

Sentencia T- 453/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE INVALIDEZ-Reiteración de jurisprudencia/PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE SOBREVIVIENTES-Reiteración de jurisprudencia

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Carácter vinculante

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y REQUISITO DE FIDELIDAD AL SISTEMA

El precedente constitucional en estos casos obliga a que: (i) En todo tiempo, deviene inadmisibles exigir la “fidelidad”, tanto para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes como de pensiones de invalidez. (ii) No pueden seguir excusándose las administradoras de fondos de pensiones en que el hecho generador del derecho pensional sea anterior a esos fallos de constitucionalidad, pues el carácter vinculante de la ratio decidendi de las decisiones de tutela se los impide.

Referencia: Expedientes T-2890032, T-2891206, T-2891843, T-2943126, T-2949871 y T-2957396, acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Wilson Arturo Acosta Rodríguez contra Pensiones y Cesantías Protección S. A. (expediente T-2890032); Rodrigo Álvarez Tarazona contra el Instituto de Seguros Sociales y otro (expediente T-2891206); Juan Pablo Guzmán Vásquez contra la Secretaría de Educación de Medellín y otros (expediente T-2891843); Francisco Gustavo Posada Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2943126); Mary Yency Bernal Torres contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2949871); y Efraín Villalba Ariza contra Pensiones y Cesantías BBVA (expediente T-2957396).

Procedencia: Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá; Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral; Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín; Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral; Juzgado

4° Civil del Circuito de Bucaramanga; y Juzgado 5° Penal Municipal de Bucaramanga, respectivamente.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión de fallos dictados por el Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá; la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral; el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín; el Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral; el Juzgado 4° Civil del Circuito de Bucaramanga; y Juzgado 5° Penal Municipal de Bucaramanga, dentro de las acciones de tutela promovidas por Wilson Arturo Acosta Rodríguez, mediante apoderada, contra Pensiones y Cesantías Protección S. A. (expediente T-2890032); Rodrigo Álvarez Tarazona, contra el Instituto de Seguros Sociales y otro (expediente T-2891206); Juan Pablo Guzmán Vásquez, contra la Secretaría de Educación de Medellín y otros (expediente T-2891843); Francisco Gustavo Posada Gómez, mediante apoderado, contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2943126); Mary Yency Bernal Torres, contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2949871); y Efraín Villalba Ariza, contra Pensiones y Cesantías BBVA (expediente T-2957396), acumulados.

Los respectivos expedientes llegaron a la Corte Constitucional por remisión que efectuaron los citados despachos, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección N° 12 de la Corte, en diciembre 10 de 2010, eligió para efectos de su revisión los expedientes T-2890032 y T-2891843, disponiendo acumularlos entre sí por presentar unidad de materia, para ser fallados en una sola sentencia.

De igual manera, la Sala de Selección N° 2 de la Corte, en febrero 16 de 2011, eligió para los

mismos efectos, los expedientes T-2891206, T-2943126, T-2949871 y T-2957396, disponiendo acumularlos entre sí por presentar unidad de materia, para fallarse en una sola sentencia.

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, una vez analizados los expedientes de la referencia y encontrando que presentan unidad de materia, decidió, mediante auto de abril 12 de 2011, ACUMULAR los expedientes T-2890032 y T-2891843, ya acumulados entre sí, con los expedientes T-2891206, T-2943126, T-2949871 y T-2957396, así mismo acumulados previamente, para que todos sean fallados en una misma sentencia, a lo que en efecto se procede.

## I. ANTECEDENTES.

Wilson Arturo Acosta Rodríguez, mediante apoderada; Rodrigo Álvarez Tarazona; Juan Pablo Guzmán Vásquez; Francisco Gustavo Posada Gómez, mediante apoderado; Mary Yency Bernal Torres; y Efraín Villalba Ariza promovieron sendas acciones de tutela contra las entidades ya referidas, aduciendo conculcación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

Los hechos y relatos efectuados por los demandantes tienen en común la exigencia, por parte de las entidades accionadas, del requisito de “fidelidad al sistema” para el reconocimiento y pago de pensiones, motivo por el cual se concluyó que presentan unidad de materia. En esta medida, se realizará un breve resumen de cada expediente, resaltando la anterior situación. Igualmente, se encontró que en tres de los procesos en revisión, la entidad demandada es el Instituto de Seguros Sociales, en adelante ISS, en diferentes sedes.

Expediente T-2890032.

1. Manifestó su apoderada que Wilson Arturo Acosta Rodríguez sufrió un accidente en agosto 3 de 20081, cuya afectación a su integridad personal conllevó que fuera calificado por el Comité Interdisciplinario de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida SURA S. A., en enero 17 de 2010, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 59.39%, señalándose como fecha de estructuración marzo 18 de 2009.

2. En consecuencia, se radicó ante Protección S. A. una solicitud para el reconocimiento de la

pensión de invalidez, pero esa empresa, mediante comunicación de abril 28 de 2010, negó el reconocimiento de la pensión, ya que, si bien el peticionario cuenta con 51.99 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a la primera calificación de invalidez, no cumple el requisito de “fidelidad al sistema”.

3. Según se observa en la respectiva demanda, al afectado, de 34 años de edad, quien “vive con su compañera permanente y dos hijos un mayor de edad y uno de 12 años de edad”, al negársele el otorgamiento de la pensión de invalidez, se le cercenó la posibilidad de seguir obteniendo los medios para su congrua subsistencia, conculcándosele varios derechos fundamentales. Por ende, solicitó amparo para obtener su pensión de invalidez.

Expediente T-2891206.

1. Rodrigo Álvarez Tarazona, de 73 años de edad, solicitó al ISS, seccional Santander, el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en septiembre 28 de 2004, a raíz del fallecimiento de su compañera permanente Cecilia Mantilla Lizcano, ocurrido en agosto 4 de 2004.

2. Dicha entidad negó el reconocimiento de la pensión solicitada, aduciendo incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, literales a) y b). Expresó, en la Resolución N° 05935 de 2005 (f. 7 cd. inicial respectivo), que “se estableció que el(a) asegurado(a) cotizó a este Instituto 149 semanas en los últimos 3 años anteriores al momento del fallecimiento, y que acreditó un 8.67% de fidelidad de cotización al sistema al haber cotizado 188 semanas entre el 13 enero de 1963, fecha en la que cumplió 20 años de edad y la fecha de la muerte”.

3. Argumentó que es una persona de la tercera edad, merecedora de especial protección por parte del Estado, y que, ante la expedición de la sentencia C-556 de agosto 20 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se le debe proteger sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social. Por lo anterior, solicitó se ordene el pago de la pensión de sobrevivientes, transitoriamente.

Expediente T-2891843.

1. Juan Pablo Guzmán Vásquez, quien para este momento tiene 22 años de edad, expresó que su mamá falleció en enero 2 de 2007, por un cáncer de pulmón, a raíz de lo cual inició trámite ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales y la Subsecretaría Administrativa de la Secretaría de Educación de Medellín, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (f. 2 cd. inicial respectivo), negándosele la solicitud mediante Resolución N° 8760 de septiembre 29 de 2009 del último ente en cuestión, aludiendo incumplimiento del requisito de “fidelidad al sistema”.

2. Esa decisión fue apelada por contrariar la precitada sentencia C-556 de 2009, que declaró inexecutable el requisito referido, pero a través de Resolución N° 2488 de marzo 4 de 2010, la mencionada Secretaría adujo el carácter no retroactivo de los efectos de las sentencias de constitucionalidad, confirmando su postura inicial.

3. El joven actor expuso que esas determinaciones le están causando “un perjuicio irremediable, dado que contaba con esa prestación social para satisfacer dignamente mis necesidades tales como pagar lo que le adeudo a la Universidad por concepto de matrícula. Además requiero adquisición de material de estudio... pasajes... alimentación” (f. 4 ib.).

4. Igualmente argumentó que acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa tornaría quimérico su derecho, ya que, al momento de ser decidido el asunto en esa sede el daño sería irreparable, pues no podría pagar la Universidad, coartándosele el derecho a la educación y la posibilidad de terminar su formación e iniciar una vida profesional. Así, pidió ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Expediente T-2943126.

