

Sentencia T-868/11

SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza, objeto y finalidad

La jurisprudencia constitucional ha definido la sustitución pensional como un derecho que permite a una o varias personas gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, “lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho”. El objeto de la sustitución pensional es evitar entonces que los allegados al trabajador pensionado o afiliado queden desamparados por el sólo hecho de su desaparición. Así entonces, la finalidad esencial de la sustitución pensional, es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte, que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Elementos característicos como derecho fundamental e imprescriptibilidad

Esta Corporación ha sostenido que la pensión de sobrevivientes puede llegar a constituirse en derecho fundamental en caso de que de ella dependa la garantía del mínimo vital del accionante. Efectivamente, pueden llegar a conjugarse factores como la avanzada edad del petitionario con su incapacidad financiera para solventar unas condiciones de vida dignas de no recibir la mesada pensional. La jurisprudencia constitucional ha precisado de igual manera, que el derecho a la pensión de sustitución es imprescriptible, con base en el artículo 48 de la Constitución Política que establece la imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, y el artículo 53 Superior que atribuye al Estado la garantía del derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de estas prestaciones.

PROGRESIVIDAD EN EL SISTEMA DE PENSIONES Y NO REGRESIVIDAD DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE SOBREVIVIENTES DE AFILIADO-Constituye una medida regresiva que desconoce el fin último de la prestación

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios

PRESUNCION DE BUENA FE Y VERACIDAD DE PARTICULARES ANTE AUTORIDADES PUBLICAS EN PENSIONES-Declaración de dependencia económica de hijo fallecido para solicitar pensión de sobrevivientes

PENSION DE SOBREVIVIENTES DE HIJO FALLECIDO-Orden a Citi Colfondos realice revisión detallada de las cotizaciones realizadas por el causante para aclarar la ambigüedad y contradicción en el reporte para solicitar sustitución pensional

Referencia: expediente T-2788406

Acción de tutela promovida por Rafael Cardona Londoño contra Citi Colfondos S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de los procesos de revisión dictados en el asunto de la referencia por los Juzgados Trece Civil Municipal y Octavo Civil del Circuito de la ciudad de Cali.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Actuando a través de apoderado, el señor Rafael Antonio Cardona Londoño presenta acción de tutela por la presunta violación de sus derechos al mínimo vital, seguridad social, igualdad y protección de las personas de la tercera edad. Señala que es una persona de 66 años de edad, de escasos recursos económicos, desprotegida a nivel prestacional y a raíz de su precaria situación financiera, vive en un comodato con su esposa Carmenza Macana Largo en una escuela pública de Cali donde igualmente conviven con su hijo Miguel Andrés Cardona.

El día 7 del mes de diciembre del año 2008 cuando el joven Rafael Antonio Cardona Macana se encontraba observando el alumbrado decembrino de la ciudad de Cali, fue asaltado por unos delincuentes que intentaban robarle la motocicleta en la que se desplazaba, propinándole varios disparos en la cabeza que le ocasionaron la muerte al día siguiente en uno de los centros asistenciales de la ciudad.

Una vez que la empresa Cotel S.A. entidad para la cual laboraba el fallecido, inició los emplazamientos legales para que se presentaran las personas con derecho a reclamar las respectivas prestaciones sociales, los padres allegaron toda la documentación pertinente y procedieron a elevar la petición ante la compañía Citi Colfondos Pensiones y Cesantías.

En respuesta a la reclamación señalada, la empresa indicó, mediante oficio de 13 de julio de 2009, que el señor Rafael Antonio Cardona no tenía el número de semanas cotizadas para el otorgamiento de la pensión solicitada, pues solo contaba con 48 de las 50 que ordenaba la ley; por lo tanto, no podía otorgarse la pensión de sobrevivientes a sus padres, estipulándose un plazo perentorio de 30 días para que se allegara la acreditación de las restantes dos semanas.

Con esta respuesta, afirma el accionante, se solicitó a todos los fondos de pensiones de la localidad que verificaran si el señor Rafael Antonio Cardona Macana, había cotizado para pensión en alguna oportunidad en los respectivos fondos, búsqueda que fue infructuosa porque la respuesta fue siempre negativa.

Sin embargo, fue el mismo Citi Colfondos quien respondió expresamente en un documento firmado por un analista de afiliaciones y traslados de esa empresa, que el señor "Rafael Antonio Cardona había cotizado en dicho fondo un total de 77.71 semanas".

