

Sentencia T-515/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-
Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

A pesar de que en materia pensional la Corte ha precisado que por regla general corresponde a los interesados interponer las acciones ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, según el caso, la tutela procede excepcionalmente si se demuestra que, dado un supuesto de hecho, esas acciones carecen de idoneidad y eficacia; o si se pretende evitar un perjuicio irremediable, aspectos que corresponde evaluar al juez en cada caso.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Criterios para determinar el cumplimiento a pesar de que no exista un término de caducidad de la acción de tutela

La Corte Constitucional ha establecido que, si bien la acción de tutela no tiene un término de caducidad, debe interponerse en un plazo razonable a partir de la acción u omisión que se estima violatoria de los derechos fundamentales. La identificación de esa acción u omisión es, entonces, el primer paso para realizar el análisis de inmediatez. En segundo término, la Corporación ha consagrado diversos elementos para evaluar la razonabilidad del tiempo transcurrido desde la presunta violación del derecho hasta la presentación de la tutela. Esta Corporación ha sostenido que el juez debe tomar en cuenta aspectos como la vulnerabilidad del peticionario, su aislamiento geográfico o social; si existen razones objetivas que justifiquen la tardanza en la interposición de la demanda; la diligencia demostrada por el interesado o la interesada en la protección de sus derechos; la existencia de derechos de terceros involucrados en el conflicto; la lesión que puede acarrear en la seguridad jurídica la modificación de las relaciones o posiciones objeto de controversia; la existencia de cambios normativos de relevancia constitucional que puedan incidir en la definición del asunto; la persistencia de la amenaza o vulneración del derecho; y los parámetros que dictan los precedentes dictados en asuntos similares. **Igualmente, la Corporación ha sido explícita en señalar que existen justificaciones y circunstancias particulares que permiten flexibilizar el juicio de inmediatez, como ocurre cuando se está en presencia de sujetos de especial protección constitucional o cuando se aprecia una actitud diligente por parte del accionante en la lucha por sus derechos.**

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION-Consiste en formular petición respetuosa y recibir respuesta rápida y de fondo

El derecho fundamental de petición no sólo consiste en la facultad de la persona de formular una petición respetuosa ante las autoridades, sino también en el derecho a recibir de ellas una respuesta rápida y de fondo. De ese modo, la respuesta a la petición debe ser oportuna; resolver de fondo y de manera clara, precisa y congruente lo solicitado; y ser puesta en conocimiento del peticionario. Ante el incumplimiento de cualquiera de esos requisitos, la autoridad competente incurre en vulneración del derecho fundamental de petición.

PRINCIPIO DE EQUIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Aplicación

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Definición

La solidaridad es, en primer término un deber de los ciudadanos consistente en brindar su apoyo activo y decidido para la consecución de los fines constitucionales (artículo 95 CP) y, en el marco de la seguridad social, para la adecuada financiación y funcionamiento del sistema. Pero, como contrapartida a su naturaleza de deber, la solidaridad puede crear derechos subjetivos o bien, obligaciones jurídicas derivadas de su aplicación armónica con el principio de igualdad.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Orden al ISS reconocer pensión de sobreviviente a mujer de tercera edad de 92 años

Referencia: expediente T-3393270

Acción de tutela instaurada por María Elena Rodríguez de Pardo contra el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS).

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Adriana María Guillén Arango (e) y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012), dentro de la acción de tutela promovida por María Elena Rodríguez de Pardo contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).[1]

I. ANTECEDENTES

María Elena Rodríguez de Pardo, quien cuenta con noventa y dos (92) años de edad y tiene antecedentes de cardiopatía isquémica,[2] presenta acción de tutela contra el ISS. Considera que dicha entidad, al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentando que su hija había fallecido en mil novecientos ochenta y ocho (1988) cuando "no existían normas que otorgaran el derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes a favor de los padres del causante", desconoció sus derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna, la seguridad social, y a recibir un trato favorable como sujeto de especial protección constitucional. A continuación se presentan los antecedentes fácticos y jurídicos de la demanda.

1. Hechos

1.1. María Elena Rodríguez de Pardo solicitó la pensión de sobrevivientes al ISS en calidad de madre[3] de Ligia Pardo Rodríguez, quien falleció el nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y contaba con novecientos dos (902) semanas de cotización al sistema general de pensiones como trabajadora independiente.[4] El ISS, mediante resolución No. 2619 de 1989 decidió negar el reconocimiento de la prestación, considerando que el régimen legal vigente al momento de la muerte de su hija no definía a los ascendientes del causante como

beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 4975 de 1990.[5]

1.2. En abril de dos mil cinco (2005), la peticionaria inició un nuevo trámite de reconocimiento pensional ante el ISS, considerando que la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993 modificaba su situación pensional. En ese sentido, solicitó a la entidad accionada estudiar su caso tomando como base la Ley 100 de 1993 y no la ley vigente al momento del fallecimiento de su hija. El ISS, en cumplimiento de un fallo de tutela,[6] respondió su requerimiento de forma negativa, reiterando que la ley aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la que se encontraba vigente a la muerte del causante y que, en este caso, esa normatividad no contemplaba a los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, comoquiera que el artículo 67 del Decreto Ley 433 de 1971 derogó expresamente los artículos 54 y 61 de la Ley 90 de 1946,[7] normas que sí incorporaban a los padres como beneficiarios de la prestación.

1.3. Posteriormente, en abril de dos mil once (2011), y por tercera vez, la peticionaria elevó solicitud de reconocimiento pensional ante el ISS.[8] Frente a la ausencia de respuesta de la entidad, interpuso la acción de tutela que ahora es objeto de revisión. Adicionalmente a los argumentos sobre los que basó sus solicitudes anteriores, en esta oportunidad señaló que (i) la pensión es un derecho imprescriptible, cuyo reconocimiento puede ser requerido en cualquier tiempo; (ii) es una persona de la tercera edad que dependía de su hija fallecida y carece de recursos para procurarse una vida en condiciones dignas;[9] y (iii) de conformidad con la jurisprudencia constitucional, para efectos de reconocimiento pensional se deben tener en cuenta todos los tiempos cotizados al sistema así se hayan causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

2. Respuesta de la entidad demandada

En el transcurso del proceso de tutela el ISS no se pronunció.

3. Decisiones que se revisan

3.1. El Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en decisión de primera instancia, de siete (7) de diciembre dos mil once (2011), declaró improcedente la acción respecto de la seguridad social y el mínimo vital, señalando que no se cumplió en este trámite el requisito de inmediatez. Sin embargo, concedió el amparo al derecho fundamental de petición en relación con la solicitud que elevó la actora en abril de dos mil once (2011) y que no fue respondida por el ISS.

3.2. El fallo de primera instancia fue impugnado por la accionante, alegando que la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social es actual y que es un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012) confirmó lo decidido. El Tribunal no se refirió, sin embargo, al principio de inmediatez, en torno del cual se cifró la discusión en primera instancia y en el escrito de impugnación. Entendió, en cambio, que debía esperarse a que el ISS respondiera el derecho de petición para luego analizar la posible vulneración del mínimo vital. Estimó, en consecuencia, que no era plausible pronunciarse sobre la pensión de sobrevivientes, en tanto "la presunta vulneración alegada depende del acto administrativo en cuya mora de expedición se encuentra el Instituto de Seguro Social", con ocasión de la solicitud pensional elevada por la accionante en abril de dos mil once (2011).[10]

II. CONSIDERACIONES

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.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

2.1. La accionante considera que el ISS, al denegarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes basándose en que su hija falleció en mil novecientos ochenta y ocho (1988), cuando "no existían normas que otorgaran el derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes a favor de los padres del causante", vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social. Argumenta que tiene derecho al reconocimiento pensional porque su hija, de quien dependía económicamente, había cotizado novecientas dos (902) semanas al sistema antes de fallecer y, especialmente, porque se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su avanzada edad. En su concepto, cuando reclamó por segunda vez la prestación, en el año dos mil cinco (2005), el ISS debió resolver su caso con base en la normatividad vigente en el momento de dar la respuesta (Ley 100 de 1993), que sí define a los ascendientes como beneficiarios de la prestación, y por lo tanto reconsiderar lo decidido en la resolución de mil novecientos noventa (1990).

Por su parte, el ISS argumenta que la peticionaria no cuenta con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, dado que para la fecha del fallecimiento de la afiliada la ley no establecía a los padres como beneficiarios de la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, pues los artículos 54 y 63 de la Ley 90 de 1946,[11] que consagraban tal beneficio, fueron derogados expresamente por el artículo 67 del Decreto Ley 433 de 1971.[12] Por esa razón negó las solicitudes elevadas por la accionante en mil novecientos noventa (1990) y el dos mil cinco (2005). Luego, en abril de dos mil once (2011), la peticionaria efectuó un nuevo requerimiento que al momento de interposición de la acción de tutela no había sido resuelto por el ISS.

2.2. Bajo este contexto, corresponde a la Sala Primera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿viola una entidad encargada de administrar fondos de pensiones (ISS) los derechos de petición, mínimo vital y la seguridad social de una persona de la tercera edad, que supera ampliamente la expectativa de vida de la población colombiana (cuenta con 92 años) y padece problemas de salud (insuficiencia renal y antecedentes de cardiopatía), (i) al no reconocerle la pensión de sobrevivientes porque la normatividad vigente al momento del fallecimiento del causante (mayo de 1988) no consagraba a los ascendientes como beneficiarios de dicha prestación, y (ii) al no contestarle una nueva solicitud de reconocimiento pensional dentro del término establecido por la Ley?