1. Expuso el apoderado, que Francisco Gustavo Posada Gómez, de 66 años de edad, fue evaluado por la Comisión Médica Laboral del ISS, la cual le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral de origen común del 71.47%, con fecha de estructuración en junio 7 de 2007.

2. En consecuencia, en octubre 1° de 2009 solicitó al ISS, seccional Risaralda, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Empero ese Instituto, mediante Resolución N° 01088 de febrero 25 de 2010, negó la prestación referida, ya que al peticionario, a pesar de tener las demás condiciones cumplidas, le faltó el requisito de “fidelidad al sistema”.

3. Se explicó que la condición del actor es grave, pues no tiene medios de subsistencia diferentes a “la caridad humana y de lo que le colaboran los vecinos”<sup>2</sup>, verificándose la vulneración a sus derechos fundamentales, más aún cuando la entidad le exigió un requisito declarado inexecutable mediante sentencia C-428 de julio 1° de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, por ser regresivo. Por tanto, pidió se le conceda la pensión de invalidez.

1. Mary Yency Bernal Torres, de 53 años de edad, fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con un 66% de pérdida de capacidad laboral de origen común, estructurada en septiembre 16 de 2008. Por ende, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez al ISS.

2. Mediante Resolución N° 01311 de febrero 25 de 2010, el ISS, seccional Santander, negó la prestación indicada ya que, cumpliendo las 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sólo acreditó un 3.38% de “fidelidad al sistema”. La anterior Resolución fue confirmada por la N° 01015 de septiembre 13 de 2010.

3. Adicionó la actora que se encuentra cesante por la incapacidad determinada, quedó viuda al ser desaparecido su esposo hace más de 10 años, y actualmente acude a la caridad para sobrevivir, por lo cual consideró injusta la exigencia de un requisito inconstitucional y regresivo. Por ende, solicitó se le conceda la pensión de invalidez.

Expediente T-2957396.

1. Efraín Villalba Ariza, cotizante al Sistema General de Seguridad Social desde 1990, relató que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, en marzo 10 de 2008, le dictaminó el 75.10% de pérdida de capacidad laboral, originada en enfermedad común y estructurada en marzo 10 de 2007.

2. Por consiguiente, solicitó a BBVA Horizonte, Pensiones y Cesantías, reconocer y empezar a pagar su pensión de invalidez. Empero, dicha entidad negó la prestación argumentando que aún cuando el peticionario cuenta con 135.71 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, “al verificar la fidelidad al sistema se pudo establecer que... no tiene el 20% del tiempo de cotización que equivale a 419 semanas cotizadas,... sino que alcanzó a cotizar 372.98 semanas únicamente” (f. 34 cd. inicial respectivo).

3. El actor, de 63 años de edad, alegó que al estar discapacitado es sujeto de especial protección estatal, condición ignorada por el fondo administrador de pensiones, por lo cual pide el reconocimiento de su pensión de invalidez.

## B. DOCUMENTOS RELEVANTES CUYA COPIA OBRA EN LOS EXPEDIENTES.

Expediente T-2890032.

1. Notificación del dictamen emitido por Protección S. A., en donde se determinó al actor un porcentaje de 59.39% de pérdida de la capacidad laboral, estructurada en marzo 18 de 2009, cuya denominación de origen fue común (fs. 14 a 16 cd. inicial respectivo).

2. Respuesta dada por Protección S. A. en abril 28 de 2010, que indicó al actor que “cuenta con 105.15 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Debe... tener una fidelidad de cotización de 138.43 y en los últimos tres años tiene 51.99”, razón por la cual le fue negada la prestación (fs. 20 y 21 ib.).

3. Comunicación en donde Protección S. A. resolvió una reposición, aduciendo que la inexequibilidad del requisito de fidelidad al sistema, emanada del fallo C-428 de 2009, solo “produce efectos hacia el futuro” (fs. 22 a 24 ib.).

Expediente T-2891206.

1. Resolución N° 5935 de 2005, emitida por el ISS, seccional Santander, que negó la pensión de sobrevivientes a Rodrigo Álvarez Tarazona, ya que no satisfizo el requisito de “fidelidad al sistema” (f. 7 cd. inicial respectivo).

Expediente T-2891843.

1. Resolución N° 8760 de septiembre 29 de 2009, emitida por la Secretaría de Educación de Medellín, por la cual se negó la pensión de sobrevivientes a Juan Pablo Guzmán Vásquez, ya que la causante no cumplió “la fidelidad al sistema (2.156 días)” (f. 15 cd. inicial respectivo).

2. Recurso de reposición promovido por el peticionario solicitando la aplicación de la

sentencia C-556 de 2009 (fs. 17 a 21 ib.).

3. Certificado de estudios de la Universidad Autónoma Latinoamericana, donde informas que el joven Guzmán Vásquez cursa, en horario B, quinto año de derecho, y recibo de la División Financiera de la Universidad Autónoma Latinoamericana, por el valor de matrícula (\$3.390.000, fs. 26 y 27 ib.).

Expediente T-2943126.

1. Resolución N° 01088 de febrero 25 de 2010, emitida por el ISS, seccional Risaralda, que negó la pensión de invalidez al señor Francisco Gustavo Posada Gómez, ya que acreditó solo un 17.66% de “fidelidad al sistema” (f. 18 cd. inicial respectivo).

2. Dictamen expedido por Comisión Médico Laboral del ISS, en donde se determinó al actor un porcentaje de 71.47% de pérdida de la capacidad laboral de origen común, estructurada en junio 6 de 2007 (f. 19 ib.).

Expediente T-2949871.

1. Resolución N° 01311 de febrero 25 de 2010, emitida por el ISS, seccional Santander, que negó la pensión de invalidez a Mary Yency Bernal Torres, por incumplimiento de la “fidelidad al sistema” (f. 1 cd. inicial respectivo).

Expediente T-2957396.

1. Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, que certificó al peticionario una pérdida de capacidad laboral del 75.10%, de origen común, con fecha de estructuración marzo 10 de 2007 (fs. 21 a 26 cd. inicial respectivo).

2. Respuesta dada en agosto 17 de 2010, por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, comunicando al actor que si bien cuenta con 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no tiene el 20% de “fidelidad al sistema”, por lo cual negó la prestación pedida, aclarando que los efectos de las sentencias de constitucionalidad no son retroactivos (fs. 112 a 120 ib.).

C. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA DE LAS ENTIDADES VINCULADAS.

Expediente T-2890032.

Pensiones y Cesantías Protección S. A..

El Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá, mediante auto de octubre 12 de 2010, admitió la tutela y ofició a Protección S. A., para que se pronunciara sobre la demanda (f. 38 cd. inicial respectivo).

Así, la representante legal de dicha sociedad respondió en octubre 14 de 2010, argumentando que: (i) la fecha de estructuración de la invalidez del peticionario fue marzo 18 de 2009; (ii) los requisitos aplicables en esa época son los del artículo 1° de la Ley 860 de 2003; (iii) la sentencia C-428 es de julio 1° de 2009, fecha a partir de la cual no se aplicará el requisito de la “fidelidad”; (iv) es viable exigir al peticionario dicho requerimiento, debido a que la fecha de estructuración de la invalidez del actor fue anterior a la sentencia; y (v) el actor, dentro del tiempo indicado en el artículo 1° referido, necesitaba haber cotizado 138.43 semanas en total, de las que solo cotizó 105.15. (fs. 43 a 56 ib.). Por ello, solicitó desestimar las pretensiones.

Expediente T-2891206.

ISS, seccional Norte de Santander y Ministerio de la Protección Social.

El Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Laboral, por auto de agosto 23 de 2010 admitió la acción y propició que los entes demandados ejercieran su defensa.

Mediante escrito de agosto 25 de 2010, la Gerente del ISS, seccional Norte de Santander, advirtió falta de competencia de dicha dependencia y envió la vinculación a la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la seccional Santander (f. 61 y 62 cd. inicial respectivo).

Así mismo, un asesor del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio requerido, en comunicación de agosto 30 de 2010, indicó que “debe declararse la improcedencia de la acción... en contra del Ministerio de la Protección Social por falta de legitimación por pasiva” (f. 66 a 68 ib.).