El 27 de julio de 2009, Citi Colfondos, envió al domicilio del accionante, un extracto del fondo de pensiones obligatorias, en el cual certifican que el señor Rafael Antonio Cardona Macana cuenta con 69 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Las informaciones dadas por Citi Colfondos en estas dos comunicaciones, fueron desvirtuadas con posterioridad aduciendo un error de dicha empresa en el registro de semanas, puesto que se habían aportado cotizaciones dobles realizadas en un solo periodo, en los meses de agosto y septiembre de 2008, "no siendo posible valorar dichas cotizaciones por cuanto el número máximo de días que se puede cotizar al sistema general de pensiones es de 30 días y no de 60".

Presentada una nueva petición de rectificación de la respuesta inicial, la empresa accionada nuevamente responde indicando, que el señor Rafael Antonio Cardona no alcanzó a cotizar el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha que cumplió los 20 años de edad y el momento de su fallecimiento, amén de que sólo cotizó 48 semanas de las 50 que exige el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, indicando que lo que procedente era la devolución de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado fallecido.

Señala que tiene la certeza de que su hijo sí cotizó el tiempo necesario para tener derecho a una pensión y que la entidad debería considerar que las normas que amparan su decisión fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, especialmente el requisito de fidelidad al sistema.

Advierte que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, pues cuenta con 66 años de edad y no ejerce ninguna clase de empleo, su estado de salud es precario, carece de pensión y medios de subsistencia. Estima igualmente que los hechos materia de esta acción no pueden ser el soporte de un proceso ordinario laboral por su avanzada edad y la difícil situación económica de su grupo familiar, lo mismo que su estado de salud, situación que lo avoca a sufrir un perjuicio irremediable.

Con base en lo expuesto, solicita que se ordene a Citi Colfondos Pensiones y Cesantías que se analice nuevamente su solicitud prestacional y se inaplique la Ley 797 de 2003 en su artículo 12 el cual modificó el texto del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Se allegaron como pruebas las siguientes:

Copia de la comunicación recibida por Citi Colfondos con fecha 1 de abril de 2009.

Fotocopia de la solicitud de pensión de sobrevivientes, presentada ante Colfondos por el accionante y su esposa Carmenza Macana.

Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Rafael Antonio Cardona Londoño.

Copia del registro de defunción del señor Rafael Antonio Cardona Macana.

Fotocopia de la declaración extra procesal aportada ante Citi Colfondos donde consta la dependencia económica que tenían los padres de su hijo Rafael Antonio Cardona Macana.

-Original de la historia laboral de Rafael Antonio Cardona Macana de fecha 27 de julio de 2009, enviada por Citi Colfondos.

Cuatro derechos de petición presentados por el accionante a varios fondos de pensiones, indagando por las semanas cotizadas por su hijo.

Carta con sello de recibido que el accionante envió a Citi Colfondos el 11 de agosto de 2009.

Copia de la petición de fecha 22 de octubre de 2009, que presentó el accionante ante Citi Colfondos, solicitando que reconsideraran su posición en relación con la negativa de la pensión reclamada.

Original de la carta que recibió el accionante de Citi Colfondos de fecha 9 de noviembre de 2009, donde le niegan la pensión y reiteran que solo proceden los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual.

3. Pruebas en sede de revisión

El Magistrado Sustanciador, luego de constatar en el expediente que el afiliado no solo tenía una relación contractual con Citi Colfondos sino también con la aseguradora Seguros Bolívar, porque hacía parte de un contrato de Seguro de Invalidez y de Supervivencia tomado por Citi Colfondos y Seguros Bolívar, teniendo ésta a su cargo el pago de la suma adicional requerida para financiar la pensión y pese a ello no había sido vinculada al proceso, ordenó que por Secretaría General de Corte Constitucional, la presente tutela se pusiera en conocimiento de la Aseguradora Seguros Bolívar para que expusiera sus puntos de vista en relación con los hechos sometidos al conocimiento de los jueces constitucionales de instancia y con ocasión de los cuales se profirieron las sentencias sometidas a revisión. Según la jurisprudencia de esta Corporación, cuando el demandante no integra la parte pasiva en debida forma, es decir, con todas aquellas entidades cuyo concurso es necesario para establecer la presunta violación de los derechos alegados o afectados con una posible decisión, es deber del juez de tutela proceder a su vinculación oficiosa a fin de garantizarles su derecho a la defensa.

Dentro del término concedido, se recibió informe por parte de la entidad vinculada, quien coincidió en que el accionante no reúne los requisitos legales para tener derecho al reconocimiento de la pensión y añadió que tampoco se demostró el supuesto de la dependencia económica respecto del causante.