2.3. Para resolver el problema jurídico, la Sala Primera de Revisión implementará la siguiente metodología: (i) primero verificará si la acción de tutela es procedente en este caso; luego (ii) decidirá si el ISS violó el derecho de petición; y finalmente (iii) examinará si se vulneran además los derechos al mínimo vital y la seguridad social, y si es constitucionalmente posible ordenar, en supuestos como este, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

3. La acción de tutela presentada por María Elena Rodríguez de Pardo es procedente para analizar la eventual vulneración de sus derechos a la seguridad social y el mínimo vital

La acción de tutela procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.), hipótesis en la cual el amparo opera como mecanismo transitorio de protección, hasta que se pronuncie el juez natural de cada proceso.[13] Como enseguida se expone, en este caso la acción es procedente tanto para analizar la violación del derecho de petición como para evaluar el presunto desconocimiento de los derechos al mínimo vital y la seguridad social.

3.1. En el caso concreto el amparo es procedente para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a pesar de que en materia pensional la Corte ha precisado que por regla general corresponde a los interesados interponer las acciones ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa, según el caso. Ello por cuanto la tutela procede excepcionalmente si se demuestra que, dado un supuesto de hecho, esas acciones carecen de idoneidad o eficacia; o si se pretende evitar un perjuicio irremediable, aspectos que corresponde evaluar al juez en cada caso.

3.1.1. Dentro de los elementos de análisis utilizados por la Corte para evaluar la eficacia de los medios de defensa judicial en el escenario de las pensiones, se encuentra la edad de los actores, su nivel de vulnerabilidad social o económica, y su condición de salud actual, sin que esta lista pueda considerarse taxativa.[14] Concretamente, si de esos elementos es posible inferir que la carga procesal de acudir al medio ordinario de defensa se torna desproporcionada debido a la condición de la persona que invoca el amparo, bien sea por el riesgo de que el ciclo vital del afectado o la afectada se extinga antes de que termine el proceso judicial, o porque la extensión del trámite lleve a la persona a una situación incompatible con la dignidad humana, la tutela es procedente.

3.1.2. Y para este caso la Sala observa dos aspectos que le permiten concluir que los medios de defensa ordinarios son ineficaces. En primer lugar, advierte que la peticionaria es una persona de la tercera edad (tiene noventa y dos (92) años), lo cual significa que supera ampliamente la expectativa de vida de la población colombiana, y además padece problemas renales. En segundo lugar, también observa que carece de una fuente de ingresos alterna a la que reclama para procurarse una existencia digna, ya que hoy satisface sus necesidades básicas con los aportes que sus hijos le hacen voluntariamente y no de manera cierta para que su situación de pobreza no sea mayor. Así, desde el contexto al que se enfrenta, está justificada la intervención definitiva del juez de tutela para la resolución del conflicto planteado.

3.2. Inmediatez

Ahora bien, en el asunto bajo estudio se ha presentado una controversia sobre el cumplimiento del requisito de inmediatez. Específicamente, el juez de primera instancia negó el amparo considerando que la peticionaria pretende discutir la validez constitucional de un acto proferido en mil novecientos noventa (1990). La peticionaria, a su turno, impugnó esa decisión, alegando que es titular de una especial protección por parte de todas las autoridades en virtud de su edad, enfermedad y las condiciones de vulnerabilidad que enfrenta. Afirmó, además, que la violación a sus derechos es actual.

3.2.1. La Corte Constitucional ha establecido que, si bien la acción de tutela no tiene un término

de caducidad, debe interponerse en un plazo razonable a partir de la acción u omisión que se estima violatoria de los derechos fundamentales. La identificación de esa acción u omisión es, entonces, el primer paso para realizar el análisis de inmediatez. En segundo término, la Corporación ha consagrado diversos elementos para evaluar la razonabilidad del tiempo transcurrido desde la presunta violación del derecho hasta la presentación de la tutela.

Esta Corporación ha sostenido que el juez debe tomar en cuenta aspectos como la vulnerabilidad del peticionario, su aislamiento geográfico o social; si existen razones objetivas que justifiquen la tardanza en la interposición de la demanda; la diligencia demostrada por el interesado o la interesada en la protección de sus derechos; la existencia de derechos de terceros involucrados en el conflicto; [15] la lesión que puede acarrear en la seguridad jurídica la modificación de las relaciones o posiciones objeto de controversia; la existencia de cambios normativos de relevancia constitucional que puedan incidir en la definición del asunto [16]. [17]; la persistencia de la amenaza o vulneración del derecho; y los parámetros que dictan los precedentes dictados en asuntos similares. [18] Igualmente, la Corporación ha sido explícita en señalar que existen justificaciones y circunstancias particulares que permiten flexibilizar el juicio de inmediatez, como ocurre cuando se está en presencia de sujetos de especial protección constitucional o cuando se aprecia una actitud diligente por parte del accionante en la lucha por sus derechos.

Por ejemplo, en la sentencia T-692 de 2006, [19] la Corte estudió una tutela presentada por una mujer de setenta y cinco (75) años, a quien se le había otorgado una pensión de sobrevivientes en mil novecientos sesenta y uno (1961) por un lapso dos (2) años, de acuerdo con la regulación vigente al momento de la muerte de su esposo. Posteriormente, en el año dos mil cinco (2005), la actora solicitó la aplicación de una regulación posterior expedida en mil novecientos setenta y siete (1977), que convertía en vitalicia la pensión de sobrevivientes. Explicó la Sala que si bien podría pensarse que la acción era improcedente por falta de inmediatez, "(...) esta conclusión debe evaluarse a partir de determinados componentes fácticos presentes en el asunto de la referencia, que permiten otorgarle un tratamiento excepcional. Es sencillo advertir que la ausencia de la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora ocasiona un perjuicio actual y concreto, en la medida que la priva de los recursos necesarios para garantizar su subsistencia digna; de forma tal que, a la fecha, resultan gravemente vulnerados distintos derechos constitucionales que dependen del ingreso que financie las condiciones materiales para su eficacia".

3.2.2. Así, en el caso objeto de revisión, debe indicarse que el juicio de inmediatez debe analizarse a partir de la respuesta dada por el ISS a la solicitud de la peticionaria en dos mil cinco (2005) y no a la respuesta que profirió en mil novecientos noventa (1990). En efecto, sólo hasta el año dos mil cinco (2005) el ISS analizó la pretensión de la peticionaria a propósito de que su situación fuera resuelta con base en la Ley 100 de 1993 y las demás normas que la modifican y complementan. Y en esa oportunidad el Instituto expuso su posición al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, argumentando que las normas vigentes al momento de la muerte de la hija de la accionante, no consagraban ese derecho.

Desde ese momento hasta la presentación de la acción transcurrieron aproximadamente seis (6) años. A juicio de la Sala, ese lapso constituye un término amplio que en el común de los casos derivaría en la improcedencia del amparo. Corresponde al juez de tutela, de todas formas, analizar si en esta oportunidad esa tardanza se encuentra justificada desde una perspectiva constitucional.

3.2.2.1. En esa dirección, observa la Sala que (i) la peticionaria es un sujeto de especial

protección constitucional, como se infiere de su edad (92 años), su condición de salud (insuficiencia renal y cardiopatía isquémica) y la ausencia de recursos económicos que afronta (vive de los aportes irregulares de sus hijos, que, según ella, son insuficientes para mantenerse dignamente). Asimismo, se puede apreciar que (ii) la accionante, desde el momento de la muerte de su hija era una persona de la tercera edad. Y a partir de la Constitución de 1991, podía predicarse titular de un trato especial de carácter favorable por parte de todas las autoridades, pues contaba con setenta y un (71) años de edad.[20] De esta manera, su capacidad para reclamar prestaciones sociales ante la justicia debe ser analizada en un contexto en el que el paso del tiempo agrava sus condiciones físicas; además, teniendo presente que no tiene recursos económicos para procurarse una vida acorde con la dignidad humana, y las demás condiciones personales de vulnerabilidad que contribuyen a flexibilizar el análisis.

3.2.2.2. Pero también debe tenerse en cuenta que la actora solicita una prestación periódica como la pensión de sobrevivientes, destinada a sufragar los gastos de manutención, que ahora cubre con las exiguas contribuciones de su grupo familiar. En consecuencia, debe comprobarse que la negativa del ISS comporta la violación de sus derechos (aspecto que escapa al análisis formal de procedibilidad), debe concluirse que la situación que pone en conocimiento no sólo es actual (como lo señala la propia accionante) sino que además se hace más intensa con el paso del tiempo. Igualmente, el carácter imprescriptible de este derecho contribuye a reforzar la conclusión recién presentada,[21] ya que tratándose de una prestación periódica y de carácter imprescriptible, el análisis de inmediatez debe atender también las consecuencias del cierre definitivo de la jurisdicción de personas particularmente vulnerables. En el caso concreto, la presunta amenaza al mínimo vital de la peticionaria no sólo permanece en el tiempo sino que se agrava, debido al estado de debilidad que rodea sus condiciones actuales de vida.

