

Sentencia T-687/12

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Reiteración de jurisprudencia

SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público obligatorio

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Finalidad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Fundamental por su relación con la dignidad humana

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Ambito internacional

PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD EN EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Inaplicación de medidas regresivas

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Inaplicación cuando constituye medida regresiva en materia de seguridad social

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Constituye una medida regresiva para la protección del mínimo vital de los beneficiarios según sentencia C-556/09

ACCION DE TUTELA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes sin exigir requisito de fidelidad

Referencia: expediente T-3.446.642

Acción de Tutela instaurada por Mariela Esther Orellano de Arco en contra del Instituto de Seguros Sociales, Departamento de Atención al Pensionado, Seccional Atlántico.

Derechos Tutelados: Vida Digna, Seguridad Social, Igualdad y Mínimo Vital.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el dieciséis (16) de febrero de dos mil doce ( 2012), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que revocó la decisión de primera instancia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, en el trámite de la acción de tutela incoada por Mariela Esther Orellano de Arco contra el Instituto de Seguros Sociales, Departamento de Atención al Pensionado, Seccional Atlántico, en adelante ISS.

## 1. ANTECEDENTES

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

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

## 1. SOLICITUD

Mariela Esther Orellano de Arco, por medio de apoderado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital. En consecuencia, solicita se ordene al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la que asegura tener derecho a partir del 17 de marzo de 2004, fecha en que falleció su esposo, el señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz, según los hechos que a continuación se resumen:

## 1. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1. Señala la accionante que contrajo matrimonio con el señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz el 26 de febrero de 1977 y convivió con él desde esa fecha hasta el día 17 de marzo de 2004, fecha en la que falleció.

1. Manifiesta que el señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz, al momento de su muerte se encontraba afiliado al ISS en pensiones y alcanzó a cotizar un total de 252 semanas durante toda su vida laboral, de las cuales 55 fueron cotizadas dentro de los tres años anteriores a su

fallecimiento, es decir, entre el 17 de marzo de 2004 y el 17 de marzo de 2001.

1. Indica que presentó al ISS toda la documentación requerida para que se le reconociera y pagara la pensión de sobreviviente, por tener la calidad de cónyuge supérstite del señor Leonardo Alfonso de Arcos Díaz, desde la fecha de su fallecimiento (17 de marzo de 2004).

1. Añade que dentro de la misma resolución el ISS reconoció que ella cumplía con los requisitos para ser considerada como beneficiaria de la pensión del señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz.

1. Aduce que la razón que alegó la accionada para no otorgar la pensión de sobreviviente, fue que el causante no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

1. Relata que luego de ser negada la pensión, inició proceso ordinario laboral contra el ISS, el cual le correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, despacho que mediante fallo del 26 de febrero de 2008, resolvió a favor de la entidad accionada.

1. Añade que dicha sentencia fue conocida en grado de consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Circuito de Santa Marta, despacho que mediante fallo del 2 de julio de 2008 confirmó la decisión de primera instancia, aduciendo el incumplimiento del requisito de fidelidad.

1. Afirma la accionante que debido a que la Corte Constitucional declaró mediante Sentencia C-556 de 2009<sup>1</sup> inexecutable los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que establecía el requisito de fidelidad, presentó nueva reclamación administrativa ante la accionada, argumentando que la razón por la cual habían negado la solicitud hoy no tiene validez y que el número de semanas que había cotizado al sistema su esposo fallecido satisfacía plenamente los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

1. Indica que en la actualidad tiene 51 años de edad, se encuentra desempleada ya que se dedicó al hogar y dependía económicamente de los ingresos de su esposo para todas sus necesidades y, desde que él murió no tiene cómo cubrirlos.

1. Teniendo en cuenta lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, salud y seguridad social; en consecuencia, pide se ordene al ISS- Seccional Atlántico, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

## 1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta avocó el conocimiento de la acción y, mediante oficio del veintitrés (23) de octubre de dos mil once (2011), solicitó a la entidad tutelada, que en el término de tres (3) días, informara al Despacho todo lo relacionado con los hechos narrados por el tutelante.

El ISS, mediante oficio del 12 de diciembre de 2011, se pronunció sobre el asunto. Al respecto manifestó:

“Mediante Resolución No. 0973 del 27 de julio de 2005, fue resuelto el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0907 del 25 de febrero de 2005, confirmando en todas sus partes la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora.