4. Intervención de la entidad accionada

Expresa el ente accionado en su escrito de contestación a la demanda de tutela, que el señor Cardona Macana suscribió formulario de afiliación con Citi Colfondos el 5 de septiembre de 2003 y que éste falleció el 8 de diciembre de 2008, encontrándose como beneficiarios los señores Rafael Antonio Cardona y Carmenza Londoño Macana, en calidad de padres.

Indica que mediante comunicado BP-R-I-L-8082-07-09 del 13 de julio del 2009, objetó la solicitud de pensión de sobrevivientes por cuanto no se acreditó que el afiliado cotizante

hubiera cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de Ley 797 de 2003.

Señala igualmente que el afiliado fallecido tampoco cumple con el requisito de cobertura correspondiente a 50 semanas de cotización anteriores a la fecha del fallecimiento, afectándose de esa manera las exigencias de cobertura y de fidelidad.

En el mismo orden solicita, que si se llegare a conceder el amparo solicitado, se ordene la vinculación de la Aseguradora Seguros Bolívar, pues el afiliado fallecido era parte del contrato de seguros de invalidez y de sobrevivencia contratado con Citi Colfondos, entidad que tiene a su cargo el pago adicional requerido para financiar la pensión de sus beneficiarios.

5. Sentencias de instancia

Las sentencias de instancia dictadas por los Juzgados Trece Civil Municipal de Cali y Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad, negaron el amparo deprecado tras considerar que : (i) no se reunieron los requisitos de densidad ni de fidelidad para obtener la pensión conforme lo contempla el artículo 13 de la Ley 797 del 2003; (ii) la entidad accionada simplemente está actuando en desarrollo de imperativos legales que los “conminan a actuar de esa manera”; (iii) no se vulneran los derechos del accionante, tan solo se está “aplicando la ley”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

1. Problema jurídico

En el caso de autos, el debate se centra en determinar si es procedente a través de tutela ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del accionante, que aduce vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, en tanto la entidad accionada niega tal prestación en aplicación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, según el cual, para que los beneficiarios accedan a ella, el afiliado fallecido debe acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores al día de la muerte y una fidelidad al sistema del 20% contada desde los 20 años de edad hasta el día del fallecimiento.

Para resolver la controversia la Sala reiterará la jurisprudencia respecto de los siguientes temas: i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ii) el principio de no regresividad en el derecho a la seguridad social, iii) alcances y finalidad de la pensión de sobrevivientes; iv) la doctrina planteada en 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.

3. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales

La acción de tutela se creó como un mecanismo para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia y, como tal, el Decreto 2591 de 1991 la reglamentó y señaló las reglas básicas para su aplicación. Es así como el artículo 6º de dicha normativa delimitó la procedencia de la tutela para situaciones en las cuales no existan recursos o mecanismos judiciales ordinarios, salvo que deba interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no obsta para analizar, en cada caso, si el procedimiento correspondiente resulta eficaz de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.

En la Sentencia SU 622 de 2001, esta Corte se refirió al tema en los siguientes términos:

“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: la primera por cuanto tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (artículo 86, inciso 3º, de la Constitución); la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.¹”

La Corte Constitucional ha manifestado en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, invalidez, sobrevivientes o a la reliquidación de la misma, en la medida en que no es un derecho fundamental, no tiene aplicación inmediata y requiere el lleno de presupuestos definidos previamente en la ley.

Sin embargo, este mismo Tribunal ha considerado de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez, o de sobrevivientes siempre y cuando su desconocimiento comprometa el núcleo esencial de un derecho fundamental.

De acuerdo con lo expuesto, el reconocimiento de una pensión puede adquirir la connotación ius fundamental cuando por conexidad ponga en peligro otros derechos de naturaleza fundamental, entre ellos la vida, el mínimo vital y la dignidad humana.

Al respecto en la Sentencia T -1013 de 20072 se expresó:

“Así las cosas, es razonable deducir que someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a una persona cuya edad dificulta el acceso a la vida laboral y que sus ingresos son precarios para el sostenimiento personal y el de su familia, resulta desproporcionadamente gravoso porque le ocasiona perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar y se le disminuye su calidad de

vida. Por esta razón, la Corte ha concedido en múltiples oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en forma definitiva, o transitoria, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadas.”