3.2.2.3. Por otro lado, no se evidencia la afectación directa de derechos de terceros. Si bien podría afirmarse que esta discusión concierne a todo el sistema de seguridad social (a todos los afiliados, beneficiarios o usuarios), ese aspecto atañe al fondo de la decisión pues se refiere a la determinación de un eventual equilibrio constitucional entre los principios de solidaridad y eficiencia del sistema de seguridad social en pensiones. Siendo el análisis de inmediatez de carácter formal, lo que debe evaluarse es si existe otra persona con interés directo en este trámite que podría verse afectada por la decisión que adopte el juez constitucional. Ello no ocurre en esta oportunidad, pues nadie más persigue el derecho reclamado por la actora.

3.2.2.4. Finalmente, la Sala percibe un mínimo de diligencia en la conducta de la accionada en tanto ha elevado tres solicitudes de reconocimiento pensional, y ha acudido a la vía de la tutela persiguiendo el reconocimiento de su derecho, y durante el período en que lo ha hecho siempre ha sido una persona que pertenece a la tercera edad, y es por lo tanto sujeto de especial protección constitucional.[22]

Ese conjunto de elementos de juicio permiten a la Sala afirmar que en este caso, si bien la acción no se interpuso de forma inmediata, sí existen motivos para considerar justificada la tardanza, razón por la cual abordará el estudio de fondo.

3.3. Conclusión

El análisis formal de procedencia de la acción permite concluir que (i) la demanda supera el requisito de subsidiariedad por ineficacia de los medios judiciales ordinarios en atención a la avanzada edad de la actora, quien supera ampliamente la expectativa de vida promedio de la población colombiana, razón por la cual, de hallarse probada la violación de sus derechos, el

amparo procederá como medio de protección definitivo. Y (ii) en virtud de las especiales condiciones de la peticionaria, la naturaleza de la prestación que requiere, y la ausencia de intereses de terceros involucrados en este proceso, el principio de inmediatez no representa un obstáculo insuperable para que el juez de tutela se pronuncie de fondo.

4. El ISS vulneró el derecho de petición de la accionante al no responderle la solicitud presentada en abril de dos mil once (2011)

4.1. La Constitución Política establece el derecho de toda persona a "presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución" (art. 23, C.P.). Así, la Carta estatuye que el derecho fundamental de petición no sólo consiste en la facultad de la persona de formular una petición respetuosa ante las autoridades, sino también en el derecho a recibir de ellas una respuesta rápida y de fondo. De ese modo, la respuesta a la petición debe ser oportuna; resolver de fondo y de manera clara, precisa y congruente lo solicitado; y ser puesta en conocimiento del peticionario. Ante el incumplimiento de cualquiera de esos requisitos, la autoridad competente incurre en vulneración del derecho fundamental de petición.[23]

En materia pensional, la oportunidad depende del tipo de respuesta que vaya a darse:[24]

(i) si se busca comunicar al peticionario el estado del trámite y el tiempo que tardará en resolverse de fondo su solicitud pensional, el término es de quince (15) días (art. 6°, C.C.A.).[25] (ii) Si se pretende tener acceso a información sobre la acción de autoridades, el término es de diez (10) días (arts. 17 y 22, C.C.A.). (iii) Si se busca resolver o decidir de fondo la petición encaminada a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el término es de dos (2) meses (art. 1°, Ley 717 de 2001).[26] (iv) Si se busca realizar el pago de las mesadas pensionales, el término es de seis (6) meses (art. 4°, Ley 700 de 2001).[27]

Igualmente, para determinar si existe una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente, es necesario ante todo cotejar la clase de petición formulada con la respuesta. Si la petición se interpone con el objetivo de que se le reconozca a una persona la pensión de sobrevivientes, como ocurrió en este caso, la respuesta sólo puede considerarse de fondo, clara, precisa y congruente, cuando al peticionario se le especifica si tiene o no derecho a ella, con los respectivos fundamentos.[28] Con todo, si la entidad no cuenta con suficiente información para decidir de fondo, deberá precisarle al peticionario los datos que requiere o la relación de documentos necesarios para acreditar su derecho, y así proceder a resolver (arts. 11, 12 y 13, C.C.A.).[29]

4.2. Bajo esta línea de consideraciones, la Sala entiende que el ISS violó el derecho de petición de María Elena Rodríguez de Pardo, debido a que la peticionaria le solicitó a la entidad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el diecinueve (19) de abril de dos mil once (2011) y no obtuvo respuesta por parte del Instituto, ni siquiera después de presentar esta acción de tutela. Inclusive, la Corte requirió al ISS para que allegara al proceso de revisión la respuesta dada a la accionante con ocasión de la petición elevada en abril de dos mil once (2011), sin que se haya recibido información alguna.[30] La ausencia de respuesta al derecho de petición frecuentemente se constituye en una barrera de acceso a otros derechos. En el caso concreto, como la violación se relaciona con una solicitud de reconocimiento pensional, podrían verse amenazados los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital de la accionante, aspecto que será analizado en consideraciones posteriores.

4.3. Ahora bien, pese a que el derecho de petición se vulneró, la Corte no **procederá a ordenarle al ISS que expida la resolución en virtud de la cual decida si accede o no a la solicitud para establecer una eventual vulneración del derecho al mínimo vital, ya que** el propósito u objeto material de la solicitud elevada por la actora ante el ISS es el reconocimiento de un derecho pensional, y la Sala ha concluido que en su caso, y en atención a sus especiales circunstancias de debilidad, la tutela procede como mecanismo judicial de protección. Por lo tanto, la Corte **abordará directamente el conflicto concerniente a la titularidad del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la accionante. De esta manera, en contravía de lo afirmado por el Tribunal de segunda instancia, la presunta vulneración del derecho al mínimo vital no depende del acto administrativo correspondiente al ISS, ya que efectivamente existen puntos de referencia claros a partir de los cuales se puede indagar acerca del desconocimiento del derecho al mínimo vital de la actora.**[31]

De conformidad con la metodología propuesta para el caso, la Sala examinará si se vulneran además los derechos al mínimo vital y la seguridad social, y si corresponde al juez constitucional ordenar, en las circunstancias especiales de este trámite, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

5. El ISS vulneró los derechos al mínimo vital y la seguridad social de María Elena Rodríguez de Pardo al denegarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de su hija

5.1. En este trámite se discute si el ISS violó los derechos fundamentales de la peticionaria a la seguridad social en pensiones y el mínimo vital al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

De acuerdo con la información contenida en el expediente, la peticionaria ha elevado tres solicitudes de reconocimiento de la prestación, en dos oportunidades se ha pronunciado el ISS la citada autoridad sobre la situación de la actora, y en ambas recibió respuesta negativa. En 1990, el ISS respondió la primera solicitud de la accionante, y le indicó que no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes pues la normatividad vigente al momento del fallecimiento de su hija no incluía como beneficiarios de la prestación a los ascendientes del causante. Como se explicó en los antecedentes del caso, el deceso de la causante ocurrió en 1988 y el ISS estudió la solicitud con base en las normas contenidas en el Decreto 433 de 1971.

Posteriormente, en el año 2005, el ISS respondió una segunda petición de la accionante, en la que pidió que su situación se analizara a partir de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y tomando en cuenta el principio de igualdad, en los términos en que fue incorporado a la Constitución Política de 1991 y ha sido interpretado por la Corte Constitucional. El ISS respondió negativamente el requerimiento, nuevamente argumentando que la normatividad aplicable al momento de la muerte de la peticionaria no contemplaba a los ascendientes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Agregó que es ese el momento en que se causa la prestación y que, en virtud del principio de legalidad, no es posible aplicar normas posteriores a una situación como la expuesta por la peticionaria, pues ello implicaría una seria afectación a la configuración del sistema pensional previsto por el Legislador.

5.2. La posición asumida por el ISS tuvo por fundamento una regla según la cual la procedencia de un reconocimiento pensional debe analizarse desde la perspectiva de las normas vigentes al momento de acreditarse los requisitos para el acceso a la prestación, manifestación del principio de legalidad e irretroactividad de la ley.[32] En la misma dirección consideró la entidad que la

aplicación de la ley hacia el futuro y la prohibición general de retroactividad son pilares de la certeza y la seguridad jurídicas. En ese sentido, se observa que la respuesta dada al requerimiento de la peticionaria resulta, en principio, razonable.

5.3. Sin embargo, el caso concreto presenta características de evidente relevancia constitucional, que sugieren la necesidad de profundizar el análisis desde el plano de las normas y principios superiores contenidos en la Carta Política, debido a que el problema que plantea la peticionaria atañe a que el régimen legal aplicado por el ISS comporta una evidente desprotección a un sujeto de especial protección constitucional, que dependía económicamente de su hija quien, a su vez, efectuó aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social por 902 semanas, cumpliendo así su carga de solidaridad con el sistema.

Una característica del estado constitucional de derecho consiste en que, en virtud del carácter normativo de la Constitución Política y el "efecto irradiación" de los derechos fundamentales,[33] los operadores jurídicos deben tomar en cuenta la incidencia de sus decisiones de interpretación y aplicación legal en la eficacia de los derechos constitucionales.