Es de aclarar, que al ser desatados los recursos, queda plenamente agotada la vía gubernativa de conformidad a lo establecido en el artículo 62 y 63 del C.C.A.

En la parte motiva de la [Resolución No. 00973] que resuelve la apelación explica detalladamente la negativa al reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada, [al respecto señaló: “revisado el reporte de semanas expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nomina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el asegurado cotizó a este instituto 55 semanas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento y que acreditó un 16.68% de fidelidad de cotización al sistema de pensiones.”].

Es de aclarar, que la accionante de acuerdo con la pruebas documentales aportadas al despacho, instauró demanda ordinaria ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, la juez profirió sentencia negando el reconocimiento y pago de la pensión, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Laboral. En tal sentido, existe sentencia debidamente ejecutoriada con tránsito a cosa juzgada, por lo que no es procedente la Acción de Tutela para revivir una instancia judicial legalmente concluida.”

## 1. DECISIONES JUDICIALES

### 1. Sentencia de primera instancia – Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta.

En sentencia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta concedió la solicitud de amparo de los derechos invocados por la tutelante, por considerar que existía la configuración de un perjuicio irremediable que afectaba directamente el derecho fundamental al mínimo vital, perjuicio que era acreditado con el hecho de negarle a la accionante su derecho a recibir la pensión de sobrevivencia luego de acudir a la jurisdicción y agotar todos los mecanismos de la vía ordinaria. Lo anterior en virtud de la aplicación de una norma que desde un principio fue considerada como inconstitucional y regresiva en materia pensional.

De igual manera se afecta el derecho en comento porque la accionante no cuenta con los

recursos económicos suficientes para lograr su manutención efectiva, ya que se trata de una persona cuya vinculación a la fuerza productiva se torna más compleja debido a su edad, sin que ello sea visto como factor de discriminación.

## 1. Impugnación

La entidad accionada impugnó el fallo proferido por el Juez Constitucional de primera instancia. Al respecto señaló:

“ En mi calidad de Gerente Seccional Magdalena y de conformidad con las facultades administrativas delegadas a través de la Resolución número 631 de 2003, artículo 12 de manera respetuosa manifiesto al señor juez que impugnó el fallo de tutela proferido por ese despacho para que el superior revise la actuación de primera instancia.

Lo anterior lo hago con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes y pertinentes, en aras del derecho a la defensa y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Nacional a favor de la entidad accionada”.

## 1. Sentencia de segunda instancia – Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

En sentencia proferida el dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta revocó la decisión del a-quo, argumentando que el proceso ordinario adverso a las pretensiones de la tutelante se realizó con base en el sustento legal vigente, en la medida en que el requisito de fidelidad al sistema gozaba de plena validez jurídica. En ese orden de ideas, no cabe duda que no se trata de casos semejantes en donde deba aplicarse la fuerza vinculante del precedente constitucional traído a colación por la primera instancia, porque la aquí accionante fue vencida en un proceso ordinario, con fundamentos legales vigentes, aparejando la absolución del demandado y con ello, la firmeza del fallo. Pensar lo contrario es resquebrajar la seguridad jurídica y los principios de intangibilidad de las sentencias, con desmedro del orden jurídico y correlativa generación de desconfianza en los asociados.

## 1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Copia del registro civil de defunción del señor Leonardo Alfonso de Arcos Díaz (Folio 23, cuaderno No. 2).

1. Copia de la cedula de ciudadanía del señor Leonardo Alfonso de Arcos Díaz (Folio 24, Cuaderno No.2).

1. Copia de la cedula de ciudadanía y del carné de afiliación al régimen general de seguridad social en salud-régimen subsidiado de la señora Mariela Orellano de Arcos (Folio 22, cuaderno No. 2).

1. Copia del registro civil de nacimiento de la señora Mariela Orellano de Arcos (Folio 25, Cuaderno No 2).

2. Copia del registro civil de nacimiento del señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz (Folios 26, cuaderno No. 2).

1. Copia del registro civil de matrimonio de la señora Magdalena Orellano y el señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz (Folios 27, cuaderno No.2).

1. Copia de la Resolución No. 000907 de 2005, mediante la cual el ISS resolvió la solicitud de

pensión de sobrevivencia de la señora Mariela Orellano de Arcos (Folios 28-29, cuaderno No 2).

1. Copia del fallo de primera instancia (Proceso Ordinario) proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta (Folios 30-38, cuaderno No. 2).