Expediente T-2891843.

Secretaría de Educación del municipio de Medellín.

El Juzgado 35 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, por medio de auto de mayo 28 de 2010, admitió la demanda y ordenó comunicarla a la parte accionada, solicitándole pronunciarse.

La líder del Programa Unidad Jurídica de la Secretaría de Educación de Medellín, a través de comunicación allegada en junio 1° de 2010, pidió declarar improcedente la acción, debido a que “la fecha determinante de la estructura o nacimiento del derecho es la... de fallecimiento del trabajador o funcionario, en este punto la fecha de fallecimiento de la señora Astrid Vásquez Serna, fue el 4 de enero de 2007... en la cual se encontraba plenamente vigentes los literales a y b del artículo 12 de la ley 797 de 2003” (fs. 33 a 35 cd. inicial respectivo)<sup>3</sup>.

Expediente T-2943126.

ISS, seccional Risaralda.

El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Pereira, mediante auto de noviembre 4 de 2010, admitió la acción y ordenó a la entidad demandada ejercer su defensa y contradicción, pero no recibió respuesta alguna.

Expediente T-2949871.

ISS, seccional Santander.

El Juzgado 4° Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante auto de diciembre 10 de 2010, admitió la acción, ordenando a la accionada rendir informe explicativo sobre los hechos de la misma.

El Gerente del ISS, seccional Santander, pidió, mediante escrito de diciembre 14 de 2010, ordenar el archivo definitivo de la acción y declarar superado el hecho, porque “el debate... no debe ceñirse al análisis de los derechos fundamentales que se alegan conculcados, sino al derecho de petición” y este fue resuelto a través de Resoluciones (fs.15 y 16 cd. inicial respectivo).

Expediente T-2957396.

BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

El Juzgado 5° Penal Municipal de Depuración de Bucaramanga admitió la acción mediante auto de diciembre 6 de 2010 y pidió a la empresa accionada pronunciarse sobre los hechos narrados (f. 121 cd. inicial respectivo).

Así, el responsable del Equipo de Prestaciones del Fondo Administrador expresó: (i) que el actor incurrió en actuación temeraria pues existe fallo anterior de mayo 8° de 2009, que se pronunció sobre los mismos hechos negando las pretensiones; (ii) que no es posible inaplicar el requisito de la “fidelidad al sistema” en este caso, pues a la fecha de estructuración de la invalidez (marzo/10/2007) esa condición era plenamente exigible; y (iii) que los efectos de la sentencia C-428 de 2009, son hacia futuro. Por lo anterior, consideró su actuar conforme a la Constitución y la ley, pidiendo no tutelar los derechos invocados y negar la acción (fs. 124 a 172 ib.).

D. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN.

Expediente T-2890032.

Sentencia única de instancia.

El Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá, en octubre 25 de 2010, negó el amparo al estimar que “no es posible aplicar al caso de marras la sentencia C-428 de 2009, como quiera que, las sentencias de inconstitucionalidad tienen aplicación ex - nunc, esto es hacia el futuro, a menos que en la misma sentencia la Corte Constitucional señale lo contrario...” (f. 64 cd. inicial respectivo).

Expediente T-2891206.

Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Laboral, en fallo de septiembre 6 de 2010, después de realizar un extenso análisis de la jurisprudencia constitucional, concluyó que aplicar el requisito de fidelidad resulta desproporcionado en este caso, entre otras razones por estar

probada la dependencia del actor de dicha pensión de sobrevivientes para la satisfacción de su mínimo vital, por lo cual lo amparó (f. 79 cd. inicial respectivo).

Impugnación.

La Jefe de Atención al Pensionado del ISS, seccional Santander, en escrito presentado en septiembre 17 de 2010, apeló al estimar que el actor no cumplió los requisitos vigentes al momento de la muerte de su compañera permanente, por lo cual no puede concedérsele la pensión decisiones jurisprudenciales posteriores. Además, aseveró (f. 103 ib.) que el actor cobró la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Sentencia de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, mediante sentencia de octubre 20 de 2010, revocó la sentencia precedente, argumentando, entre otras consideraciones, que al juez de tutela “no le es dado arrogarse funciones que competen a otras autoridades, sino que estos pronunciamientos se logran mediante las acciones o recursos conducentes, donde sea el juez competente el que indique si le asiste o no la razón al peticionario” estimando que el asunto debe ser ventilado ante la jurisdicción laboral ordinaria (f. 8 cd. 2 respectivo).

Expediente T-2891843.

Sentencia de primera instancia.

Impugnación.

El accionante impugnó tal providencia, debido a que Juzgado no puede deducir la satisfacción del mínimo vital del hijo sin comprobar bajo qué circunstancias se desenvuelve la relación filial, agregando que solicitó la protección de sus derechos, no los de su padre. Consideró que la Resolución denegatoria de la pensión es inconstitucional, pues concurren en su caso los presupuestos de inminencia de un perjuicio, urgencia e impostergabilidad. Finalizó advirtiendo que aún cuando su madre falleció en 2007, él elevó petición ante la demandada

en varias ocasiones (fs. 50 y 51 ib.).

Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado 22 Penal de Circuito de Medellín, en fallo de septiembre 8 de 2010 confirmó la decisión del a quo, en cuanto la tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y no está acreditada la inminencia de un perjuicio (fs. 56 y 60 ib.).

Expediente T-2943126.

Sentencia de primera instancia.

Mediante providencia de noviembre 19 de 2010, el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda, al estimar que el debate presentado debe efectuarse ante la jurisdicción común, debido a que no se probó ningún perjuicio irremediable (fs. 29 a 36 cd. inicial respectivo).

Impugnación.

La parte actora discrepó del fallo reseñado, al observar que el medio ordinario de defensa judicial es, en su caso concreto, ineficaz e inoportuno porque seguir un proceso ordinario agravaría la situación del señor Posada Gómez, debido a sus condiciones de salud, su avanzada edad y su invalidez. Anota que el Juzgado no valoró dichas condiciones, que impiden obtener los medios de subsistencia. Finalmente, consideró no admisible constitucionalmente la exigencia del requisito de fidelidad (fs. 49 a 58 ib.).

Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral, confirmó el fallo, desestimando la procedencia de la acción puesto que “los juzgado laborales de este Distrito Judicial, son demasiado ágiles y eficientes” (sic) y no se probó el perjuicio irremediable (fs. 4 a 11 cd. 2 respectivo).

Expediente T-2949871.

Sentencia única de instancia.

El Juez 4° Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia de diciembre 16 de 2010, concedió, explicando la procedencia de la acción en este caso, en razón a la afectación al mínimo vital, el cumplimiento de los requisitos legales y la negación arbitraria por parte del ISS de la pensión solicitada.

Por ello, entró a evaluar los argumentos presentados, evidenciando la existencia de un amplio y consolidado precedente jurisprudencial, que reafirmó indicando que si bien es cierto la sentencia C-428 de 2010 no fijó de manera retroactiva sus efectos, el requisito de “fidelidad al sistema” no puede ser aplicable en ningún caso, ya que es contrario al principio de progresividad en materia de seguridad social. En consecuencia, ordenó al ISS realizar un nuevo estudio de la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez a la accionante, teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Expediente T-2957396.

Sentencia única de instancia.

El Juzgado 5° Penal Municipal de Depuración de Bucaramanga, a través de sentencia de diciembre 21 de 2010, decidió no conceder la acción, al estimar que la situación presentada es litigiosa y, por ello, debe ser resuelta por la jurisdicción laboral ordinaria. De tal manera, por existir otro medio de defensa judicial, la acción de tutela no tiene cabida.

Sintetizando la información expuesta en precedencia, los asuntos pendientes de revisión pueden ser esquematizados de la siguiente manera (cuadro 1):

Exp.

Actor/actora

Tipo de pensión

Entidad accionada

Decisiones de instancia

Primera

T-2890032

Wilson Arturo Acosta Rodríguez

Invalidez

Pensiones y Cesantías Protección S. A.