No existe sin embargo un estándar plenamente definido que permita al operador jurídico determinar cuándo un caso puede resolverse con absoluta observación de la ley y cuándo su interpretación está plenamente condicionada por los principios de superior jerarquía. Los elementos del caso concreto son los que determinan su relevancia constitucional. Por ello, el filósofo del derecho Ronald Dworkin ha sostenido que existen casos de "prioridad local" y casos que requieren un "ascenso justificativo". Los primeros, para el autor, son aquellos cuya respuesta está dada por un precedente claro (o, para el caso, por una regla legal); los segundos son los que exigen del operador jurídico abandonar el espacio de regulación "local" de la regla y tomar en consideración normas de superior jerarquía o principios generales del derecho, correspondiéndole al juzgador identificar frente a cuál de las dos hipótesis se enfrenta al momento de la aplicación del derecho.[34]

En ese marco, se observa que el ISS adoptó una respuesta a este conflicto, asumiéndolo como un conflicto de "prioridad local" y, por lo tanto, gobernado plenamente por el Decreto 433 de 1971.[35] Su esquema de solución puede ilustrarse de esta manera: (i) la norma aplicable a una solicitud de pensión de sobrevivientes es aquella que se hallaba vigente al momento de la muerte del causante; (ii) en este asunto, la causante falleció en 1988, así que la norma vigente era el Decreto 433 de 1971; (iii) ese decreto no incluía a los ascendientes como beneficiarios; en consecuencia, (iv) la peticionaria no era beneficiaria de su hija. El único aspecto fáctico relevante para resolver el asunto, dentro de ese razonamiento, es la fecha de fallecimiento de la hija de la actora; y el parentesco entre ella y la peticionaria, aspecto decisivo para calificarla como beneficiaria o no beneficiaria en los términos del decreto citado.

5.4. La existencia de dos peticiones[36] y dos respuestas (una en 1990 y otra en 2005) permite conocer mejor el asunto y esclarecer lo que deja de lado esa forma de aplicar el derecho, a pesar de ser relevante desde el punto de vista de una constitución normativa. Así, frente a la primera petición, parecía improbable que el ISS tuviera elementos normativos relevantes de solución distintos a los que halló en la ley vigente (aunque al avanzar en la exposición se verá que esta conclusión debe matizarse), pues aunque la peticionaria ya era una persona de la tercera edad y, en virtud de la dependencia económica hacia su hija también enfrentaba una situación de vulnerabilidad económica, no existía una conciencia jurídica de aplicar directamente los derechos fundamentales en el orden jurídico colombiano antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Cuando la accionante presenta su segunda petición, sus condiciones de vulnerabilidad se habían hecho más intensas: no sólo pertenecía a la tercera edad sino que había superado la expectativa promedio de vida de las mujeres colombianas (tenía 88 años), su vulnerabilidad económica necesariamente se hacía más notoria debido al paso del tiempo sin generación alguna de ingresos; su imposibilidad para procurarse medios de subsistencia autónomos ya no era improbable sino prácticamente nula; y su estado de salud era delicado. En otros términos, la peticionaria reunía distintas condiciones de vulnerabilidad que, en un estado social de derecho, son relevantes desde el punto de vista de la igualdad material y la obligación de las autoridades de adoptar medidas positivas o dar un trato especial de carácter favorable a quienes ostentan tales condiciones. Además de ello, la Ley 100 de 1993 se hallaba vigente, y en su artículo 46 incorporó a los ascendientes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, aspecto mencionado por la peticionaria en su solicitud de reconocimiento pensional.

5.5. De esos elementos no se infiere que el ISS debía dar una respuesta afirmativa a lo pedido por la actora. Lo que sí se evidencia es que el caso requería un ascenso justificativo: dar respuesta a la existencia o no del derecho desde el punto de vista de la interpretación y la aplicación de las normas legales de manera acorde a la Constitución Política de 1991; y requería definir si la posición asumida por el ISS previamente era también compatible con el principio de igualdad.

El carácter imprescriptible de la prestación solicitada impedía considerar cerrada la discusión porque, ante nuevos argumentos jurídicos de absoluta relevancia (la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993), la entidad se hallaba obligada a efectuar un análisis integral del asunto, con perspectiva constitucional tomando en consideración las condiciones de vulnerabilidad de la actora y sus argumentos asociados a la vigencia del principio de igualdad y la aplicación del principio de solidaridad dentro del manto normativo de la nueva Carta Política.

Sintetizando, en el caso objeto de estudio existen razones para la acción, de carácter constitucional, que obligan al juez a iniciar un ascenso justificativo para dar respuesta al problema jurídico que se plantea, trascendiendo el plano legal para incorporar todos los aspectos constitucionales relevantes al análisis. Esa necesidad, en esta ocasión, se origina en (i) la edad de la peticionaria, en tres momentos: (i.1) a la muerte de su hija, cuando contaba con 67 años y era, por tanto, una persona de la tercera edad; (i.2) a la presentación de su petición ante el ISS, cuando tenía 88 años de edad; y (i.3) actualmente, fecha en que acredita los 93 años de edad; (ii) el volumen de los aportes o cotizaciones demostrado por su hija (902 semanas); (iii) el principio de igualdad en relación con (iii.1) el concepto de "déficit de protección" y (iii.2) el mandato de no discriminación.

5.6. Así las cosas, debe la Sala emprender ese ascenso justificativo el cual parte de identificar las razones por las cuales este problema debe ser resuelto a nivel constitucional para, posteriormente, analizar cada uno de los aspectos relevantes y así encontrar una respuesta al caso que haga no sólo de la ley sino del pronunciamiento que se adopte una regla jurídica válida en tanto conforme con la Constitución Política, independientemente de si la respuesta al problema jurídico es favorable o desfavorable a los intereses de las partes en el caso concreto.

El ascenso justificativo no opera sin embargo unilateralmente, sino que en este trámite plantea una tensión constitucional pues, frente a los elementos recién señalados, que son aquellos que la peticionaria solicitó al ISS fueran tomados en cuenta, se presentan los que defienden la adopción de la decisión de la entidad accionada que, para una argumentación transparente, deben ser

concebidos en toda su magnitud constitucional: (i) la importancia del respeto de la ley como manifestación del principio democrático en la configuración de los regímenes pensionales; (ii) la irretroactividad de la ley como manifestación del debido proceso y condición de estabilidad y seguridad jurídica; (iii) la imposibilidad de que el juez configure un sistema pensional o defina sin un marco legal y reglamentario las condiciones de acceso a las pensiones de vejez, por la incidencia negativa que ello supone para la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Para resolver esa tensión, lo primero que debe aclararse es que la ley es sin duda la más poderosa razón de decisión con que cuentan la administración y los jueces en materia pensional, dada la importancia que posee la planeación democrática en los sistemas de seguridad social y en las decisiones sobre la distribución de los recursos públicos, de donde se infiere que sólo frente a perentorios mandatos constitucionales esta puede ser inaplicada, como ocurre cuando desconoce el principio de igualdad o contiene regulaciones regresivas carentes de justificación.

En segundo término, es un aspecto conocido de la interpretación jurídica que la ley no plantea respuestas para todos los casos que llegan ante los jueces. Dentro de las diversas razones para que ello ocurra, se encuentran (i) la existencia de contradicciones reales o aparentes entre normas legales; (ii) la ausencia de regulación o lagunas; (iii) la existencia de una regulación que en términos abstractos no presenta inconvenientes constitucionales pero que puede afectar la vigencia de los principios superiores al ser aplicada a casos concretos; y (iv) la indeterminación semántica y de propósitos de las disposiciones legales.[37] Ese conjunto de potenciales inconvenientes que enfrenta el juez al momento de interpretar y aplicar la ley, suele manejarse a partir de los diversos criterios o cánones de interpretación; las reglas de solución de antinomias; y la ponderación de principios.

En este caso resultan particularmente relevantes los supuestos (ii) y (iii) del listado presentado en el párrafo precedente. El segundo supuesto plantea la posibilidad de que un caso que requiera regulación haya sido pasado por alto por el Legislador y se concreta en el concepto tradicional de laguna jurídica. En principio, es difícil valorar cuándo el Legislador dejó de regular un tema teniendo la obligación de hacerlo, así que la existencia de una auténtica laguna jurídica suele ser objeto de controversia. Sin embargo, en el orden constitucional colombiano, este tipo de lagunas se hace evidente cuando existe un mandato constitucional que exige un desarrollo legislativo y éste no ha sido llevado a cabo. En esos eventos es imputable una omisión al legislador por no desarrollar la Constitución Política. El tercer supuesto, plantea en cambio la existencia de una respuesta legal que, al intérprete le resulta insatisfactoria pues no representa una respuesta justa para el caso estudiado. Por ese contenido valorativo, se suele denominar a este supuesto una laguna axiológica.

Pues bien, ambos conceptos resultan relevantes en el asunto objeto de estudio pues, de una parte, la Sala observa que el ISS dio una respuesta al caso basada en la ley que, sin embargo, debe ser controlada bajo la fuerza normativa de la Carta Política por afectar gravemente a una persona objeto de protección constitucional; desde ese punto de vista podría argumentarse que debe despejarse la eventual existencia de una laguna axiológica. De otra parte, la peticionaria afirma que el Legislador de la época no incluyó a los ascendientes como beneficiarios, así que debe determinarse si por esa razón los ubicó en situación de desprotección y si el régimen aplicado a la peticionaria adolecía por tanto de una laguna jurídica.