1. Copia del fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en grado de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta (Folios 39-46, cuaderno No. 2).

1. Copia de la Apelación presentada por la accionante al ISS contra la Resolución 000907 de 2005 (Folio 49, cuaderno No. 2).

1. Copia de la Resolución 00973 de 2005, mediante la cual el ISS confirma la Resolución 000907, que a su vez negó la solicitud de pensión de sobreviviente a la señora Mariela Orellano de Arcos (Folios 50-57, cuaderno No. 2).

1. Copia del reporte de semanas cotizadas por el señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz al ISS (Folios 58-59, cuaderno No. 2).

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991.

## 1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo reseñado respecto de la situación fáctica planteada por la demandante y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer si en el caso en estudio el ISS desconoció los derechos fundamentales invocados por la actora por negarle el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; segundo, el principio de no regresividad en el derecho a la seguridad social; tercero, la pensión de sobrevivientes y el requisito de fidelidad al sistema y; cuarto, análisis del caso concreto.

### 1. EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

El artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

Una de las garantías de la seguridad social es la pensión de sobrevivientes, anteriormente conocida como sustitución pensional. La pensión de sobrevivientes busca evitar una situación de desamparo, razón por la cual tiene por finalidad proteger a los familiares de la persona afiliada fallecida y garantizarles una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, más aún cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios<sup>2</sup>. Del mismo modo, busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado fallecido.

Con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación, en sentencias como la T-658 de

20083, ha señalado el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social en pensiones, especialmente por su relación con la garantía de la dignidad humana; dijo al respecto la Corte:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.”

De esta manera, siguiendo el lineamiento constitucional esbozado en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política que establece que todos los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es de vital importancia establecer el contenido del derecho a la seguridad social a la luz de las preceptivas internacionales.

Al respecto, esta misma sentencia en estudio señaló:

“Sobre el particular, de manera reciente<sup>4</sup> el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos<sup>5</sup>, en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales.”

(...)

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener

prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”<sup>6</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria.

Por otro lado, esta Corte en varias oportunidades ha manifestado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para acceder al pago y al reconocimiento de acreencias laborales, toda vez que por su naturaleza excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar los medios ordinarios para resolver los asuntos de carácter litigioso<sup>7</sup>. No obstante, de manera excepcional ha contemplado su procedencia para obtener por medio de esta vía el pago de la pensión de sobrevivientes, cuando se comprueba que los mecanismos ordinarios judiciales no son idóneos ni eficaces para garantizar en forma adecuada una protección inmediata a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados.

Es necesario aclarar que la acción de tutela no suple los mecanismos ordinarios judiciales a los cuales puede acudir el accionante en virtud de lograr satisfacer sus pretensiones, sin embargo, al encontrarse en juicio un derecho fundamental, resulta desproporcionado someter al peticionario a estos mecanismos teniendo en cuenta los extensos periodos de tiempo que llevaría lograr una decisión de fondo ante los jueces laborales.

De igual forma, la Corte Constitucional ha contemplado de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, en la medida en que su desconocimiento afecte de manera directa los derechos fundamentales de la familia del causante, puesto que al presentarse la ausencia de la persona que se hacía cargo del sostenimiento del hogar, las personas que dependían de él verían afectado su derecho al mínimo vital, debido a que no cuentan con los recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas<sup>8</sup>.

Lo anterior ha sido desarrollado por esta Corporación en sentencias como la T- 836 de 2006<sup>9</sup>

y la T- 593 de 2007<sup>10</sup> , al respecto ha manifestado:

“...el juez de tutela debe mostrarse especialmente atento a estas amenazas cuando los beneficiarios de este derecho sean sujetos de especial protección, como miembros de la tercera edad, niños, población desplazada y madres cabeza de familia, pues en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.”

Adicional, resulta necesario que de las pruebas obrantes en el expediente se demuestre que se reúnen los requisitos necesarios para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes, sin importar que la entidad a cargo de la prestación niegue el reconocimiento o si la solicitud hecha por el interesado no se ha resuelto.”<sup>11</sup>

(...)

...La Corte ha reconocido, en diferentes oportunidades, el carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes, en cuanto su reconocimiento y pago efectivo garantiza el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante. Sobre el particular, señaló esta Corporación: ‘Ese derecho, para los beneficiarios es un derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada’ ”<sup>12</sup>.