Negó

T-2891206

Rodrigo Álvarez Tarazona

Sobrevivientes

ISS

Concedió

Revocó

T-2891843

Juan Pablo Guzmán Vásquez

Sobrevivientes

Secretaría de Educación de Medellín

Negó

Confirmó

T-2943126

Francisco Gustavo Posada Gómez

Invalidez

ISS

Negó

Confirmó

T-2949871

Mary Yency Bernal Torres

Invalidez

ISS

Concedió

T-2957396

Efraín Villalba Ariza

Invalidez

Pensiones y Cesantías BBVA

Negó

E. DOCUMENTOS ALLEGADOS EN SEDE DE REVISIÓN.

Expediente T-2949871.

Mediante informe de abril 27 de 2011, por medio de la Secretaría General de esta corporación se allegó el oficio N° 0035 de enero 20 de 2011, emitido por el Juez 4° Civil del Circuito de Bucaramanga, quien solicitó a esta Corte “emitir un pronunciamiento definitivo y vinculante... que permita aplicar un criterio unificado en los casos que presentan similares supuestos de hecho, en donde se solicite el reconocimiento de una pensión de invalidez que haya sido estructurada con anterioridad al 1° de julio de 2009”.

Lo anterior lo explica en que el ISS ha venido sustentando una posición contraria al criterio jurisprudencial expresado por este tribunal constitucional y continúa dando aplicación al requisito de la “fidelidad al sistema”, apartándose del principio de progresividad. Expresó por último, que en este tipo de casos el ISS promueve acciones de tipo disciplinario y fiscal contra los jueces de instancia que aplican el precedente.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar las actuaciones referidas, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Segunda. El asunto objeto de análisis.

En tal medida, se debe estudiar si el requisito de “fidelidad” establecido en las Leyes 797 y 860 de 2003, es exigible frente a situaciones causadas antes de ser dictadas las sentencias C-428 de julio 1º y C-556 de agosto 20, ambas de 2009.

Para ello, se abordarán los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la seguridad social, su protección por medio de la acción de tutela y la procedencia de ésta para reclamar pensiones de invalidez y de sobrevivientes; (ii) el carácter vinculante del precedente constitucional; y (iii) el principio de progresividad en materia de seguridad social. Con estas bases, serán decididos los casos concretos.

Tercera. El derecho fundamental a la seguridad social, su protección por vía de tutela y la procedencia de ésta para reclamar pensiones de invalidez y de sobrevivencia. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Basado en principios de solidaridad, igualdad y universalidad, el derecho a la seguridad social adquirió mayor desarrollo hacia la segunda mitad del Siglo XX. A partir de entonces,

con la positiva evolución que ha tenido el concepto, emergió su reconocimiento a nivel internacional como un derecho humano, de manera tal, que la seguridad social tiene cabida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>5</sup>, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup>, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>7</sup>, y en el Protocolo sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)<sup>8</sup>.

Igualmente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Conferencia N° 89 de 2001, llegó a la siguiente conclusión (no se encuentra en negrilla en el texto original): “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social.”<sup>9</sup>

3.2. Se colige entonces, que internacionalmente existe un reconocimiento actual de la seguridad social como un derecho fundamental, sin embargo, no siempre fue así.

Inicialmente, los derechos se clasificaron en razón a los procesos históricos que les dieron origen en, de un lado, (i) los llamados Derechos Civiles y Políticos, que buscaban principalmente proteger al individuo su autonomía y libertades, estableciendo obligaciones negativas a los Estados (no detener a una persona arbitrariamente), por dicho carácter negativo se entendió que estos derechos eran totalmente justiciables y exigibles, por ende, fundamentales. De otro lado, (ii) los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se enmarca la seguridad social, que apuntaban a la protección de la sociedad frente a ciertas necesidades y contingencias de la vida humana e imponían a los Estados obligaciones positivas, o de hacer, (establecer la prestación del servicio de salud para todos los habitantes), implicando estos, entre muchas otras acciones, la asignación de partidas presupuestales para su realización, condición que les situó como derechos prestacionales, programáticos, no justiciables ni exigibles, en consecuencia, no fundamentales.

Así, en principio se sostuvo la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de los derechos sociales, por no ser ellos fundamentales; sin embargo, la Corte Constitucional colombiana reconoció que la rigidez de la clasificación presentaba dificultades y, por ello, estableció excepciones para la procedencia cuando se trataba de proteger esos

derechos, pues “podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó ‘tesis de la conexidad’<sup>10</sup>”<sup>11</sup>. Con todo, el patrón que definía el carácter fundamental de un derecho era el tipo de obligación que imponía al Estado y su clasificación como de “primera” o “segunda” generación.

No obstante, como se viene repitiendo en la doctrina y la jurisprudencia nacional<sup>12</sup> e internacional, a través de un estudio más profundo sobre la diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, se ha indicado que las obligaciones positivas y negativas se pueden encontrar en cualquier tipo de derecho, sin importar en cual categoría se sitúe<sup>13</sup>; “podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tienen un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones de cada derecho llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.” <sup>14</sup>

3.3. Bajo esa línea argumentativa, la Corte Constitucional ha venido aceptando que el carácter fundamental de un derecho lo otorga su consagración en la Constitución Política, debido a que todos los allí consignados son fruto del desarrollo de los principios y valores en que se funda este Estado Social de Derecho<sup>15</sup>, razón por la cual la distinción que otrora se realizó hoy resulta inocua.

Al ser los derechos constitucionales, fundamentales, se hacen exigibles en diferente grado y manera, a través de diferentes mecanismos<sup>16</sup>, debido a que su estatus superior los hace ineludiblemente objeto de la formulación de las políticas públicas de cada Estado.

3.4. Empero, una cosa es el carácter fundamental de los derechos, y otra, que todos ellos hagan proceder la acción de tutela directamente, pues como refiere la cita precedente, cada derecho tomará su lugar, en este caso su exigibilidad, según el peso en mayor o menor grado de obligaciones positivas y negativas que imponga al Estado.

El derecho a la seguridad social tiene un fuerte contenido de obligaciones positivas, que crean para el Estado la necesidad de realizar importantes erogaciones presupuestales, con el fin de ponerlo en marcha y promover, facilitar y extender su cobertura, “esto supone que

algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan”.<sup>17</sup>

Así, el artículo 48 de la Constitución instituyó la obligatoriedad del servicio público de la seguridad social, mandato desarrollado ampliamente en la Ley 100 de 1993 y en las disposiciones que la complementan y reforman, estableciéndose en esa preceptiva las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a ellas.

En este entendido, creada legal y reglamentariamente la estructura básica del sistema de seguridad social y determinadas las diferentes facetas que desarrollan dicho derecho, se entiende que su protección por vía de tutela no se contrae a la revisión de los requisitos generales de procedibilidad de este mecanismo constitucional, ya que, regulada, “la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”<sup>18</sup>.

3.5. En concordancia con el artículo 86 superior, la acción de tutela es una vía judicial que tiene toda persona para procurar la protección de sus derechos fundamentales, la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Siendo más específica, respecto del pago de prestaciones económicas pensionales por tal vía, esta Corte ha desarrollado amplia jurisprudencia, dentro de la cual aparecen las siguientes reglas para la procedencia:

i. Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada<sup>19</sup>”.

La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, ya sea como mecanismo transitorio o no<sup>20</sup>, pues existen casos en que los medios ordinarios de defensa pueden resultar insuficientes, especialmente frente al

estado de indefensión de algunas personas, en circunstancias de debilidad manifiesta, que no poseen otros medios de subsistencia diferentes a la pensión.

i. Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que conlleve la inminente afectación a derechos fundamentales.

Tratándose del reconocimiento de una pensión de invalidez, esta corporación insistentemente ha reiterado que el perjuicio irremediable y la afectación al mínimo vital se presumen; lo anterior, porque cuando una persona que se encontraba trabajando sufre una pérdida de su capacidad laboral, por enfermedad o accidente, es entendible que sus ingresos se reducen consecuentemente, en la medida en que la actividad laboral dejada de realizar era su medio de subsistencia<sup>21</sup>.

