARAR los derechos de la señora Rosalina Marulanda Ortiz a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.

Segundo.- DEJAR sin efectos las Resoluciones GNR 173231 del 15 de junio de 2016, GNR 228084 del 3 de agosto de 2016 y VPB 33221 del 23 de agosto de 2016, mediante las cuales Colpensiones negó la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Rosalina Marulanda Ortiz.

Tercero.- ORDENAR a COLPENSIONES, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar la sustitución pensional a la que tiene derecho la señora Rosalina Marulanda Ortiz, en calidad de hermana inválida de la señora María Audelina Marulanda de Duran, desde el momento en que esta última adquirió el derecho reclamado de acuerdo con la ley, y sin perjuicio de la prescripción establecida en el

artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Ausente en comisión

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General

1 Puntualmente, se ordenó lo siguiente: “Tercero: Ordenar a la demandada a reconocerle el derecho pensional a la actora como medida provisional, hasta que el Juez Ordinario Laboral se pronuncie sobre el presente asunto, siempre y cuando la accionante inicie las acciones judiciales del caso ante la justicia contenciosa administrativa dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la fecha de notificación de la presente providencia. En caso contrario las medidas protectoras consignadas en este proveído cesaron los efectos”.

2 En los folios 1 y 2, del cuaderno número 2, se encuentra el acto de apoderamiento.

3 Al respecto, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dispone que: “La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...)”

2. Del Sector descentralizado por servicios: (...) b) Las empresas industriales y comerciales del Estado”.

4 Sobre el alcance de este principio, la Corte ha sostenido que la procedibilidad de la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de manera que el amparo constitucional no se convierta en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros.

5 Folios 28 al 30 del cuaderno 2

6 Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-436 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-785 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, T-799 de 2009, T-130 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-136 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-823 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

7 Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

8 En la Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se resaltó que el mecanismo de la tutela “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

9 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

10 Véanse, además, las Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

11 Véanse, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.

12 Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13 Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

14 Véanse, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

15 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

16 Igual doctrina se encuentra en las Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

17 Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

18 Sentencias T-479 de 2008, T-776 de 2009 y T-602 de 2010.

19 En este sentido, esta Corporación ha dicho que: “La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable”. Sentencia T-1083 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada en las Sentencias T-473 de 2006, T-517 de 2006, T-580 de 2006, T-395 de 2008, T-707 de 2009 y T-708 de 2009.

20 Véanse, entre otras, Sentencias T-249 de 2006, T-055 de 2006, T-851 de 2006, T-1046 de 2007, T-597 de 2009 y T-427 de 2011.

21 Al respecto, en la Sentencia T-836 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corporación expuso que: “(...) en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.”

23 Sentencias T-1291 de 2005, T-668 de 2007, T-471 de 2014 y T- 596 de 2014.

24 La Constitución Política, en los artículos 13 y 17, establece que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección. Este reconocimiento se fuerza, entre otros, con los siguientes instrumentos internacionales: La Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009), la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

25 Decreto 2591 de 1991, art. 8.

26 Esto se vincula con el cuarto requisito de procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de derechos pensionales, referente a la necesidad de acreditar en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada.

27 “Artículo 46. requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”

28 Tal como se indica en la Sentencia C-111 de 2006, que cita la Sentencia C-617 de 2001, el numeral 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los casos en los que se presenta la muerte de la persona que ya se encuentra pensionada por invalidez o por vejez, de manera que frente a este escenario se presenta en realidad una “subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente”. Este escenario ha sido contemplado por la jurisprudencia como la sustitución pensional.

29 El segundo escenario planteado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, se presenta cuando el afiliado al sistema pensional muere, de manera que en este caso la pensión de sobrevivientes se paga a sus familiares y se genera una nueva prestación que no gozaba el causante de la misma.