Siguiendo con la misma línea argumentativa en el 2008, esta Corte en la sentencia T-47913, reiteró lo señalado anteriormente respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en esta ocasión indicó:

“el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, fuera de ser un derecho fundamental para las personas que dependían del causante, puede también afectar derechos fundamentales de sujetos de especial protección cuando alguno de los beneficiarios goce de dicha condición. Bajo esa premisa, cuando se niegue el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes y dicha situación involucre directamente a madres cabeza de familia – las cuales por su condición se consideran sujetos de especial protección- deberá hacerse un juicio más amplio y considerarse la procedencia de la acción de tutela.”

En resumen, teniendo en cuenta esta orientación, podemos concluir que: (i) resulta desproporcionado someter a los accionantes al agotamiento de la vía ordinaria judicial, cuando lo que se busca es el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, pues ésta podría ser la única fuente de ingresos para poder sostener las necesidades básicas del núcleo familiar, el cual se ve desamparado por la muerte de quien proveía el sustento diario y, (ii) la vía ordinaria no sería lo suficientemente eficiente y ágil para garantizar la protección incoada, como si lo es la acción de tutela, en virtud de que permite salvaguardar de manera inmediata el derecho al mínimo vital y a la seguridad social de los accionantes.

## 1. EL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD EN EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

El principio de progresividad inherente a los derechos de segunda generación y predicable del derecho a la seguridad social, se encuentra plasmado en el artículo 48 de la Carta Política y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación. Al respecto ha establecido que:

“El principio de progresividad, inherente a los derechos de segunda generación y predicable del derecho a la seguridad social por expreso mandato del artículo 48 constitucional, ha sido desarrollado in extenso por la jurisprudencia de esta Corporación; así, la misma ha sostenido que ‘existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad<sup>14</sup>’<sup>15</sup>.”

De la misma forma, ésta Corporación en la sentencia T-221 de 2006<sup>16</sup> en relación con la progresividad en la seguridad social, manifestó lo siguiente:

“(…) implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas,

es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.”

Análogamente, en la sentencia T-595 de 2002<sup>17</sup>, esta Corte relaciona los elementos que configuran el principio de progresividad en la siguiente forma:

“En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos.”

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte busca impedir que medidas regresivas disminuyan los reconocimientos ya logrados, razón por la cual, cuando una norma en seguridad social resulta regresiva, se presume inconstitucional, esto con la finalidad de impedir al legislador establecer medidas de esta naturaleza en materia de seguridad social, que se traduce en la vulneración del principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por lo tanto, se tiene entonces, que las medidas regresivas adoptadas por el legislador pueden inaplicarse, pues si bien, él tiene la facultad para crear y modificar las normas que rigen la seguridad social, lo debe hacer bajo los parámetros constitucionales, más aún,

cuando lo que se busca es proteger la progresividad de los derechos sociales<sup>18</sup>.

## 1. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y EL REQUISITO DE FIDELIDAD AL SISTEMA.

Como se explicó en el primer capítulo de estas consideraciones, la pensión de sobrevivientes, es una prestación social fundada en el principio de solidaridad, la cual busca proteger a los familiares o beneficiarios de la persona afiliada fallecida y brindarles una estabilidad económica suficiente para garantizar la subsistencia en condiciones dignas, cuando dicha prestación se configura como la única fuente de ingreso para el núcleo familiar. Es por esto que la naturaleza de la pensión de sobrevivientes hace que siempre vaya ligada a la protección del derecho fundamental al mínimo vital<sup>19</sup>.

Esta Corporación en la sentencia T-1036 de 2008<sup>20</sup> expresó la importancia de proteger a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al pronunciarse sobre el requisito de fidelidad establecido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, concluyendo la necesidad de su inaplicabilidad cuando se constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, al respecto señaló:

“... la finalidad de la pensión de sobrevivientes, se reitera, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado o los allegados dependientes y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Una decisión administrativa, que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, es contraria al ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho.<sup>21</sup>”

Analizando un caso similar, la citada sentencia<sup>22</sup> estudió la versión original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, la cual condicionaba el reconocimiento pensional, puesto que exigía que al momento de ocurrir el deceso, el afiliado se encontrara cotizando al régimen y dicha cotización se hubiere efectuado durante un lapso mínimo de veintiséis (26) semanas.