A su vez, cuando está en juego el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, cabe resaltar que la evaluación del perjuicio irremediable no es un ejercicio genérico, sino que es necesario consultar las particularidades de cada caso específico, teniendo en cuenta factores como la edad (niñez o senectud) u otra situación de ostensible debilidad, porque tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe interpretarse en forma más amplia y desde una doble perspectiva: “de un lado, es preciso tomar en consideración las características globales de un grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada.”<sup>22</sup>

i. Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud<sup>23</sup>.

i. Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue

negado<sup>24</sup>.

Estipulado lo precedente, el juez constitucional siempre debe efectuar un estudio de procedencia, que estrictamente mantendrá racionalidad con las reglas ya señaladas. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, está muy lejos de ser absoluta.

3.5. Finalmente, reafírmese que la seguridad social no es un simple derecho prestacional o programático, sino que es además el resultado de la idea de progreso universal de las sociedades y del desarrollo internacional de valores jurídicos de gran trascendencia, como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad, todos ellos presentes en nuestra carta política.

Cuarta. El carácter vinculante del precedente constitucional.

4.1. En reiteradas ocasiones<sup>25</sup>, la Corte ha reconocido el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho, que tienen sus sentencias de constitucionalidad, reconocimiento que si bien, en un principio, no fue tan claro<sup>26</sup>, hoy en día es irrefutable. Se ha entendido que el precedente constitucional, justificado en los principios de primacía de la Constitución, de igualdad, de confianza legítima y de debido proceso, entre otros, es indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia de los sistemas jurídicos.

Por ello, el artículo 243 superior dispone: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

Esa declaración normativa de cosa juzgada, tiene implicaciones que se resumieron así en la sentencia C-131 de 1993, ya citada:

“- Tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes.

- Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

- Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar

nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional -art. 243 CP-.

- Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexecuibilidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta... ..

- Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material a las sentencias de la Corte Constitucional.”

Reafirmando la obligatoriedad de las sentencias de control constitucional, el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, estatuyó: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.”

4.2. Ahora bien, tratándose de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en una Sala de Revisión de Tutelas, es claro que dichos fallos tiene efectos inter partes. Empero, también se ha precisado reiteradamente “que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia<sup>27</sup>”.<sup>28</sup>

En la sentencia T-260 de junio 29 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte explicó:

“Las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.

... ..

El objetivo primordial de la revisión eventual, mucho más allá de la resolución específica del caso escogido, es el análisis de fondo sobre la manera como se ha interpretado y aplicado por los jueces la preceptiva constitucional y la definición que hace la Corte, en el plano doctrinal, acerca de cómo debe entenderse y aplicarse en casos posteriores en los que surja el mismo debate, a propósito de hechos o circunstancias regidas por idénticos preceptos.”

Resaltando la fuerza vinculante de la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, esta corporación en fallo T-292 de abril 6 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, resaltó:

“El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas<sup>29</sup>. ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima<sup>30</sup>.

La razón del valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, es como se dijo, asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica. Precisamente, sobre el tema ya se había pronunciado también la sentencia C-104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que se comentó que con respecto al acceso a la justicia, el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que ‘acceder’ igualitariamente ante los jueces implica, ‘no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares’.

Por las razones anteriores, puede concluirse que en materia de tutela, - cuyos efectos ínter partes eventualmente pueden llegar a hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión

constitucional<sup>31</sup> -, la ratio decidendi sí constituye un precedente vinculante para las autoridades<sup>32</sup>. La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de 'homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales'<sup>33</sup> a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P). En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable."

De tal manera, mientras los efectos inter partes proyectan entre los involucrados en la acción la aplicación cabal de lo dispuesto en la parte resolutive de la providencia, la ratio decidendi constituye un precedente constitucional que, por regla general, ha de ser observado por todas las autoridades y por la comunidad, so pena de contrariar la Constitución.

Quinta. Principio de progresividad en materia de seguridad social y requisito de fidelidad al sistema. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. El principio de progresividad, definido como una carga impuesta al Estado por la Constitución Política y por diferentes instrumentos internacionales, consiste en propender hacia reformas cada vez más incluyentes y que amplíen los niveles de cobertura y calidad de la seguridad social en el país, por lo cual, en virtud de dicho principio, no pueden disminuirse derechos ganados en materia de seguridad social.

Bajo ese tamiz, esta corporación estudió, las modificaciones incluidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, y por los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que introdujeron en el Sistema General de Pensiones, entre otros, el requisito de "fidelidad al sistema" para el reconocimiento de pensiones de invalidez (20%) y de sobrevivientes (25%), con el fin de promover la cultura de afiliación y desestimular el fraude.

5.2. Del estudio referido surgieron las sentencias C-428 de julio 1° de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo y C-556 de agosto 20 de 2009, con ponencia de quien ahora cumple igual función, que en su momento declararon la inexecutable del requisito de "fidelidad al sistema".

De la C-428 de 2009, se extrae que:

“El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma.

... ..

Lo anterior permite apreciar como este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del anterior caso analizado, respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad.” (No está en negrilla en el texto original.)

Igualmente, en la C-556 de 2009, se reiteró que los literales acusados aumentaron las exigencias de la Ley 100 de 1993, concluyendo que la exigencia de la llamada “fidelidad al sistema”, debía ser retirada del ordenamiento jurídico al constituir una medida regresiva para el derecho a la seguridad social, cuya justificación no superó la racionalidad y la proporcionalidad exigidas para superar la presunción de regresividad, “puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios”.

5.3. Como se desprende de lo reseñado, en ambas sentencias se estableció que el requisito

de “fidelidad al sistema” constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, pues disminuye la posibilidad de los afiliados de obtener la prestación, sin justificación jurídica para que se efectuara tal enmienda negativa, lo cual evidenció su contrariedad con la Constitución.

Así, según lo explicado en el acápite anterior de esta providencia, los fallos C-428 y C-556 de 2009 generaron cosa juzgada material, lo que significa, entre otros aspectos, que:

- \* Tienen efectos erga omnes.
- \* Son de obligatorio cumplimiento para todos los fondos administradores de pensiones, públicos o privados, en cualquiera de los dos regímenes.
- \* Aplican para todas las solicitudes que se presenten con posterioridad.
- \* Todos los jueces, autoridades y particulares quedan obligados a aplicar los contenidos materiales de dichas sentencias; en especial, su parte resolutive, es decir, a asumir la inexecutable del requisito en estudio.

5.4. Ahora bien, ¿qué sucede con las solicitudes de pensiones en las cuales la fecha en que surgieron los derechos pensionales es anterior a esos fallos?

Para dar solución a este interrogante, acúdase a lo anteriormente explicado sobre la fuerza vinculante de las sentencias dictadas por Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, cuya ratio decidendi constituye precedente constitucional, que debe observarse al atender casos equivalentes.

Recuérdese también que en muchas ocasiones<sup>34</sup> se aplicó la excepción de inconstitucionalidad al requisito de “fidelidad al sistema”, precisamente por transgredir el artículo 48 superior que consagra el principio de progresividad<sup>35</sup>.

Uno de múltiples ejemplos que se puede citar, es la sentencia T-221 de marzo 23 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, donde la Corte señaló: "... se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que 'es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población'<sup>36</sup>, en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad."

Así, alegar que no se puede dar aplicación a las sentencias C-428 y C-556 de 2009, en los eventos en que el hecho generador del derecho pensional ocurrió antes de julio 1° o agosto 20 de 2009, según el caso, no es jurídicamente válido, debido a que el requisito siempre fue considerado inconstitucional y por ello fue inaplicado, pues contrariaba ostensiblemente el principio de progresividad que rige todo el Sistema General de Seguridad Social, al consagrar reformas que disminuían derechos ganados<sup>37</sup>, sin justificación para ello. Además, admitir dicha opción sería actuar en flagrante contraposición con los principios de igualdad y favorabilidad estatuidos en la preceptiva nacional e internacional.

Sintetizando, el precedente constitucional en estos casos obliga a que:

(i) En todo tiempo, deviene inadmisibles exigir la "fidelidad", tanto para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes como de pensiones de invalidez.

(ii) No pueden seguir excusándose las administradoras de fondos de pensiones en que el hecho generador del derecho pensional sea anterior a esos fallos de constitucionalidad, pues el carácter vinculante de la ratio decidendi de las decisiones de tutela se los impide.

Sexta. Análisis de los casos concretos.