Así, al evidenciarse la eventual vulneración de algún derecho fundamental por el no reconocimiento de una pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia será necesario en todo caso, acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación y que la entidad encargada de reconocerla se abstenga de hacerlo sin ninguna justificación legal. En ese contexto la Corte Constitucional en la Sentencia T-836 de 2006 señaló:

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

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

La Corte desarrolló así una clara línea jurisprudencial donde subrayó que cuando la acción de tutela cumpla con ciertos presupuestos mínimos de procedibilidad, podrá estudiarse el fondo la solicitud relativa a una prestación social. La sentencia T-043 de 2007 reiteró igualmente las siguientes reglas de procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de una pensión de invalidez, vejez y supervivencia:

“No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes tres condiciones:

i. que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública;

i. que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

En relación con el primer requisito, la actuación de la administración a través de la cual reconoció o reajustó la pensión de invalidez, jubilación o vejez debe presentarse como manifiestamente ilegal o inconstitucional. Si bien el juez de tutela no es el competente para realizar un análisis detallado sobre la legalidad de las actuaciones de la administración, por ser ello de competencia de los jueces especializados; ante la afectación de los derechos fundamentales del peticionario provocada por una actuación que se muestra desde un principio como contraria a postulados de índole legal o inconstitucional, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales afectados.

Frente al segundo requisito, para que la acción de tutela esté llamada a prosperar es necesario acreditar que la falta de reconocimiento, pago o reajuste de la prestación económica amenace o vulnere un derecho fundamental. Al respecto, es necesario tener en cuenta que para el caso de pensión de invalidez, en donde la persona ha sido incapacitada para laborar y además no cuenta con bienes de fortuna o con otro ingreso, la falta de pago de la pensión compromete de manera cierta su derecho al mínimo vital.

Finalmente, para que pueda proceder la acción de tutela es necesario demostrar que no existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados o que, de existir, carece de idoneidad; caso en el cual el amparo constitucional se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

5.2. En lo relativo a los requisitos para la acreditación de la inminencia de perjuicio irremediable, también existe una doctrina constitucional consolidada, la cual prevé que para que resulte comprobado este requisito debe acreditarse en el caso concreto que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

De la misma manera, el precedente constitucional en comento prevé que la evaluación de los requisitos anteriores en el caso concreto no corresponde a un simple escrutinio fáctico, sino que debe tener en cuenta las circunstancias particulares del interesado, que se muestren relevantes para la determinación de la existencia del perjuicio. Especialmente, deberá analizarse si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. Para la Corte, la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a

través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados. Desde esta perspectiva, “tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del 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, esto es, en el caso concreto”.³ (Subrayas fuera de texto).

5.3. Para el caso de las personas con discapacidad, es evidente que la intensidad en la evaluación del perjuicio irremediable debe morigerarse en razón de la capacidad material que tiene este grupo poblacional para acceder a los instrumentos judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental.”

Desde estos planteamientos, la Sala abordará en el caso concreto con el fin de verificar si se cumplen los anteriores enunciados.

4. Naturaleza, objeto y finalidad de la sustitución pensional

La jurisprudencia constitucional ha definido la sustitución pensional como un derecho que permite a una o varias personas gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, “lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho”.⁴

El objeto de la sustitución pensional es evitar entonces que los allegados al trabajador pensionado o afiliado queden desamparados por el sólo hecho de su desaparición.⁵ Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria.”⁶ Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.⁷

Así entonces, la finalidad esencial de la sustitución pensional, es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte, que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia,⁸ sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido.⁹

5. Los elementos característicos del derecho a la sustitución pensional

5.1. Ha sido considerado un derecho fundamental. Esta Corporación ha sostenido que la pensión de sobrevivientes puede llegar a constituirse en derecho fundamental en caso de que de ella dependa la garantía del mínimo vital del accionante. Efectivamente, pueden llegar a conjugarse factores como la avanzada edad del peticionario con su incapacidad financiera para solventar unas condiciones de vida dignas de no recibir la mesada pensional. Desde esta perspectiva, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para

su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria.”¹⁰

Así entonces, ha concluido la doctrina constitucional que “ la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado a 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.¹¹”(negritas y subrayas fuera de texto).

5.2. El derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional es imprescriptible

La jurisprudencia constitucional ha precisado de igual manera, que el derecho a la pensión de sustitución es imprescriptible, con base en el artículo 48 de la Constitución Política que establece la imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, y el artículo 53 Superior que atribuye al Estado la garantía del derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de estas prestaciones. La Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, en las sentencias C-230 de 1998,¹² C-198 de 1999¹³ y C-624 de 2006,¹⁴ y en sede de control concreto, en las sentencias SU-430 de 1998¹⁵ y T-274 de 2007,¹⁶ ha mantenido una posición uniforme en cuanto a considerar el derecho a la pensión como un derecho imprescriptible. Así lo ha reconocido desde la Sentencia C-198 de 1999 en la que expresó:

“El Legislador puede entonces consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del derecho constitucional. Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas”.