De igual manera, la disposición agregaba que en aquellos eventos en los cuales la persona hubiera dejado de cotizar al sistema, el requisito exigido era el de haber realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas dentro del año anterior al momento de la muerte.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual distingue dos tipos de muerte: (i) la causada por enfermedad y (ii) la causada por accidente, cuyos requisitos son semejantes en ambos casos. En este caso, se condiciona el reconocimiento del derecho pensional a que el afiliado, no pensionado, haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores al fallecimiento.

Adicional a lo anterior, se estableció un nuevo requisito: el afiliado, mayor de 20 años, debía acreditar que cotizó el 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha del fallecimiento. Condición ésta conocida como “fidelidad de cotización”, y que exigía al afiliado el cumplimiento de determinados períodos de permanencia y cotización al sistema.

Conforme a las consideraciones expuestas, los requisitos exigidos por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, se tornaron más exigentes respecto de la anterior normatividad, razón por la cual resultan contrarios al principio de progresividad establecido en la Constitución; por lo tanto, es desproporcionado para quienes son beneficiarios exigirles que el causante haya dejado acreditadas tales condiciones para poder asegurar la estabilidad futura de su núcleo familiar.

Por lo anterior esta Corporación en Sentencia C-556 de 2009<sup>23</sup> estudió la constitucionalidad de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

1. La sentencia C-556/09 y el estudio de constitucionalidad de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

“... la exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una medida regresiva en materia de seguridad social, 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.

(...)

En este caso, se aumentó el número de semanas cotizadas y se estableció un nuevo requisito de fidelidad al sistema, esto es, una cotización con una densidad del 20% y del 25% del tiempo transcurrido entre los extremos que la ley señala, desconociendo que esa exigencia no puede ser cumplida en igualdad de condiciones; por ejemplo, si una persona al fallecer por enfermedad tiene 40 años de edad, debe contar con un mínimo de 5 años de cotizaciones, que correspondería al 25% del tiempo cotizado, el cual se ve incrementado en la medida que pasen los años, pues siguiendo el mismo ejemplo si el afiliado al fallecer cuenta ya no con 40 sino con 60 años de edad, el requisito correspondiente al 25% del tiempo, ascendería a 10 años de cotizaciones.

Así mismo, tratándose de muerte accidental, si una persona al fallecer tiene 40 años, el requisito del 20% correspondería a 4 años de fidelidad al sistema; si contara con 60 años, el requerimiento sería de 8 años de cotizaciones. Es decir, las nuevas condiciones implican una regresividad que no tiene justificación razonable; por el contrario, constituyen un obstáculo creciente, que aleja la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes.

Siendo ello así, cabe recordar que uno de los principios fundantes del orden superior es el reconocimiento, como regla general y sin discriminación, de la primacía de los derechos de la persona, razón por la cual ese requisito de fidelidad aparece como una medida regresiva, que pretendiendo proteger la viabilidad del sistema, desconoce el fin último de la pensión de sobrevivientes, la cual, se repite, procura amparar a las personas, que necesitan atender sus necesidades, sin mengua adicional por la contingencia de la muerte del afiliado que quien dependían.

Por consiguiente, la Corte Constitucional declarará la inexecutable de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.” 25

De lo anterior, se puede observar que en el estudio minucioso que realizó la Corte a los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, encontró que el requisito de fidelidad

constituía una medida regresiva en materia de seguridad social para la protección de los derechos fundamentales, en este caso al mínimo vital. De igual manera, reiteró lo relacionado a la prohibición que tiene el legislador de adoptar, dentro de sus facultades, normas que resulten regresivas a los fines del Estado en cuanto a los beneficios alcanzados por los asociados, porque al disminuir tales logros colectivos, violaría de manera directa la Constitución Política.

## 1. CASO CONCRETO

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala reitera que el derecho a la pensión de sobrevivientes es una especie del derecho a la seguridad social y debido a su relación directa con el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante, adquiere el carácter de derecho fundamental.

Esta prestación económica tiene por objeto proteger a los familiares de la persona afiliada fallecida y asegurarles unos ingresos para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Así mismo, es una forma de garantizarles una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, más aún cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios.