5.7. Las lagunas, tanto jurídicas como axiológicas, requieren del juez una compleja tarea de integración del derecho, en la cual suele jugar un papel determinante la equidad, herramienta destinada a integrar al fallo consideraciones de justicia, evaluar elementos fácticos del caso

concreto no previstos en los supuestos de hecho de las reglas legislativas, y ponderar las consecuencias y cargas de la decisión, como a continuación se explica. Por ello, si bien la formulación del principio de equidad en el artículo 230 de la Constitución Política se limita a definirla como fuente auxiliar del derecho, la comprensión que la Corte Constitucional ha desarrollado del principio es notablemente más amplia, llegando a identificarla como material jurídico indispensable en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Así lo expresó la Corporación en sentencia de unificación SU-837 de 2002:

"(H)istóricamente, la preocupación por integrar consideraciones de equidad al derecho ha sido continua. En efecto, desde el derecho romano, mediante la labor de los pretores, hasta nuestros días, legisladores y jueces se han preocupado continuamente por ajustar la generalidad de las normas jurídicas a las particularidades de la realidad, introduciendo en ellas matices y excepciones para integrar ciertas consideraciones de equidad.

(...)

En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos "límites", resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. (...) la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes."[38] [En este aparte, la sentencia de unificación sigue, a su vez, el fallo de constitucionalidad C-1547 de 2000]

(...)

Entre nosotros, el constituyente se preocupó también por institucionalizar la equidad. Dentro de estas instituciones sobresalen tres: los jueces de paz (...), el arbitramento (...) y, claro está, la acción de tutela que busca ofrecer a las personas un remedio efectivo cuando la jurisdicción ordinaria no se lo brinda y en la cual el juez debe ponderar, a partir de los hechos del caso, no solo la decisión más razonable sino ante todo la orden que tendrá el efecto práctico de garantizar el goce efectivo del derecho constitucional fundamental amenazado o violado. La tutela, es, en esencia, una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales."[39]

5.8. La equidad, bajo esa amplia caracterización presentada, ha sido importante dispositivo de decisión de problemas pensionales, para la Corte Constitucional, así como para los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa.

Así, (i) en relación con la devolución de saldos, en sentencia T-1046 de 2007, la Corporación

señaló que se trata de una obligación que deben asumir las entidades que recibieron aportes aunque la ley no les haya atribuido de forma directa la obligación, en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa que constituye, a su vez una manifestación del principio de equidad.

De igual manera, (ii) en una sólida línea jurisprudencial, cuyos pronunciamientos hitos se encuentran en las sentencias SU-120 de 2003 y C-862 de 2006, la Corporación ha señalado que la indexación de la primera mesada constitucional no sólo encuentra respaldo normativo directo en la Constitución Política de 1991 sino también (y especialmente) en el principio de equidad, razón por la cual el derecho preexistía a la Carta de 1991.

En similar sentido, (iii) en la sentencia T-084 de 2006,[40] la Corte conoció el caso de una persona de la tercera edad (72 años) y en condiciones de invalidez que solicitaba el reconocimiento de un bono, pues éste no le había sido redimido por el Ministerio de Hacienda bajo el argumento de que no cumplía los requisitos legales para ello. Específicamente, la autoridad citada le informó que no tenía derecho a la emisión del bono porque no había cotizado 500 semanas luego de su afiliación al régimen de ahorro individual, de acuerdo al literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

La Sala Octava de Revisión decidió amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social del peticionario. Sostuvo que aunque el actor no cumplía el requisito mencionado, en el caso concreto debía aplicarse el principio de equidad en virtud de la condición de discapacidad en que se hallaba el actor. Concretamente, expresó la Corte:

"[e]l artículo 61 de la Ley 100 de 1993 establece el cumplimiento de ciertos requisitos para acceder a la pensión de invalidez o a la devolución del capital por cotizaciones a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, imposición que solo será posible si previamente se parte del presupuesto que el afiliado está en capacidad de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, porque el hecho de exigir al actor que cotiche e imponerle una sanción por no hacerlo conociendo que físicamente está impedido, constituye una inequidad, pese a la constitucionalidad del artículo 61 en mención. || Así las cosas, en el presente asunto lo equitativo tiene que ver con no exigir el requisito de cotización durante el tiempo establecido por el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, para acceder al derecho pensional por invalidez, a quien le sobrevino la invalidez y el deterioro físico y mental propios de los años, como en el caso del actor, quien por lo mismo se encuentra en imposibilidad absoluta de seguir realizando los aportes. Por lo tanto, el actor tiene derecho a la devolución de saldos de que trata el precepto en mención."

(iv) Finalmente, en eventos que resultan similares al asunto objeto de estudio (aunque no idénticos en virtud del problema jurídico resuelto), la Corporación ha dado paso a la equidad en eventos en los cuales las personas reúnen un amplio número de semanas pero no cumplen los requisitos legales de acceso a la prestación pensional que solicitan.

Así, en la sentencia T-730 de 2008,[41] la Corte estudió una acción de tutela promovida por la madre de un docente fallecido que solicitaba el reconocimiento de la pensión post mortem, prevista en el artículo 7° del decreto 224 de 1972,[42] dado que su hijo laboró durante más de diecinueve (19) años en planteles oficiales y no dejó beneficiarios con mejor derecho. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó el reconocimiento porque la regulación mencionada no incluía a los padres como beneficiarios de esa modalidad pensional.

La Sala Novena de Revisión, en el fallo citado, amparó los derechos fundamentales de la

accionante, y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicando la Ley 100 de 1993, considerando que, a pesar de que la muerte del causante había ocurrido bajo la vigencia de una norma anterior, en el asunto estudiado no había una razón constitucionalmente válida para que a una persona de la tercera edad se le exigieran requisitos más gravosos para acceder al beneficio pensional, que los consagrados en el régimen general. Concluyó la Sala:

"elementales razones de equidad y justicia señalan que [la accionante] debería estar amparada en alguna forma por una prestación económica que supla la ayuda económica que en vida le proporcionaba su hijo, sobre todo por cuanto éste prestó sus servicios y efectuó aportes a un sistema de seguridad social durante un periodo tan prolongado."; y agregó "la inexistencia de normas legales o reglamentarias que consagren una prestación que permita atender las circunstancias de debilidad manifiesta de la peticionaria no puede argüirse como pretexto válido desde la perspectiva constitucional para prorrogar el estado de indefensión que la aqueja."[43]

5.9. De similar manera han obrado la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en eventos que son relevantes para el estudio del caso concreto porque, de una parte, demuestran cómo el efecto general inmediato de la ley no es absoluto y, de otra, señalan cómo la aplicación estricta de las normas legales puede llevar a resultados inaceptables en materia pensional.

5.9.1. En ese marco, la Corte Suprema de Justicia, en una amplia línea de precedentes ha decidido aplicar ultra activamente el Decreto 758 de 1990, "Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios", en casos en que la entrada en vigencia de la Ley 100 supuso un cambio en las condiciones de acceso a la pensión de sobrevivientes que afectaba intensamente a personas que habían cumplido incluso el requisito necesario para acceder a la pensión de invalidez, en virtud del volumen de aportes efectuados al sistema.

Así, el Acuerdo 049 de 1990, establecía como condición para acceder a la pensión de sobrevivientes los mismos requisitos consagrados para obtener la pensión de invalidez, esto es, que el causante hubiera cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez[44] mientras que el artículo 46 de la Ley 100 modificó los requisitos, exigiendo 26 semanas en el año previo al fallecimiento y, posteriormente, mediante Ley 797 de 2003, se hizo más exigente el requisito, y se estableció en 50 semanas dentro de los últimos tres años de cotización.

Pues bien, tomando en consideración que muchas personas que habían satisfecho una carga superior de cotizaciones se verían imposibilitadas de cumplir los requisitos exigidos por la nueva regulación, la Corte Suprema de Justicia construyó una regla según la cual cuando una persona fallece en vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993[45], de acuerdo con su redacción original, y no cumple las exigencias de esa normatividad para acceder a la pensión de sobrevivientes, le son aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, "Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte", si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumplía el supuesto del número de semanas cotizadas para que sus beneficiarios pudiesen acceder a la pensión de sobrevivientes.

Haciendo referencia a los principios de condición más beneficiosa y el principio de proporcionalidad, expresó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como fundamento de esa regla, con claro soporte en el principio de equidad:

"Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparea la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 suprallegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1.994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo). || Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.[46]

5.9.2. El Consejo de Estado, con base en los principios de equidad y favorabilidad decidió, en fallo de 2002, conceder el derecho a la pensión de sobrevivientes contenido en la Ley 100 de 1993, al beneficiario de un causante que falleció antes de su entrada en vigencia, considerando que la concesión del derecho con base en las normas especiales del régimen del Magisterio resultaba insuficiente para su adecuada protección. Como fundamentos de la decisión, planteó el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

"Considera la Sala que la inconformidad de la demandante radica en el hecho de haberse reconocido la sustitución pensional por el término de cinco años, y no en forma vitalicia de conformidad con lo dispuesto por las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, en concordancia con los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 en relación con la pensión de sobrevivientes y como aplicación del principio constitucional de favorabilidad. En ocasiones es necesario acudir al sentido común y no solo al texto frío de la ley encontrando una solución cimentada en principios de equidad y proporcionalidad, de los que se apartaría una decisión judicial que niegue el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a quien ha aportado al sistema de seguridad social durante más de 15 años y la concede a quien demuestra aportes por 26 semanas, con el argumento simple de la existencia de un régimen de excepción que, dicho sea de paso, no regula pensión similar a la de sobrevivientes. En este caso, el causante cumplió las exigencias previstas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993; no solo cotizó más de 26 semanas, sino que también lo hizo por más de las 26 semanas durante el último año de servicios. Se ordenará entonces que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca y pague a la demandante y a sus hijos menores, pensión de sobrevivientes y las mesadas adicionales que se hayan causado, en la cuantía que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo 498 inciso 2º de la ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la ley 100, y aplicando los reajustes previstos"[47]

5.10. Los casos recién reiterados y las decisiones adoptadas tanto por esta Corporación como por la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) y el Consejo de Estado (Sección Segunda) no sólo se destacan por la aplicación del principio de equidad, sino también por la forma en que demuestran su relación con los principios de solidaridad y proporcionalidad y todo ello, debido a que en cada uno de los eventos citados se presenta una particularidad, es que los

actores acreditaron que sus respectivos beneficiarios efectuaron un esfuerzo en aportes y cotizaciones muy superior al que la Ley actual exige para acceder a la prestación requerida para satisfacer su derecho a la seguridad social y, sin embargo, no tenían derecho al mismo desde una aplicación "fría" de los textos legales, según la metáfora utilizada por el Consejo de Estado en la sentencia recién citada.