El carácter imprescriptible del derecho a la pensión se deriva directamente de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir la sociedad, y además, se constituye en un instrumento para garantizar la especial protección que el Estado debe a las personas de la tercera edad, con el propósito de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida digna. Además ha precisado la Corte que, la imprescriptibilidad de la pensión se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él implica y que no han sido cobradas, las cuales se encuentran sometidas a la regla general de prescripción de las acreencias laborales de tres (3) años, prevista en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

6. La seguridad social y la prohibición de retrocesos constitucionales. La progresividad en el sistema de pensiones y la no regresividad de la pensión de sustitución pensional

En las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006, entre otras, la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social, para lo cual además, se ha fundamentado en doctrina internacional y de donde principalmente ha concluido que i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos; ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudir a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas; y finalmente la Corte¹⁷ se ha referido iv) a la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.

Atendiendo la conexión íntima que guarda dicho principio de progresividad con el derecho a la igualdad, esta Corporación ha manifestado también que “cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisibles”¹⁸. Prohibición de retrocesos que no por sí misma resulta ser absoluta ya que puede en un momento determinado resultar justificable al existir “imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del un derecho social”. En las decisiones anteriormente mencionadas se señala que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo criterio es relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales, ha manifestado:

“las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No. 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹⁹. Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas”, y por ello “si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”²⁰²¹ (Subrayas al margen del texto transcrito).

La sentencia T-595 del 1º de agosto de 2002²², en forma detallada expuso los elementos que configuran el principio de progresividad de 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. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”.

La no regresividad de los derechos se refiere entonces a las garantías que debe brindar el Estado para materializar los derechos en cabeza de todas las personas y procurar así un mayor alcance de los beneficios. Este principio, conforme al artículo 48 constitucional, igualmente busca impedir medidas regresivas que disminuyan los reconocimientos ya logrados por los asociados. En razón a lo anterior, ésta Corporación 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 anterioridad²³”²⁴.”(negritas fuera de texto).

En punto al tema de la progresividad en la seguridad social, ésta Corporación en la sentencia T - 221 de 2006²⁵ manifestó igualmente que :

“(…) 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.”

Quiere significar, que cuando una norma en seguridad social se aprecie regresiva, se presume su inconstitucionalidad. Tal aserto tiene sustento en la necesidad de impedir al legislador establecer medidas de esta naturaleza en materia de seguridad social. Por lo tanto, las disposiciones regresivas adoptadas por el legislador pueden ser inaplicadas, pues si bien éste tiene la facultad para crear y modificar las normas que rigen la seguridad social, lo debe hacer bajo los parámetros constitucionales especialmente si lo que se busca es mantener la progresividad de los derechos sociales.

En relación más cercana a la pensión de sobrevivientes, en la sentencia T-1036 de 2008 se expresa la vital importancia para los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y además, se hace referencia al requisito de fidelidad establecido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, concluyendo la necesidad de su inaplicabilidad cuando se constituye precisamente una medida regresiva. Dijo el mencionado fallo:

“En el caso objeto de estudio, la razón por la cual la entidad demandada niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solicitada por la señora Gloria Amparo Duque en calidad de cónyuge supérstite y en representación de sus menores hijas, consiste en que el afiliado no cumplió con el requisito de la fidelidad contemplado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma que estaba en vigor cuando el cónyuge de la accionante falleció, el 17 de junio de 2006.

Así, la versión original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 establecía como condición para el reconocimiento del derecho pensional 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. 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.

Ahora bien, este artículo fue objeto de modificación por medio del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Esta disposición distingue dos tipos de muerte: una causada por enfermedad y otra, por accidente. No obstante, los requisitos que deben cumplirse son semejantes en ambos casos. En ese sentido, según el nuevo texto, el reconocimiento del derecho pensional se encuentra condicionado a que el afiliado, no pensionado, haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores al fallecimiento. Adicionalmente, se creó un nuevo requisito: el afiliado, mayor de 20 años, debe acreditar que cotizó el 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha del fallecimiento. Esta condición se conoce como “fidelidad de cotización”, figura que exige al afiliado el cumplimiento de determinados períodos de permanencia y cotización al sistema.

Así las cosas, como resultado de esta modificación, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes se han hecho más estrictos debido a la creación de una nueva exigencia -fidelidad de cotización al sistema- y al incremento del requisito previo de las semanas de cotización -50 en vez de 26-.