Hecha esta aclaración, pasa la sala a resolver el caso objeto de estudio:

### 1. Resumen

La señora Mariela Esther Orellano de Arco, por medio de apoderado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital, debido a que mediante Resolución No. 000907 de 2005, el ISS negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la accionante porque el cotizante fallecido no cumplía con el requisito del 20% de fidelidad al sistema de pensiones. En consecuencia, solicita se ordene al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que asegura tener derecho a partir del 17 de marzo de 2004, fecha en que falleció su esposo el señor Leonardo Alonso de Arcos Díaz, además añade que el requisito de

“Fidelidad al Sistema”, objeto de la negativa por parte del ISS para el reconocimiento y pago de la mencionada pensión ya fue declarado inexecutable por esta Corporación en la Sentencia C- 556 de 2009.

En el expediente se encuentra además acreditado que la actora tiene 51 años de edad, está desempleada y a pesar de ser laboralmente activa, dado su edad es muy difícil que sea contratada. Así mismo, asegura no tener ingresos y dependía económicamente de su esposo fallecido para satisfacer todas sus necesidades básicas y desde que él murió no tiene como cubrirlas, afirmación que no fue desvirtuada y, por tanto, debe ser tomada como cierta.

La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones la improcedencia de la acción de tutela para reclamar pensiones, puesto que existen otros medios de defensa judicial a los cuales el actor puede acudir ante la Jurisdicción Ordinaria; no obstante, excepcionalmente es aceptada la viabilidad del amparo, cuando se establece que aquellos medios de defensa no son idóneos o es necesario evitar la configuración de un perjuicio irremediable. En lo referente a la pensión de sobrevivientes, ha contemplado de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, en la medida en que su desconocimiento afecte de manera directa los derechos fundamentales de la familia del causante, puesto que al presentarse la ausencia de la persona que se hacía cargo del sostenimiento del hogar, las personas que dependían de él verían afectado su derecho al mínimo vital, debido a que no cuentan con los recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas<sup>26</sup>.

En el caso objeto de estudio, se evidencia por las pruebas aportadas al proceso, que la accionante debido a la negativa del ISS de reconocer y pagar la pensión de sobreviviente, inició proceso ordinario, el cual fue resultado contrario a sus intereses, pero conforme a la normatividad existente en dicho momento. Posteriormente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 de 2009<sup>27</sup>, declara inexecutable el requisito de “Fidelidad al Sistema”, por ser una medida regresiva en el tema de la seguridad social, razón por la cual la accionante en abril de 2010 presentó nueva reclamación administrativa ante el ISS, argumentando que la razón por la cual había negado la pensión había sido declarada inexecutable por esta Corporación, pese a esta solicitud la entidad accionada continuó negando la prestación

solicitada, lo que conllevó a la actora a presentar acción de tutela buscando la protección de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, está acreditado en el expediente que la señora Mariela Esther Orellano dependía económicamente de su esposo y se encuentra sin empleo, razón por la cual necesita de su pensión para poder satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. Por lo tanto, ante la urgencia de proteger su mínimo vital y el de su núcleo familiar, la acción de tutela se abre paso como el mecanismo idóneo para el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital.

En cuanto al requisito de inmediatez, encontramos que se encuentra acreditado, toda vez que la situación de desprotección persiste y la accionante, como se evidencia en el expediente, ha agotado la vía gubernativa y ha realizado todas las actuaciones necesarias en la vía ordinaria para que su solicitud sea atendida.

Si bien el proceso ordinario que culminó con sentencia del año 2008 fue resuelto conforme a la normatividad vigente en ese momento, en el 2009 esta Corte declaró inexecutable el requisito de “Fidelidad al Sistema”. Por ende existe un hecho nuevo que lleva a la accionante a realizar una nueva solicitud, la cual al ser resuelta desfavorablemente la obliga a iniciar la presente acción de tutela.

## 1. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Se estudia la situación de la señora Mariela Esther Orellano de Arco, a quien a pesar de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, según Resolución No. 000907 de 2005, la accionada se negó a reconocerle la pensión de sobrevivientes, argumentando que el cotizante fallecido no cumplía con el requisito del 20% de fidelidad al sistema de pensiones; al respecto, señaló el ISS:

“...En la parte motiva de la [Resolución No. 00973] que resuelve la apelación explica detalladamente la negativa al reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada, [al respecto señaló: ““revisado el reporte de semanas expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nomina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece

que el asegurado cotizó a este instituto 55 semanas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento y que acreditó un 16.68% de fidelidad de cotización al sistema de pensiones...]"(Folios 50-57, cuaderno No. 2)