En relación con el principio de solidaridad, debe recordarse que se trata de un principio es fundamento de nuestro sistema jurídico (artículo 2º, CP) y un elemento esencial del sistema de seguridad social.[48] La solidaridad es, en primer término un deber de los ciudadanos consistente en brindar su apoyo activo y decidido para la consecución de los fines constitucionales (artículo 95 CP) y, en el marco de la seguridad social, para la adecuada financiación y funcionamiento del sistema. Pero, como contrapartida a su naturaleza de deber, la solidaridad puede crear derechos subjetivos o bien, obligaciones jurídicas derivadas de su aplicación armónica con el principio de igualdad.[49]

Por ello, es una característica del sistema de seguridad social que las personas coticen y aporten siempre que tengan acceso a un puesto de trabajo o realicen actividades semejantes como profesionales independientes. Y es un derecho de las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta acceder a los beneficios que esa solidaridad reporta para el sistema, por ejemplo, por vía de subsidios o mediante el acceso a prestaciones que no se encuentran plenamente respaldadas por sus aportes, como ocurre, por ejemplo, con las pensiones de invalidez y sobrevivientes.[50]

En ese orden de ideas, es un punto pacífico en la jurisprudencia que la exigencia de cotizaciones mínimas obedece a la necesidad de preservar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Sin embargo, resultaría ingenuo suponer que en un sistema que plantea, como regla general, la obligación de aportar o efectuar cotizaciones durante un lapso comprendido entre 1000 y 1300 semanas para el acceso a la pensión de vejez, el Legislador decidió asegurar la salud económica del sistema mediante la exigencia de una cotización mínima de 25 semanas durante el último año o 50 durante los tres últimos, debido a que ese número de semanas constituye sólo una porción mínima de las citadas 1000 a 1300 semanas que exige el acceso a la pensión de vejez.

Por ello, puede concluirse que la sostenibilidad financiera por vía del requisito de semanas mínimas se logra mediante la creación de una cultura de afiliación al sistema. Pretende que las personas, conscientes de que la muerte y la invalidez son riesgos latentes, no evadan el pago de sus cotizaciones en ningún momento de su vida laboral.[51]

Pues bien, así entendido el requisito, es evidente que quien cotiza 902 semanas satisface plenamente su deber de solidaridad. Más aún, es claro que se trata de una persona que asumió con plena seriedad y buena fe ese deber. Y siendo la solidaridad un deber cuando se mueve del más fuerte hacia el más débil; en virtud del principio de igualdad, es también un derecho a recibir un trato especial, cuando la solicita quien se encuentra en condición de debilidad o vulnerabilidad. En un caso como el analizado, la hija de la peticionaria, en su edad productiva asumió plenamente el deber, pero su madre carece, según la interpretación mecánica de las reglas legales de derecho alguno.

Precisamente a partir de esas premisas, construyeron el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia buena parte de su argumentación en los casos citados. La naturaleza de sus argumentos obedece a lo que se denomina una interpretación a fortiori, la cual se encuentra asociada, tanto al principio de igualdad como a la aplicación analógica del derecho, como se explica:

El principio de igualdad,[52] en su dimensión formal, ordena aplicar iguales consecuencias jurídicas a personas o situaciones de hecho iguales. La igualdad entre personas y situaciones de hecho, empero, no es algo que se presente de forma absoluta en la vida real, así que el análisis jurídico de igualdad entre dos situaciones gira en torno a la identificación de semejanzas y diferencias parciales entre esas personas o situaciones de hecho a partir de un criterio de comparación establecido en el orden jurídico; y un ulterior análisis sobre cuáles tienen mayor relevancia o peso en el caso concreto, para determinar si está jurídicamente ordenado un trato igual entre los sujetos de la comparación, o si las diferencias de hecho justifican a su turno distinciones de trato jurídico.

Ese carácter parcial de las semejanzas y las diferencias relevantes es también el origen de la aplicación analógica del derecho. En efecto, por medio de la analogía, el juez estima que cuando dos supuestos diversos mantienen semejanzas relevantes desde un punto de vista legal o constitucional, debe dárseles el mismo tratamiento aunque el Legislador no lo haya establecido así de forma explícita.

Finalmente, el argumento a fortiori se construye como una derivación de la analogía, pues plantea que, a la luz de la ratio de la ley o la intención del Legislador (esto es, los propósitos explícitos en la ley, o asumidos mediante una interpretación genética de su creación), si un supuesto es regulado de una manera, con mayor razón debe ser tratado igual otro supuesto porque en éste se evidencia una asociación más evidente a los fines de la norma legal.[53]

Por ello planteó el Consejo de Estado, en el caso que se ha recordado, que si el Legislador previó el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de un trabajador que hubiere cotizado 26 semanas dentro del último año, debía entenderse a fortiori, que mayores razones de derecho existen para que acceda al derecho una persona que cotizó durante 15 años (aproximadamente 750 semanas).

De similar manera razona la Corte Suprema de Justicia en los casos citados: si unas personas fallecieron cuando regía el Acuerdo 049 de 1990 después de haber cumplido los exigentes requisitos que esa normatividad establecía para el acceso a una pensión de invalidez; requisitos que excedían ampliamente los de la regulación actual en cuanto a volumen de cotizaciones, debe entenderse que con mayor razón deben acceder al derecho bajo el nuevo régimen que plantea un volumen menor de cotizaciones mínimas, incluso, si no cumplen la condición de reunir ese mínimo en el último año o los últimos tres años, según el caso.

Pues bien, razonamiento semejante debe predicarse de la situación de hecho que se presenta en este trámite: actualmente la Ley 100 de 1993 prevé el acceso al derecho a la pensión de los padres del causante (en ausencia de descendientes y cónyuge), cuando éste último hubiere cotizado 25 semanas durante el año previo a su fallecimiento. La hija de la peticionaria, sin embargo, falleció antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y, sin embargo, había cotizado 902 semanas al régimen de prima media (esto es, unas 36 veces más del mínimo exigido por la actual regulación para el acceso al derecho). Por ese motivo, la peticionaria no tiene acceso al derecho, en un escenario en el que personas más jóvenes y cuyos causantes no asumieron una carga semejante, tienen acceso a la prestación por ella requerida.

Como el argumento se basa en ese "con mayor razón" y no simplemente en la "similitud de los casos", tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema involucraron en su análisis el principio de proporcionalidad. Así, no sólo resulta claro que las personas que obraron como accionantes en los eventos analizados por las altas corporaciones tenía el derecho a la prestación

pensional en igualdad de condiciones; sino resulta que su negativa los afectaba de manera más intensa que a otras personas, lesionando así el principio de proporcionalidad.

5.11. De lo expuesto se desprende una segunda conclusión relevante: la aplicación de la equidad, en materia pensional, para no confundirse con simple decisionismo (o arbitrariedad) judicial, debe venir acompañada de consideraciones de solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad. Los argumentos de que dispone el juez para llegar a la conclusión de que una persona que no cumple en términos estrictos un requisito legal debe sin embargo ser amparada por una prestación pensional se basan en la analogía o en el razonamiento a fortiori, asociado a la analogía pero a partir del cual el juez encuentra que, identificada la finalidad de la norma si el legislador reguló de forma determinada un supuesto de hecho, con mayor razón debe aplicársele la misma consecuencia jurídica al asunto sub exámine que no fue expresamente evaluado por el legislador, debido a que su relación con los propósitos o con la ratio de la norma es más intensa.

5.12. Pero al concluir que un caso debe resolverse con base en la equidad porque así lo ordenan los citados principios constitucionales, no se decide el problema planteado en un asunto en concreto sino que apenas se formula la pregunta: ¿Cuál es la decisión que debe adoptarse en equidad, tomando en cuenta que el juez no configura regímenes pensionales ni define los requisitos de acceso al derecho? En algunos eventos, la aplicación analógica permite esclarecer cuál es el régimen. En otros eventos, será preciso acudir a criterios adicionales de interpretación para determinar cuál es la forma correcta de integrar el ordenamiento por vía de equidad. Entra la Sala a definir este aspecto.

Resulta claro que en este trámite la pregunta se relaciona con la aplicación en el tiempo de las normas pensionales pues son éstas las que definen los requisitos de acceso, el monto de la mesada pensional y los beneficiarios de una prestación determinada o, en otros términos, los potenciales titulares del derecho.

Nuevamente, es preciso para un estudio adecuado de este aspecto la referencia a pronunciamientos previos de la Corte Constitucional, aclarando sin embargo que, por regla general, las reglas pensionales poseen efecto general inmediato, así que no se aplican a situaciones consolidadas previamente. (Principio de irretroactividad de la ley).