30 Citada en el fallo T-779 de 2010.

31 Sentencia T-776 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que hace referencia a la

Sentencia C-002 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

32 Ibídem, que hace referencia a la Sentencia C-1176 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. .

33 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

34 Sobre la materia, entre otras, se pueden consultar las Sentencias T-941 de 2005, T-124 de 2012 y T-730 de 2012.

35 La norma en cita dispone que: “(...) Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”. Por su parte, el artículo 38 de la citada ley, establece que: “Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

36 Sentencia T-859 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sobre este punto, en la citada Sentencia T-730 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, se dijo que: “Así pues, si bien es cierto que, de conformidad con lo expuesto, la ley es clara en establecer que es mediante el dictamen de pérdida de la capacidad laboral –que puede ser adelantado por EPS, ARP o Juntas de Calificación de Invalidez- que se prueba la incapacidad de las personas con afecciones mentales, no lo es menos, que un dictamen expedido por una entidad oficial como el Instituto Nacional de Medicina Legal o una sentencia judicial que declare la interdicción de una persona constituyen pruebas de su incapacidad sin que, existiendo éstas, se pueda exigir de todas maneras la valoración del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, menos aún, cuando quiera que se trate de problemas congénitos.”

37 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

38 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

39 Sobre la materia se acoge el concepto proferido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del pasado 19 de agosto de 2004. Radicación No. 1579.

40 Sentencia T-574 de 2002.

41 Sentencia SU-995 de 1999.

42 Sentencia T-281 de 2002.

43 Dispone la norma en cita: “Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”

44 Sentencias T-574 de 2002 y T- 996 de 2005. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “Fungiendo la Corte como juez de segunda instancia, además de las consideraciones expuestas en sede de casación, es pertinente acotar que respecto del argumento del Tribunal para colegir que el demandante disponía de medios económicos suficientes para su subsistencia por recibir de manera ocasional \$20.000 o \$ 25.000 semanales y por estar percibiendo su cónyuge un salario mínimo legal mensual, no es más que una suposición del juzgador, pues ello no conduce necesariamente a concluir que esta persona sea autosuficiente económicamente, como erradamente lo concluyó. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 22.132. Sentencia del 11 de mayo de 2004.).

45 Sentencia T-076 de 2003 y Auto 127A de 2003.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fallo del 9 de abril de 2003. Radicación No. 21.360.

47 Ley 100 de 1993, art. 38 y Ley 776 de 2002, art. 9.

48 Artículo 3 del Decreto 1507 de 2014.

49 Sentencia T-006 de 2013, MP. Mauricio González Cuervo

51 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

52 Esta posibilidad de interpretación tiene reconocimiento en el artículo 29 del Código Civil, en el que se dispone que: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

53 Sentencia SU-588 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

54 Folios 34 a 37 del cuaderno principal.

55 Folio 5 del cuaderno 2

56 Folio 4 cuaderno 2

57 Se encuentran anexadas las siguientes declaraciones juramentadas: i) folio 39 del cuaderno 2, declaración juramentada de la señora María Lucy Millán Cárdenas, ii) folio 40 del cuaderno 2, declaración juramentada de la señora Ruth Belén Ramírez de Serrano, iii) folio 34 del cuaderno principal, declaración juramentada de la señora Alma Nury Ramírez Gaitán, iv) folio 35 cuaderno principal, declaración juramentada de la señora Nohemy Vargas de Garnica, v) folio 36 del cuaderno principal, declaración juramentada de la señora Alcira Fuentes y, vi) folio 37 del cuaderno principal, declaración juramentada de la señora María Lucy Núñez de Duran.

58 Folio 11 cuaderno 2

59 Folios 42 y 43 cuaderno principal.

60 En el folio 100 del cuaderno principal se encuentra un examen médico realizado el 29 de junio de 2010, del cual se puede derivar que son aproximadamente 27 años los que lleva padeciendo la actora esta enfermedad.

61 “Por la cual se NIEGA una SUSTITUCION PENSIONAL”

62 “Por la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución No.173231 del 15 de junio de 2016”

63 “Por el cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución GNR173231