Aunque esta disposición es de carácter general, el juez constitucional debe atender el hecho incontrovertible según el cual, su aplicación puede llegar a tener un impacto desproporcionado sobre algunas madres cabeza de familia y sus hijos e hijas. Es dicho impacto desproporcionado en cada caso que se torna relevante en sede de tutela, donde la Corte no efectúa un control abstracto de las normas sino que define si los derechos fundamentales de sujetos específicos han sido desconocidos.”(Negrillas y subrayas fuera de texto).

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, los requisitos se tornaron más exigentes respecto de la anterior normatividad, razón por la cual contrarían el principio de progresividad establecido en la Constitución al resultar desproporcionados para quienes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

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

Para la época en que se presentó la presente tutela, mayo siete de 2010, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 ya había sido declarado inconstitucional. Por ello, es menester recordar el estudio realizado por la Corte Constitucional en cuanto al requisito de fidelidad al sistema exigido a los cotizantes fallecidos para que sus beneficiarios tengan acceso a la pensión de sobrevivientes, es este uno de los motivos determinantes para la negativa de la solicitud de pensión del accionante, y por ende, lo que dio lugar a la tutela revisada:

“Como puede observarse, mediante los literales acusados del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fueron aumentados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues en el anterior artículo sólo se exigía que el afiliado fallecido, si se encontraba aportando al régimen, hubiera cotizado un mínimo de 26 semanas al momento de producirse el deceso; y si había dejado de cotizar, hubiese efectuado aportes como mínimo por 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el fallecimiento.

Actualmente, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó la norma original, exige que el afiliado fallecido hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo 12 acusado, donde se requiere, para que los beneficiarios tengan derecho, que los afiliados demuestren una fidelidad de cotización para con el sistema de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

Es decir, 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.

Ciertamente, en materia de configuración legislativa en torno a la seguridad social, la carta le reconoce al legislador un amplio margen de configuración, al sostener en el artículo 48 que la seguridad social deberá prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, “en los términos que establezca la Ley”, otorgando así una competencia específica al legislador y reconociéndole un amplio margen de libertad de configuración para regular la materia. No obstante, es obvio que la libertad de configuración legislativa en ese campo no es absoluta, sino que, por el contrario, encuentra límites sustanciales que delimitan su actuación en aras de proteger los principios básicos del Estado Social de Derecho, de suerte que se le impone un superior grado de responsabilidad social y política.

Por tanto, la previsión de establecer un mínimo de cotización, así como una serie de porcentajes y sumas que cubren el riesgo de muerte, debe reportar un beneficio progresivo que favorezca a la colectividad. Específicamente en este caso, lo que se busca es que las contingencias de quien fallece, no repercutan aún de mayor manera contra quienes se encuentran en grave situación involuntaria de necesidad y requieren un trato protector, que les permita continuar con una pervivencia digna.

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.” 26 (Negritas fuera de texto).

En consecuencia, del estudio de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la Corte encontró que: (i) 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 y (ii) 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, ello porque al disminuir tales logros colectivos, se violaría de manera directa la Constitución Política.

1. Caso concreto

Varias precisiones generales deben hacerse antes de abordar el caso concreto:

De conformidad con la jurisprudencia comentada, en todo tiempo (i) deviene inadmisibles exigir el presupuesto de "fidelidad" para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes; (ii) las administradoras de fondos de pensiones no pueden seguir excusándose en que el hecho generador del derecho pensional solicitado sea anterior a los fallos de constitucionalidad, pues el carácter vinculante de la ratio decidendi de las decisiones de tutela se los impide. Se recuerda que la fuerza vinculante de las sentencias dictadas por las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, cuya ratio decidendi constituye precedente constitucional debe observarse al atender casos equivalentes; (iii) alegar que no se puede dar aplicación a la sentencia C-556 de 2009, en los eventos en que el hecho generador del derecho pensional ocurrió antes de agosto 20 de 2009 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 ganados²⁷, sin justificación para ello.

Se discute en este caso el derecho a una pensión de sobrevivientes, y debe recordarse que las personas que ostentan la calidad de beneficiarios de la misma de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: son: i) el (la) cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, (ii) Los hijos menores de 18 años, (iii) Los hijos mayores de 18 años y hasta los 25, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y que dependan económicamente del causante al momento de su muerte, (iv) los hijos inválidos de cualquier edad si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez, (v) a falta de cónyuge o compañero permanente e hijos, los padres del causante, (vi) a falta de cónyuge, compañero permanente, hijos con derecho, padres del causante, serán beneficiarios los hermanos inválidos si dependían económicamente del causante.

Confrontada esa doctrina al caso concreto, estima la Corte lo siguiente:

-La negativa para conceder la pensión de sobreviviente en el sub lite, aparece estructurada bajo dos argumentos (i) el no cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema general de pensiones y (ii) no haber acreditado las 50 semanas de cotización al sistema general de pensiones en los tres años anteriores a su fallecimiento.