De lo anterior se evidencia que el ISS no reconoce el derecho porque considera que el actor no cumple con el requisito de fidelidad. En efecto, en la resolución el ISS señala:

"...al tener en cuenta el tiempo efectivamente cotizado al sistema de pensiones, se estableció que si bien es cierto el causante cotizó 72 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, esto es, 17 de marzo de 2001 al 17 de marzo de 2004, también lo es que no acreditó la fidelidad de cotización requerida, es decir, no cotizó el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad (04 de enero de 1978) y la fecha del fallecimiento (17 de marzo de 2004), porcentaje del tiempo que debió corresponder a 273 semanas efectivamente cotizadas, y el causante solamente cotizó 245 semanas..." (Folios 50-57, cuaderno No. 2)

La Sala recuerda que en sentencia C-556 de 2009, la Corte Constitucional indicó que exigir el requisito de fidelidad es desproporcionado y regresivo, toda vez que dicha exigencia hace más gravoso el acceso a las prestaciones económicas, tal y como se indicó en el capítulo 2.5. de la parte considerativa de esta providencia. Con fundamento en estas consideraciones, la corte declaró inexecutable el requisito de fidelidad.

Sin embargo, a pesar de que la sentencia C-556 de 2009 no tiene efectos retroactivos, para el presente caso ésta Sala concederá la protección de los derechos invocados por la accionante, puesto que los argumentos esgrimidos por la entidad accionada en cuanto al requisito de fidelidad, carecen de sustento constitucional, al fundarse en la aplicación de una norma regresiva que vulnera el principio de progresividad propio de los derechos sociales inherentes a la seguridad social.

No obstante, pese a que la sentencia en mención no tiene efectos retroactivos, no podría ésta Sala negar la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en el presente caso, puesto que así se toleraría que los efectos de la norma declarada inexecutable se continúen proyectando en el tiempo, aún con posterioridad a la fecha de la aludida sentencia.

En sede de revisión de tutela, la Corte ha reiterado la ratio decidendi de la sentencia aludida, y por esta razón en sentencias como la T-925 de 2010, T-166 de 2010 y T-749 de 2011 ha ordenado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los tutelantes.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues (i) es la cónyuge supérstite y la entidad accionada reconoce que cumple con los requisitos para ser beneficiaria, (ii) el actor fallecido cotizó 72 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento y, (iii) el requisito de “fidelidad al sistema” ha sido declarado inexecutable por esta Corte en sentencia C-556 de 200928, por ser desproporcionado y regresivo, esta Sala de Revisión revocará el fallo que negó el amparo pedido por la Mariela Esther Orellano de Arco contra el ISS, proferido el dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que revocó la decisión de primera instancia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de la accionante y se ordenará al ISS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y empiece a pagar la reclamada pensión de sobrevivientes a la señora Mariela Esther Orellano de Arco.

## 1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que en su momento revocó el fallo dictado el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, en el proceso adelantado por Mariela Esther Orellano de Arco contra el Instituto de Seguros Sociales, Departamento de Atención al Pensionado, Seccional Atlántico. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la vida

digna, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de la accionante.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR al representante legal del Instituto de Seguros Sociales, Departamento de Atención al Pensionado, Seccional Atlántico o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y empiece a pagar la reclamada pensión de sobrevivientes a la señora Mariela Esther Orellano de Arco.

TERCERO.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente con permiso

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 MP. Dr, Nilson Pinilla Pinilla.

2 Sentencia T-584 de 2011, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

3 MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

4 39° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”

5 De manera textual el Comité señaló lo siguiente: ‘El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto’”

6 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-658 del 1 de julio de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Sentencias T-657 de 2005; T-691 de 2005; T-971 de 2005 entre otras.

8 Sentencia T-497 de 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 Sentencia T-836 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

10 M.P, Dr. Rodrigo Escobar Gil

11 Sentencia T-836 de 2006, MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Corte Constitucional, Sentencia T-593 de 2007, MP, Dr. Rodrigo Escobar Gil y T-173 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

13 MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

14 Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

16 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

17 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

18 Sentencia T-006 de 2010 MP, Dr. Jorge Pretelt Chaljub.

19 Ibidem

20 MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

21 Ver Sentencia C-111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

22 Sentencia T-1036 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

23 MP, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

24 Ibidem

25 Sentencia C- 556 del 20 de agosto de 2009 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

26 Sentencia T-497 de 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 MP, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

28 Ibidem