A partir de los elementos constitucionales, legales, jurisprudenciales y fácticos planteados en precedencia, la Corte debe analizar si la actuación de los entes demandados en los asuntos

de la referencia, resultó violatoria de los derechos al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y de petición de las personas accionantes.

6.1. Inicialmente, se realizará el estudio de la procedencia de las acciones de tutela, en conjunto, pero sin desatender las circunstancias de cada caso.

## Cuadro 2. Pensiones de Invalidez

Exp.

Actor/actora

Porcentaje de PCL

Semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración.

Fecha de Estructuración

T-2890032

Wilson Arturo Acosta Rodríguez

59.39%

51.99

Marzo 18 de 2009

T-2943126

Francisco Gustavo Posada Gómez

71.47%

148

Junio 7 de 2007

T-2949871

Mary Yency Bernal Torres

66%

54

Septiembre 16 de 2008

Efraín Villalba Ariza

75.10%

135.71

Marzo 10 de 2008

Cuadro 3. Pensiones de Sobrevivientes

Exp.

Actor/actora

Tipo de Pensión

Edad

Entidad Accionada

T-2891206

Rodrigo Álvarez Tarazona

Sobrevivientes

73

ISS

T-2891843

Evidentemente, todos los actores relacionados en el cuadro 2 son sujetos de especial protección, a raíz de su discapacidad para trabajar, antes referida, pues “la condición de disminuido físico, sensorial o psíquico – que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta”<sup>38</sup>.

Así mismo, según lo expuesto, frente a los solicitantes de una pensión de invalidez se presume la generación de un perjuicio irremediable, al afectarse el mínimo vital, en razón de la discapacidad para trabajar, resultando obvia la precariedad de sus medios de subsistencia.

Aunado a tal presunción, obran las siguientes afirmaciones no rebatidas, que dilucidan cualquier duda sobre la real amenaza en que se encuentran estas personas: Wilson Arturo Acosta Rodríguez sostenía con su trabajo a su compañera permanente y a sus 2 hijos, uno de ellos menor de edad; Francisco Gustavo Posada Gómez, de 66 años, actualmente vive de “la caridad humana y de lo que le colaboran los vecinos”<sup>39</sup>; Mary Yency Bernal Torres, de 52 años, es viuda por la violencia y su trabajo era la única fuente de ingresos; y Efraín Villalba Ariza se encuentra en grave estado de salud, careciendo de medios económicos alternativos a la pensión.

De otra parte, para evaluar el perjuicio irremediable en que se hallan Rodrigo Álvarez Tarazona y Juan Pablo Guzmán Vásquez, solicitantes de la pensión de sobrevivientes, se observa que el primero es persona de la tercera edad (73 años), que por ello merece especial protección; y el segundo, de 22 años de edad, está estudiando y dependía económicamente de su fallecida madre.

Debido a esas situaciones, los medios ordinarios de defensa judicial a los que se podría acudir en los casos concretos resultarían ineficaces, ya que la protección llegaría demasiado tarde, extendiéndose la conculcación a los derechos fundamentales de los afectados, resultando así palmaria la procedencia de la acción de tutela.

6.2. Entrando al fondo de cada asunto bajo revisión, esta Sala determinará si se cumplieron los requisitos normativa y jurisprudencialmente previstos<sup>40</sup>.

Cuadro 4: Requisito de las 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores al hecho generador del derecho pensional:

Exp.

Actor/actora

Fecha del surgimiento del derecho

T-2890032

Wilson Arturo Acosta Rodríguez

Marzo 18 de 2009

51.99

T-2891206

Rodrigo Álvarez Tarazona

Agosto 4 de 2004

149

T-2891843

Juan Pablo Guzmán Vásquez

Enero 4 de 2007

115

T-2943126

Francisco Gustavo Posada Gómez

Junio 7 de 2007

148

T-2949871

Mary Yency Bernal Torres

Septiembre 16 de 2008

54

T-2957396

Efraín Villalba Ariza

Marzo 19 de 2007

135.71

Entonces, en primer lugar, se aprecia que todos los solicitantes de la pensión de invalidez tienen un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% (cuadro 2), y que cuentan con 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (cuadro 4).

En segundo término, respecto de los solicitantes de la pensión de sobrevivientes, se tiene que al momento del fallecimiento de las causantes, contaban con las semanas exigidas legal y constitucionalmente (cuadro 4).

6.3. Por ello, se concluye que los fondos de pensiones que en cada caso negaron las pensiones respectivas, lo hicieron en forma errada, vulnerando los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de los solicitantes; en consecuencia, previa revocatoria o variación, según el caso, del correspondiente fallo de instancia, se resolverá:

Expediente T-2890032.

Conceder el amparo de los referidos derechos fundamentales de Wilson Arturo Acosta Rodríguez, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, Pensiones y Cesantías Protección S. A., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, cubriendo todo lo causado desde marzo 18 de 2009, fecha de estructuración.

Expediente T-2891206.

Conceder el amparo de los referidos derechos fundamentales de Rodrigo Álvarez Tarazona, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Santander, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de sobrevivientes, originada en la muerte de su esposa Cecilia Mantilla Lizcano, cubriendo todo lo causado a partir de septiembre 28 de 2004, fecha del fallecimiento, en las mesadas frente a las cuales todavía no haya operado la prescripción y siempre que no medie reclamación de alguien con mejor derecho, pudiendo compensarse lo que se hubiere pagado como indemnización sustitutiva (fs. 7 y 103 cd. inicial respectivo).

Expediente T-2891843.

Conceder el amparo de los referidos derechos fundamentales de Juan Pablo Guzmán Vásquez, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, la Secretaría de Educación del municipio de Medellín, por conducto del respectivo Secretario o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de sobrevivientes, originada en la muerte de su madre Astrid Vásquez Serna, cubriendo todo lo causado a partir de enero 2 de 2007, fecha del

fallecimiento, en lo que no haya prescrito y siempre que no medie reclamación de alguien con igual derecho.

Expediente T-2943126.

Conceder el amparo de los referidos derechos fundamentales de Francisco Gustavo Posada Gómez, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Risaralda, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, cubriendo todo lo causado a partir de junio 7 de 2007, fecha de estructuración, excluyendo lo que esté prescrito.

Expediente T-2949871.

Mantener la protección otorgada a los referidos derechos fundamentales, en la sentencia de diciembre 16 de 2010, proferida por el Juez 4° Civil del Circuito de Bucaramanga, a Mary Yency Bernal Torres. Sin embargo, se modificará la parte resolutive para ordenar directamente al ISS, seccional Santander, reconocer y empezar a pagar la pensión de invalidez, cubriendo todo lo causado a partir de septiembre 16 de 2008, fecha de estructuración, en lo que no se encuentre prescrito.

Expediente T-2957396.

Conceder el amparo de los derechos fundamentales de Efraín Villalba Ariza, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, cubriendo todo lo causado a partir de marzo 10 de 2007, fecha de estructuración, en las mesadas frente a las cuales todavía no haya operado la prescripción.

6.4. De otra parte, se dispondrá advertir a todas las Entidades Administradoras de Pensiones, adscritas al Sistema General de Seguridad Social en cualquiera de los dos regímenes, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el requisito de “fidelidad al sistema” ha sido desde siempre contrario a la Constitución Política de Colombia, lo cual implica que no puede ser exigido, ni siquiera en situaciones configuradas antes de la expedición de las

sentencias C-428 de julio 1° de 2009 y C-556 de agosto 20 del mismo año, según la que sea aplicable a cada caso.

Así mismo, se pedirá al Ministerio de la Protección Social y a las Superintendencias Financiera y de Salud, que instruyan, vigilen e investiguen al ISS y a las Entidades Administradoras de Fondos de Pensiones, en procura de que no incumplan lo dispuesto frente a la inaplicabilidad de la “fidelidad al sistema”.

Igualmente, se solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que difunda por el medio más expedito esta sentencia, al igual que las dos de constitucionalidad recién citadas y las demás que constituyen la línea jurisprudencial en la materia, en lo pertinente para cada situación, a todos los despachos judiciales de la Nación, para que eviten que por la exigencia del supuesto requisito de “fidelidad al sistema”, se vuelva a desconocer la pensión en cualquiera de sus modalidades a quienes hayan adquirido el derecho correspondiente.