Por ese motivo, Para solucionar este interrogante debe aclararse en primer término que esta Corporación, si bien ha defendido la aplicación de la ley hacia futuro como regla general, también ha matizado el alcance del citado principio en eventos excepcionales, entre los que cabe destacar: (i) aquellos eventos en que la aplicación de la ley a futuro (o con efecto general inmediato) puede afectar desproporcionadamente a quienes tenían expectativas legítimas de acceder a un derecho en el escenario de tránsitos normativos y, especialmente, cuando éstos tienen carácter regresivo en tanto plantean una disminución en el ámbito de protección de un derecho o en la eficacia de los principios constitucionales, evento en el cual es posible aplicar ultra activamente normas derogadas; (ii) mediante la aplicación retrospectiva de la Constitución Política frente a situaciones que no se hallaban consolidadas y siempre que exista un cambio normativo que satisfaga fines sociales constitucionalmente relevantes; y (iii) cuando normas pre constitucionales devienen incompatibles con los mandatos superiores a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 y muy especialmente cuando ello implica una violación al principio de igualdad.

(i) Un ejemplo del primer tipo de decisiones se encuentra en la jurisprudencia relativa a la aplicación del requisito de fidelidad en materia de pensión de invalidez, previa la declaración de

inexequibilidad del mismo (sentencia C-428 de 2009, ya citada). En el análisis construido por diversas salas de revisión[54], el requisito debía inaplicarse por tratarse de una norma regresiva que afectaba desproporcionadamente a personas particularmente vulnerables y, por lo tanto, debía darse aplicación a las normas previas que no lo establecían. Un segundo ejemplo de este tipo de decisiones se encuentra en la ya reiterada regla de la Corte Suprema sobre el acceso a la pensión de sobrevivientes cuando el causante había cotizado por lo menos 300 semanas en el régimen contenido en el acuerdo 049 de 1990 en las que se da lugar a la aplicación ultra activa del régimen derogado.

(ii) En la sentencia T-110 de 2011,[55] la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer que reclamaba la pensión de sobrevivientes de un miembro de la Policía Nacional en condición de compañera permanente, dado que su compañero falleció en mil novecientos noventa (1990) y era beneficiario de una pensión de jubilación. La entidad demandada negó la prestación bajo el entendido de que la norma vigente al momento de la muerte del causante no incluía dentro de sus beneficiarios a las compañeras permanentes.

La Sala Novena de Revisión decidió amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de la accionante, y ordenó a la Policía Nacional que efectuara el reconocimiento de la sustitución pensional. Para sustentar su resolución, la Corte explicó que si bien una interpretación "literal" de la reglamentación llevaba a concluir que las compañeras permanentes estaban excluidas como beneficiarias de la prestación reclamada, una lectura acompasada con los postulados de la Carta Política de 1991 y el precedente constitucional conducían a la Sala a incluir a esas personas como titulares de la sustitución pensional.

Dado que en ese caso el causante de la prestación falleció antes de que entrara en vigencia la Constitución Política de 1991, la Corte estimó pertinente efectuar una aplicación "retrospectiva" de la norma superior. Explicó la Sala Novena que la retrospectividad opera cuando los efectos jurídicos de una situación no se han consolidado bajo la norma previa y, en virtud de los postulados de equidad y proporcionalidad, debe aplicarse hacia el pasado cierta disposición:

"[e]l fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la [irretroactividad], asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad."[56]

(iii) Finalmente, en una consolidada línea de pronunciamientos constitucionales, la Corporación declaró la inexequibilidad, con efectos retroactivos, de una serie de disposiciones contenidas en regímenes pre constitucionales que establecían el derecho a la pensión de sobrevivientes en cabeza de personas viudas (hombres y mujeres) pero no contemplaba a los compañeros permanentes como beneficiarios del mismo. En esas decisiones, la Corte asumió la declaración retroactiva de inconstitucionalidad consciente de los costos económicos que ello suponía para el sistema, con base en el principio de no discriminación, por tratarse este último de uno de los elementos cardinales de todo estado constitucional de derecho. Por lo tanto puede afirmarse que el costo de esas decisiones está plenamente soportado en la necesidad de que Colombia se construya como un estado igualitario, donde no puede regir una regulación que establezca un

trato distinto por motivo del rótulo que se le dé a una relación de pareja o a una forma de familia determinada.[57]

De igual manera, al analizar la constitucionalidad de normas que preveían la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes de los viudos y las viudas que contrajeran nuevas nupcias, la Corte declaró la inexecutable de ese tipo de mandatos, dotando a su decisión de efectos retroactivos, considerando que una regulación de tales características es contraria a los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.[58]

Finalmente, en reciente decisión,[59] esta Sala decidió conceder el amparo a una peticionaria que solicitó la pensión de sobrevivientes como ascendiente del causante, quien era miembro de la fuerza pública al momento de su muerte, en el año 1988. En ese caso, la Sala consideró que el Legislador extraordinario, al proferir el Decreto 1214 de 1990, "[p]or el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional", vulneró el derecho a la igualdad al no incluir a los ascendientes que habían ingresado a la tercera edad y no contaban con fuentes de ingresos propios. En ese sentido, la aplicación de una norma pre constitucional debe efectuarse de manera que no se oponga a la actual vigencia de los principios constitucionales.

5.13. Pues bien, la Sala considera que en este caso se presentan situaciones análogas a las ya citadas, en las cuales se han adoptado decisiones por parte de las altas cortes que suponen una restricción al principio de irretroactividad de la ley, destinada a satisfacer otros principios y fines constitucionales, al menos desde dos puntos de vista independientes: (i) la aplicación actual del principio de igualdad a una situación pre constitucional; y (ii) la inaplicación de una norma pensional por violación del principio de progresividad. El análisis de ambos puntos de vista es necesario para determinar la normatividad aplicable a la accionante en relación con su solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Comenzando por el segundo elemento planteado, observa la Sala que la peticionaria planteó, como uno de sus motivos de inconformidad con la decisión adoptada por el ISS, el hecho de que tanto la regulación previa al Decreto 433 de 1971, contenida en la Ley 90 de 1946; como la regulación posterior contenida en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, incorporaron a los padres como beneficiarios, de manera que, en su caso, la pensión no fue reconocida debido a la mala fortuna de que su hija hubiese fallecido en vigencia del régimen pensional menos favorable, el cual además, se ubica temporalmente entre dos regulaciones que sí contemplaban a los padres como beneficiarios del derecho a la pensión de sobrevivientes.

A ello respondió el seguro oponiendo el ya citado principio de irretroactividad de la ley. Sin embargo, por todas las razones expuestas, este caso plantea un evento en el que la aplicación inflexible del mismo conduce a una decisión incompatible con mandatos constitucionales. Y es posible evidenciar que, si se toman en serio los argumentos de la ciudadana desde el punto de vista constitucional, como corresponde a operadores jurídicos que conocen las normas superiores de la Carta Política, el hecho de que en 1971 el Legislador extraordinario haya decidido excluir a los ascendientes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes no carece de relevancia constitucional.

En efecto, desde el punto de vista actual, la exclusión de beneficiarios previamente establecidos por ley para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes es una medida *prima facie* regresiva, que sólo se ajusta a la Constitución Política si el órgano que la adopta demuestra que obedece a un fin imperioso; que satisface la eficacia de otros derechos de carácter constitucional

y que no comporta una restricción irrazonable y desproporcionada de los derechos de los afectados, especialmente si estos son sujetos de especial protección constitucional, como ampliamente fue explicado por la Corte en la sentencia T-043 de 2007[60], donde también se indicó que las medidas regresivas en materia pensional pueden dar lugar, tanto a la inconstitucionalidad de la ley en sede de control abstracto, como a su inaplicación en sede de tutela o en otro tipo de procesos mediante la excepción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, cabría preguntarse o eventualmente contraargumentar que ese es el estado actual de cosas y no aquel que se daba en 1971 y que, por lo tanto, en esa época, el Legislador estaba facultado para establecer regulaciones regresivas en materia pensional sin límite alguno. Esa pregunta o argumento puede responderse en un nivel de complejidad muy alto que escapa al alcance de este fallo pues atañe al alcance de las obligaciones estatales y la consideración sobre el lugar del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico colombiano, previa la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Pero, de manera sucinta, puede aclararse que (i) la prohibición de regresividad es un correlato al principio de progresividad, que describe las obligaciones estatales para la eficacia de los derechos sociales o, como lo ha precisado esta Corporación en su jurisprudencia reciente, de determinadas facetas prestacionales de los derechos constitucionales; (ii) actualmente existe una sólida elaboración jurisprudencial y un amplio desarrollo de la doctrina sobre el principio de progresividad y la prohibición de retroceso, en los ámbitos interno e internacional; (iii) sin embargo, la formulación inicial del principio se encuentra en el artículo 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969). A su vez, en virtud de los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe, el Estado tenía la obligación de respetar las obligaciones contraídas por la suscripción, aprobación y ratificación del PIDESC.

Por lo tanto, independientemente de que en su momento no existiera una doctrina sólida sobre todos los aspectos asociados al principio de progresividad y la prohibición de retroceso, sí resultaba claro que una decisión regresiva en materia pensional implicaba un desconocimiento de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano ante la comunidad internacional en materia de derechos humanos. Y, como la aplicación actual de normas que incidan en la eficacia de los derechos humanos debe efectuarse de conformidad con los tratados de derechos humanos (artículo 93.2, CP), es claro que los operadores jurídicos debían inaplicar la norma en caso de que –acusada de regresiva– la entidad demandada no demostrara su conformidad con el principio de progresividad.