-En punto al primer criterio utilizado, advierte la Sala que, como fue explicado anteriormente, la disposición contentiva del requisito de fidelidad al sistema fue expulsada del ordenamiento jurídico, de manera que no se tiene la posibilidad de aplicarla y, en consecuencia, su cumplimiento no puede ser exigido a los beneficiarios que soliciten pensión de sobreviviente

-Resta entonces por evaluar el requisito atinente a la afiliación de la persona fallecida y el número de semanas cotizadas en los últimos tres años. Para el efecto, la Sala repasa y constata los siguientes datos allegados al expediente:

-Está probado que el señor Rafael Cardona Macana suscribió formulario de afiliación con Citi Colfondos el día 5 de septiembre de 2003

-Se constató que cotizó en los años 2003 y 2004, 21.16 (Veintiuna punto diez y seis) semanas con la empresa Aldana Agudelo.

-Según información otorgada al accionante por el analista de Afiliaciones y Traslados de Citi Colfondos al responder un derecho de petición, el señor Rafael Antonio Cardona había cotizado con la empresa COTEL S.A. un total de : “56.55 semanas. Para un total de 77.71 semanas cotizadas”, discriminadas así:

4.14 semanas

2.) 2008/02: 4.29 semanas

3.) 2008/03 : 4.29 semanas

4.) 2008/04: 4.29 semanas

5.) 2008/05:

4.29 semanas

6.) 2008/06:

4.29 semanas

7.) 2008/07:

4.29 semanas

8.) 2008/08:

4.29 semanas

9.) 2008/08:

4.29 semanas

10.) 2008/09:

4.29 semanas

11.) 2008/09:

4.29 semanas

12.) 2008/10:

4.29 semanas

13.) 2008/11:

4.29 semanas

14.) 2008/12:

Una semana

-Existe también un extracto emitido por Citi Colfondos donde se lee que el señor Rafael Eduardo Cardona Macana tenía 69 semanas cotizadas.

-En contraste con lo anterior, constan en el expediente, varias respuestas de Citi Colfondos al padre del fallecido, indicando que el señor Rafael Antonio Cardona no cumple el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a su fallecimiento, así como tampoco el presupuesto de fidelidad al sistema. Indican igualmente que aparecían cotizaciones dobles que no pueden ser tenidas en cuenta porque " los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual del afiliado fallecido fueron realizados por un solo empleador de manera que no puede reputarse pago doble durante un mes".

-La Aseguradora Seguros Bolívar, vinculada en sede de revisión, estima igualmente que no existe el derecho en cabeza del señor Rafael Antonio Cardona y por ende no puede otorgarse la pensión a sus padres.

Por esa razón, estima esta Sala que la acción de tutela es el medio más expedito para conceder el amparo impetrado en este caso por el señor Rafael Cardona Londoño, como quiera que (i) es un adulto mayor (66 años de edad) en estado de especial vulnerabilidad, viviendo casi en la indigencia; (ii) no se desvirtuó la afectación de su mínimo vital y; (iii) ha sido negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a pesar de que dice cumplir con los requisitos legales exigidos para ello. Incluso, para responder la inquietud de uno de los intervinientes en la tutela, está probada también la dependencia económica del accionante en relación con su hijo fallecido, pues tal como se indicó en los hechos de esta demanda, luego de la muerte de su hijo, el accionante vive en una escuela del Municipio de Cali, donde no cancelan arriendo ni servicios públicos, pero se trata de una solución de vivienda que puede terminar en cualquier momento, dado que la Secretaría de Educación Municipal va rotando los comodatos entre personas necesitadas y que carezcan de vivienda.

En relación con la dependencia económica como condición que debe probarse para efecto

del reconocimiento de la pensión de sustitución, la Sala recuerda que al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, debe entenderse como la falta de condiciones materiales que permitan a los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, procurarse por sí mismos los recursos necesarios para tener una subsistencia digna, entendida ésta, en términos reales y no derivada de apreciaciones meramente formales. La dependencia económica supone entonces una necesidad, que supedita al beneficiario de la pensión de sobrevivientes al auxilio que recibía por parte del causante, de manera que el mismo se convierte en imprescindible para asegurar su subsistencia.²⁸

Acreditó el accionante, que se encuentra en estado de especial precariedad económica, que su salud tampoco es la mejor, lo que se infiere de los diagnósticos médicos aportados al expediente y que vive en hogares de paso en situación cercana a la indigencia, debido a que antes era mantenido por su hijo fallecido. En consecuencia, se procederá como en casos recientes de supuestos similares- T- 136 de 2011 M. P. María Victoria Calle, a aplicar el principio constitucional de presunción de buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas y privadas²⁹, teniendo en cuenta que ni la accionada ni ningún otro interviniente desvirtuaron la ocurrencia de los hechos que muestran las necesidades del accionante ante la ausencia de los recursos de su hijo fallecido; por ende, la Sala dará por ciertos las afirmaciones del accionante que apuntan a determinar sus precarias circunstancias aducidas en la exposición de los hechos de la demanda.