### III. DECISIÓN.

#### RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo dictado en octubre 25 de 2010, por el Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá, denegatorio de la tutela pedida por Wilson Arturo Acosta Rodríguez, contra Protección Pensiones y Cesantías S. A..

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de Wilson Arturo Acosta Rodríguez, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, Pensiones y Cesantías Protección S. A., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, cubriendo todo lo causado desde marzo 18 de 2009, fecha de estructuración.

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida en octubre 20 de 2010, por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la dictada en septiembre 6 del mismo año por el Tribunal Superior de Cúcuta, que había concedido la tutela pedida por Rodrigo Álvarez Tarazona contra el ISS, seccional Santander.

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de Rodrigo Álvarez Tarazona, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Santander, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de sobrevivientes, originada en la muerte de su esposa Cecilia Mantilla Lizcano, cubriendo todo lo causado a partir de septiembre 28 de 2004, fecha del fallecimiento, en las mesadas frente a las cuales todavía no haya operado la prescripción y siempre que no medie reclamación de alguien con mejor derecho, pudiendo compensarse lo que se hubiere pagado como indemnización sustitutiva.

Tercero. REVOCAR el fallo proferido en septiembre 8 de 2010 por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín, que confirmó el dictado por el Juzgado 35 Penal Municipal de la misma ciudad, en junio 8 de dicho año, que denegó la tutela pedida por Juan Pablo Guzmán Vásquez contra la Secretaría de Educación de Medellín.

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de Juan Pablo Guzmán Vásquez, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, la Secretaría de Educación del municipio de Medellín, por conducto del respectivo Secretario o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de sobrevivientes, originada en la muerte de su mamá Astrid Vásquez Serna, cubriendo todo lo causado a partir de enero 2 de 2007, fecha del fallecimiento, en lo que no haya prescrito y siempre que no medie reclamación de alguien con igual derecho.

Cuarto. REVOCAR el fallo proferido en enero 13 de 2011, por el Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral, confirmatorio del dictado por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, en noviembre 19 de 2010, que denegó la tutela pedida por Francisco Gustavo Posada Gómez, contra el ISS, seccional Risaralda.

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de Francisco Gustavo Posada Gómez, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Risaralda, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, cubriendo todo lo

causado a partir de junio 7 de 2007, fecha de estructuración, excluyendo lo que esté prescrito.

Quinto. MODIFICAR la sentencia proferida en diciembre 16 de 2010, por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Bucaramanga, que concedió la protección a los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de Mary Yency Bernal Torres, contra el ISS, seccional Santander, en el sentido de mantener el amparo otorgado a la accionante, pero ordenando adicionalmente al ISS, seccional Santander, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, a partir de septiembre 16 de 2008, fecha de estructuración, en lo que no se encuentre prescrito.

Sexto. REVOCAR el fallo proferido en diciembre 21 de 2010, por el Juzgado 5° Penal Municipal de Depuración de Bucaramanga, que negó la tutela pedida por Efraín Villalba Ariza contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la igualdad y el mínimo vital de Efraín Villalba Ariza, disponiendo que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, le reconozca y empiece a pagar su pensión de invalidez, cubriendo todo lo causado a partir de marzo 10 de 2007, fecha de estructuración, en las mesadas frente a las cuales todavía no haya operado la prescripción.

Séptimo. ADVERTIR a todas las Entidades Administradoras de Pensiones, adscritas al Sistema General de Seguridad Social en cualquiera de los dos regímenes, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el requisito de “fidelidad al sistema” no puede ser exigido en ningún caso.

Octavo. PEDIR al Ministerio de la Protección Social y a las Superintendencias Financiera y de Salud, que instruyan, vigilen e investiguen, si es del caso, al ISS y a las Entidades Administradoras de Fondos de Pensiones, en procura de que no incumplan lo dispuesto frente a la inaplicabilidad de la “fidelidad al sistema”.

Noveno. SOLICITAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que difunda por el medio más expedito posible esta sentencia, al igual que las dos de constitucionalidad recién citadas y las demás que constituyen la línea jurisprudencial en la materia, en lo pertinente para cada situación, a todos los despachos judiciales de la Nación, para que eviten que por la exigencia del supuesto requisito de “fidelidad al sistema”, se vuelva a desconocer la pensión en cualquiera de sus modalidades a quienes hayan adquirido el derecho correspondiente.

Décimo. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-453/11

Referencia: expedientes T-2890032, T-2891206, T-2891843, T-2943126, T-2949871 y

T-2957396, acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Wilson Arturo Acosta Rodríguez contra Pensiones y Cesantías Protección S. A. (expediente T-2890032); Rodrigo Álvarez Tarazona contra el Instituto de Seguros Sociales y otro (expediente T-2891206); Juan Pablo Guzmán Vásquez contra la Secretaría de Educación de Medellín y otros (expediente T-2891843); Francisco Gustavo Posada Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2943126); Mary Yency Bernal Torres contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2949871); y Efraín Villalba Ariza contra Pensiones y Cesantías BBVA (expediente T-2957396).

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Con el respeto acostumbrado haré una relación sucinta de las particularidades del caso y de la sentencia en cuestión para, de manera subsiguiente, referir las razones que justifican mi suscripción de un salvamento de voto en relación con la sentencia precitada.

i. Contenido de la sentencia.

Mediante la providencia en mención es resuelto un número plural de solicitudes de reconocimiento pensional, unas de pensión de invalidez y otras de pensión de sobrevivientes, presentadas por varias personas a quienes las entidades encargadas les negaron dichas prestaciones por falta del requisito de fidelidad al sistema, declarado inexequible mediante sentencias C-428 y C-556 de 2009. Concretamente, las entidades demandadas alegaban que la prestación reclamada, en cada uno de los casos, fue causada con anterioridad a la expedición de las mencionadas sentencias, razón por la cual era exigible el cumplimiento del requisito de inmediatez en la totalidad de las tutelas.

Para la solución de esas controversias se hizo referencia, naturalmente, al contenido de

ambas sentencias de constitucionalidad y se recalcó que previa su promulgación ya la Corte excepcionaba ese requisito por su inconstitucionalidad, razón por la cual la denegación de estas prestaciones constituyó, en esa medida, una violación del precedente jurisprudencial de esta Corte en materia en tutela. Finalmente, se ordenó el reconocimiento de las todas las prestaciones reclamadas en este caso.

i. El reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en beneficio de un(a) cónyuge o compañero(a) permanente está condicionado al requisito de la convivencia.

El reconocimiento de solicitudes pensionales a través de esta acción constitucional está sujeto a un primer condicionamiento, consistente en la urgencia de la intervención del juez constitucional debido a la inexistencia o ineficacia de un medio de defensa judicial, o la previsible configuración de un perjuicio grave, inminente y cierto a los derechos fundamentales en juego.

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del

causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

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.”<sup>42</sup>

Así las cosas, tratándose de una pensión de sobrevivientes en beneficio de una persona que alega la condición de hijo o hija, corresponde demostrar la minoría de edad; la invalidez; o la calidad de estudiante, cuando se trata de un mayor de edad que no supera los 25 años; mientras que quien aduce el estatus marital,” deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.”<sup>43</sup>

La resolución de una solicitud pensional requiere, entonces, la determinación de la procedibilidad de la tutela, en primer lugar, y el cumplimiento de los presupuestos específicos para la viabilidad de la pensión, como un segundo supuesto.

En el particular, en la mayoría de los casos eran palmarias las razones para la concesión del amparo, debido a que se constató que se trataba de sujetos susceptibles de especial protección constitucional; fue acreditada la calificación respectiva de la pérdida de la capacidad laboral; y la condición de hijo, menor de 25 años y estudiante, en el caso de una de las solicitudes de pensión de sobreviviente objeto de revisión; así como, de forma correlativa, se descartó la exigencia del requisito de inmediatez, dada su declaratoria de inconstitucionalidad mediante las sentencias precitadas y con base en una sólida línea jurisprudencial precedente.

Sin embargo, al valorarse uno de los expedientes sujetos a revisión, el que motiva a la suscripción de un salvamento parcial de voto, se omitió la verificación de un

condicionamiento esencial para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes: la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento; no obstante lo cual se concedió la tutela.

En términos puntuales, en el aparte del caso concreto en el que se estudió la solicitud contenida en el expediente el expediente T-2891206, se sostuvo:

“1. Rodrigo Álvarez Tarazona, de 73 años de edad, solicitó al ISS, seccional Santander, el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en septiembre 28 de 2004, a raíz del fallecimiento de su compañera permanente Cecilia Mantilla Lizcano, ocurrido en agosto 4 de 2004.

2. Dicha entidad negó el reconocimiento de la pensión solicitada, aduciendo incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, literales a) y b). Expresó, en la Resolución N° 05935 de 2005 (f. 7 cd. inicial respectivo), que “se estableció que el(a) asegurado(a) cotizó a este Instituto 149 semanas en los últimos 3 años anteriores al momento del fallecimiento, y que acreditó un 8.67% de fidelidad de cotización al sistema al haber cotizado 188 semanas entre el 13 enero de 1963, fecha en la que cumplió 20 años de edad y la fecha de la muerte”.

3. Argumentó que es una persona de la tercera edad, merecedora de especial protección por parte del Estado, y que, ante la expedición de la sentencia C-556 de agosto 20 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se le debe proteger sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social. Por lo anterior, solicitó se ordene el pago de la pensión de sobrevivientes, transitoriamente.”

Nótese la falta de cualquier consideración en relación con el requisito de la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante. Esa desatención es inadmisibles vista de que, se insiste, el reconocimiento de una prestación pensional no sólo demanda la observancia de los presupuestos construidos jurisprudencialmente para la procedencia de la acción de tutela frente a solicitudes prestacionales, sino además, la acreditación de los requisitos propios de cada trámite, en este caso, la verificación de la convivencia entre la pareja. Desconocer esa exigencia representa un innegable error metodológico y, en mayor medida, el incumplimiento de una ineludible previsión legal. En consecuencia, salvo mi voto por el otorgamiento del amparo particularmente en relación con

la solicitud de tutela contenida en el expediente T-2891206, mas no por el resto de los revisados.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Fue arrollado por un vehículo, teniendo como consecuencia “politraumatismos importantes a nivel cráneo encefálico” (f. 2 cd. inicial respectivo).

2 F. 4 cd. inicial respectivo.

3 Fueron anexados los siguientes documentos: certificación de ingresos del señor Gabriel Eduardo Guzmán Boom padre del accionante, hoja de revisión de la pensión de sobrevivientes, registro civil de defunción de la señora Astrid Vásquez Serna, y Decreto N° 2831 del Ministerio de Educación (fs. 36 a 44 ib.).

4“La seguridad social, para Jambu-Merlin, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, la Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento británico... es, en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” Carrillo Prieto, Ignacio. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Universidad Autónoma de México.

México, 1981. Pág. 27.

5 Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

7 Art. 16: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

8 Art. 9º: “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

8 Seguridad Social. Un nuevo Consenso. Conferencia N° 89 de la OIT. 2002.

10 Posición planteada desde la sentencia T-406 de junio 5 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

11 T-122 de febrero 18 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Cfr. T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda; T-122 de febrero 18 de 2010, T-016 enero 22 de 2007 y T-585 de junio 12 de 2008, en las anteriores M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

13 Se evidencian obligaciones prestacionales de los Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, la protección del derecho a la libertad de opinión, prensa e información (art. 20 superior) conlleva el establecimiento de diferentes organismos y sistemas reguladores, por ejemplo la

Comisión Nacional de Televisión, que a su vez, implica la asignación de recursos para su creación y sostenimiento. Así mismo, existen facetas negativas desprendidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la prohibición a los Estados de realizar reformas regresivas a la seguridad social.

14 Abramovich, Víctor. Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Edit. Trotta S. A, Madrid, 2002. Pág. 37.

15 Ib. “La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.”

16 Este es un tema de gran amplitud que no se tratará en la presente sentencia; sin embargo, cuando se hace referencia a acciones, ha de aclararse que no sólo se trata de acciones ante la Rama Judicial, sino también a aquellas adelantadas ante y por las restantes ramas del poder público.

17 T- 122 de 2010, ya citada.

18 T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

19 “Sentencia T- 433 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.”

20 T-042 de febrero 2 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

21 Cfr. T-188 de marzo 17 de 2011, T-103 de febrero 23 de 2011, T-773 de septiembre 30 de 2010 y T-989 de diciembre 2 de 2010, en todas las anteriores, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-138 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1291 de diciembre 7 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-124 de marzo 29 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras.

22 T-1316 de diciembre 7 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

23 T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

24 T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería.

25 Cfr. C-131 de abril 1º 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-252 de febrero 28 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-310 de abril 30 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-335 de abril 18 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre muchas otras.

26 C-113 de marzo 25 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

27 "Ver al respecto, por ejemplo, las sentencias T-123 de 1995, T-260 de 1995 y T-175 de 1997."

28 T-566 de octubre 7 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 Nótese además, que tanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como el inciso 1º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen también esta fuerza vinculante. Dicho inciso 1º expresa claramente que son vinculantes los fallos de exequibilidad, tanto para las autoridades como para los particulares.

30 "Sobre estas consideraciones hará referencia el aparte e) de esta providencia. En todo caso, ver las sentencias T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-260 de 1995 (MP. José Gregorio Hernández); C-252 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); C-836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil), SU-047 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-698 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras."

31 "En el tema de los efectos extendidos de las sentencias de tutela, deben citarse, entre otras, las siguientes providencias: SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-203 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas) y T-726 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras. En la sentencia T-203 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se sostuvo que en virtud del artículo 241 de la Carta, la Corte Constitucional ejerce cuatro tipos de control constitucional: a) El control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley y tratados (artículo 21 numerales 1,4,5,7,8 y 10 C.P). b) El control por vía de revisión de las sentencias de tutela y que comprende el control constitucional de providencias judiciales; c) "el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP)" y d) el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, No 2 y 3, CP)<sup>31</sup>. Señaló la sentencia que se cita, que "los efectos son erga omnes y pro - futuro

cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela; son inter partes cuando aplica de manera preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados”. (Las subrayas fuera del original). De hecho en el Auto 071 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda) se dijo que cuando la Corte aplica la excepción de inconstitucionalidad y fija los efectos de sus providencias estos pueden extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares. Finalmente debe considerarse la sentencia SU-1023 de 2001, que estableció que en circunstancias muy especiales, con el fin de no discriminar entre tutelantes y no tutelantes que han visto violados sus derechos fundamentales, los efectos de la acción de tutela pueden extenderse inter comunis es decir, extenderse a una comunidad determinada por unas características específicas. En las sentencias SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-493 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda) igualmente, se estableció que los efectos de la sentencia de unificación serían inter comunis para madres cabeza de familia desvinculadas de Telecom.”

32 Ver, además, sentencia T-1625 de 2000 M.P. Martha Sáchica Méndez.

33 SU- 640 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 Cfr. T-974 de septiembre 23 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-1291 de diciembre 7° de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-221 de marzo 23 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-043 de febrero 1° de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-628 de agosto 15 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-699 A de septiembre 6° de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-1048 de diciembre 5 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-069 de enero 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-103 de febrero 8 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-104 de febrero 8 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-590 de junio 19 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-1040 de octubre 23 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-1036 de 23 de octubre de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre muchas otras.

35 Cfr. T-287 de marzo 28 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: “Por lo tanto, mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podrá inaplicar dicho artículo y

ordenar que se aplique la norma anterior más favorable de la Ley 100 de 1993 (artículo 39), cuando se constaten circunstancias de especial vulnerabilidad.”

36 C-038 de enero 27 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

37 Cfr. T-950 de noviembre 25 y T-989 de diciembre 2, ambas de 2010 y M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-609 de septiembre 2 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; entre otras.

38 T-144 de marzo 30 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

39 F. 4 cd. inicial respectivo.

40 Pensión de Sobrevivientes: “Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento... ..”.

Pensión de Invalidez: “Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma... ..”.

41 Artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

42 Artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

43 Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, literal a)