Pese a todo lo anterior, destaca la Corte, que el reconocimiento excepcional de prestaciones de carácter pensional por vía de tutela, exige condiciones de tipo probatorio consistentes en acreditar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para dicho propósito, de tal suerte que el juez constitucional sólo puede conceder el amparo invocado cuando exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud. En este caso, si bien desde la óptica del juez constitucional se probaron muchas de las circunstancias necesarias para el reconocimiento excepcional de la prestación por vía de tutela, la ambigüedad y contradicción advertidas en las respuestas de Citi Colfondos en relación con las semanas cotizadas por el señor Cardona Macana genera una serie de dudas que no permiten a la Corte ordenar directamente el reconocimiento de la pensión, porque se aprecia muy frágil uno de los extremos que daría certeza a su procedencia.

Por un lado es claro, que la prestación reclamada no podía negarse por parte de la entidad accionada basándose en las inconsistencias de los reportes de períodos y las semanas cotizadas que Citi Colfondos registró, contabilizó y dio a conocer erradamente y que generaron en los familiares del señor Cardona la esperanza de la pensión. Tal negligencia es contraria a los valores constitucionales y a la confianza legítima depositada en la entidad. Simultáneamente, no puede por parte de la Corte darse la orden de que se reconozca la pensión si no es clara la comprobación de uno de los requisitos legales para ello.

La solución constitucional a esta aporía la resuelve la Sala haciendo uso del principio pro homine, que en nuestro orden constitucional obliga a preferir la interpretación más garantista para el afectado, de manera tal que en este caso debe Citi Colfondos en un término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia realizar una revisión detallada de las cotizaciones efectuadas por el señor Rafael Antonio Cardona Macana, de manera que se precisen tanto las eventuales cotizaciones dobles como el

número de semanas cotizadas realmente. De hallarse acreditadas las 50 semanas legales necesarias, se reconozca y pague la pensión al accionante sin que para ello tenga en cuenta el requisito del literal b) del artículo 12 de la ley 797 -declarado inconstitucional por la sentencia C-556 de 20 de agosto de 2009.

IV. DECISIÓN

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali y en consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos al mínimo vital y seguridad social del señor Rafael Cardona Londoño.

Tercero.- ORDENAR que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, CITI COLFONDOS S.A. realice una revisión detallada de las cotizaciones efectuadas por el señor Rafael Antonio Cardona Macana, de manera que se precisen tanto las eventuales cotizaciones dobles como el número de semanas cotizadas realmente. De hallarse acreditadas las 50 semanas legales necesarias, se reconozca y pague la pensión al accionante, contando con el cubrimiento proporcional de la Aseguradora Bolívar, sin que para ello se tenga en cuenta el requisito del literal b) del artículo 12 de la ley 797 -declarado inconstitucional por la sentencia C-556 de 20 de agosto de 2009.

Cuarto.- CITI COLFONDOS S.A. deberá enviar al juez de primera instancia, copia de la Resolución respecto de la decisión adoptada, en relación con el reconocimiento de la pensión al accionante o su negativa.

Quinto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaría General

1 Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia N° T-1. Abril 3 de mil novecientos noventa y dos (1992), M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Reiterada en la Sentencia C-543 de 1992 del mismo Magistrado y en las Sentencias SU-622-01 y T-937 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería.

2 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

4 Sentencia T-553 de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencia T-190 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sentencia C-002 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

7 Sentencia C-080 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

8 Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Ver Sentencias C-1176 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1094 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

9 Sentencia C-002 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

10 Sentencia T-049 de 2002. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

12 MP. Hernando Herrera Vergara.

13 MP. Alejandro Martínez Caballero.

14 Ver sentencias C-230 de 1998 (MP. Hernando Herrera Vergara), C-198 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y C-624 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

15 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

16 Sentencia T-274 de 2007. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

17 Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004.

18 Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

19 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

20 Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general N° 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

21 Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

22 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

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

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

25 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

27 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.

28 T- 662 de 2010.

29 Constitución Política de Colombia, artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.