Ello permite responder uno de los interrogantes planteados al inicio de este capítulo: no existe realmente una laguna jurídica en el caso objeto de estudio. El Legislador extraordinario de 1971 decidió abiertamente derogar la prestación que cobijaba a la peticionaria.

El análisis de regresividad de la medida, en abstracto, correspondería a un fallo de constitucionalidad y no a una sentencia de tutela; pero la Corporación ha defendido ampliamente la posibilidad de inaplicar regulaciones regresivas en sede de tutela, y ha señalado que corresponde a las autoridades desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que sobre ellas recaen. Una observación adicional debe plantearse en este punto: la exclusión de los ascendientes, en la época, pudo afectar tanto a padres y madres que dependían de sus hijos pero tenían la posibilidad de generar ingresos autónomos, en virtud de sus condiciones vitales. Y a padres y madres que dependían de sus hijos pero no tenían esa posibilidad, bien sea por hallarse

en condición de discapacidad; bien sea por motivos de edad. Precisamente en el segundo supuesto se encontraba la peticionaria, debido a que ya a la fecha de fallecimiento de su hija hacía parte de la población de la tercera edad. Por ese motivo, debe señalarse que, a la luz de los propósitos de la pensión de sobrevivientes, la decisión adoptada por el órgano encargado de configurar el régimen pensional le generó, de forma explícita, un déficit de protección, frente a otros beneficiarios que se hallaban en la misma condición de dependencia absoluta del causante.

De las consideraciones recién planteadas sobre la aplicación de la ley pensional en el tiempo, de las construcciones jurisprudenciales recién planteadas se desprende que la aplicación del Decreto 433 de 1971 al caso de la peticionaria, aunque razonable desde el punto de vista de la aplicación mecánica del derecho, es problemática desde el punto de vista constitucional porque (i) la derogatoria de la norma que previamente consagró a los padres como beneficiarios constituye una medida *prima facie* regresiva, presuntamente inconstitucional, y sobre la cual no se encuentra una justificación constitucional que justifique de forma suficiente el "paso atrás" emprendido por el Legislador; (ii) ubica a la peticionaria en una situación de desprotección, desde el punto de vista de los objetivos de la pensión de sobrevivientes, debido a que era una persona de la tercera edad que dependía de su hija; y (iii) actualmente genera una situación de hecho en la que la peticionaria se encuentra en situación más gravosa que otros ciudadanos que comparten una situación fáctica similar en lo relevante desde el punto de vista constitucional y que, además de ello, no se encuentran obligados a demostrar la misma condición de vulnerabilidad de la actora, ni que los eventuales causantes del derecho hayan satisfecho la misma carga de solidaridad que la hija de la accionante para acceder al derecho.

5.14. Así las cosas, la Sala encuentra que el asunto objeto de estudio plantea dos posibles soluciones acordes con la Constitución Política: aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el Decreto Ley 433 de 1971 y, en consecuencia, resolver el caso con base en la Ley 90 de 1946; o bien, aplicar la Ley 100 de 1993 a la situación de la peticionaria, considerando que, en caso de no hacerlo, se ubica a la accionante en un déficit de protección incompatible con su condición de sujeto de especial protección constitucional; y en una situación de desventaja frente a los padres y madres que dependen económicamente de sus hijos en el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Se trata además de soluciones razonables, la primera, por ser objeto de el análisis constitucional recién efectuado por la Sala; la segunda, por haber sido presentada por el Consejo de Estado, actuando como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa e intérprete autorizado de las normas legales de derecho pensional objeto de su competencia y por tratarse de una respuesta ya asumida por esta Corporación, por ejemplo, en la ya citada sentencia T-730 de 2008.[61]

Recuerda en ese marco la Sala que, en virtud del principio de favorabilidad, cuando en un caso concurren dos interpretaciones jurídicas razonables sobre un derecho asociado al trabajo y la seguridad social, corresponde al intérprete aplicar aquella que resulte más favorable al interesado. La Sala observa que el monto máximo de pensión contemplado en la Ley 90 de 1945 era del 20%, en tanto que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 plantea, bajo un esquema gradual, una fórmula de cálculo que llevará a un monto superior de la mesada pensional, por lo que será esta la norma con base en la cual deberá reconocerse la pensión de sobrevivientes a la actora.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, la peticionaria tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, como se explica: (i) al momento en que su hija murió, la peticionaria dependía económicamente de ella para cubrir sus necesidades básicas de alimentación vestido y vivienda, y durante todo

este tiempo ha estado dependiendo de las contribuciones irregulares de sus otros hijos. Tales ingresos no alcanzan a satisfacer sus necesidades, porque con el paso del tiempo demanda más cuidados y las obligaciones de sus otros hijos con sus familias hace más difícil su situación. Además de lo anterior, no obra en el expediente alguna oposición del ISS sobre las afirmaciones de la accionante en el sentido de que era dependiente de Ligia Pardo Rodríguez, entonces en virtud del principio de buena fe (art. 83, C.P.) y de la presunción de veracidad (art. 20, Decreto 2591 de 1991), la Corte tendrá por cierto que así era.[62]

Asimismo, la Sala constata que (ii) la accionante es beneficiaria de la prestación, en cuanto para el momento en que el ISS estudió la solicitud pensional no existían otras personas con mejor derecho al reconocimiento; además, que (iii) Ligia Pardo Rodríguez cotizó al sistema más de cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a su muerte, inclusive dentro del Reporte de Semanas Cotizadas expedido por el ISS puede apreciarse que en ese período cotizó poco más de ciento setenta (170) semanas.[63]

6. Conclusión

6.1. En conclusión, el ISS vulneró los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de María Elena Rodríguez de Pardo, cuando en vigencia de la Constitución Política de 1991 y un régimen pensional que protege a los ascendientes del riesgo de la muerte de sus hijos (Ley 100 de 1993), le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentando que en la época que falleció su hija dicha prestación no se otorgaba a los padres, a pesar de que (i) cumplía los requisitos para el reconocimiento pensional dispuestos en la Ley 100 de 1993, que debían aplicarse para enervar una situación de desigualdad de hecho; (ii) se trata de una persona de la tercera edad al deceso de su hija, en una muy precaria situación económica, con un delicado estado de salud, y sin recursos o fuentes alternativas de subsistencia.

En este punto, la Sala quiere insistir que el presente es un proceso de tutela que estudia la constitucionalidad de un acto del ISS, no la constitucionalidad de las fuentes normativas en el que dicho acto se fundó. En tal medida, la presente sentencia no excluye del ordenamiento la disposición que retiró a los ascendientes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, ni impide que sea aplicada por la administración en casos futuros. Lo que no puede hacer un funcionario, es aplicar una norma de la seguridad social, anterior a la Constitución de 1991, sin tener en cuenta el sentido mismo de protección que impone la nueva normatividad y el orden constitucional vigente.

6.2. Bajo esta línea de consideraciones, la Sala Primera de Revisión revocará el fallo del veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012) proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia del (7) de diciembre dos mil once (2011) emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en cuanto declararon improcedente la acción de tutela promovida por María Elena Rodríguez de Pardo contra el ISS para la protección de sus derechos al mínimo vital y la seguridad social. En su lugar, amparará los derechos fundamentales invocados por la peticionaria y, en consecuencia, dejará sin efectos las resoluciones del ISS No. 2619 de 1989 y No. 4975 de 1990, así como la respuesta No. 15402 del 2005, en cuanto negaron el reconocimiento pensional. Por lo tanto, se ordenará al ISS Seccional Cundinamarca y D.C. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a María Elena Rodríguez de Pardo, hija de la afiliada fallecida Ligia Pardo Rodríguez. Igualmente, deberá reconocer aquellas mesadas pensionales que no hayan prescrito.

III. DECISIÓN

En vista de lo anterior, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012) proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia del (7) de diciembre dos mil once (2011) emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en cuanto declararon improcedente la acción de tutela. En su lugar, se CONCEDE el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de María Elena Rodríguez de Pardo.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS las resoluciones No. 2619 de 1989 y No. 4975 de 1990, así como la respuesta No. 15402 del 2005, emitidas por el ISS, en cuanto negaron el reconocimiento pensional a María Elena Rodríguez de Pardo.

Tercero.- ORDENAR al Gerente del Centro de Atención al Pensionado del ISS Seccional Cundinamarca y D.C., o quien haga sus veces y tenga las facultades, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la pensión de sobrevivientes a María Elena Rodríguez de Pardo, madre de la afiliada fallecida Ligia Pardo Rodríguez, de conformidad con los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993. El pago deberá efectuarse dentro de un (1) mes siguiente a la ejecutoria del acto administrativo que reconozca la pensión. Dicho reconocimiento será de manera retroactiva, incluyéndose las mesadas pensionales que no hayan prescrito.

Cuarto.- REMITIR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo, para que en ejercicio de sus atribuciones, efectúe el seguimiento correspondiente al cumplimiento de las órdenes aquí impartidas.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de Auto del veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Tres.

[2] En las historias clínicas elaboradas por la Fundación Cardioinfantil y la Clínica de Marly, ambas de la ciudad de Bogotá, se puede apreciar que la accionante tiene noventa y dos (92) años de edad y que padece "infección de vías urinarias complicadas, insuficiencia renal crónica, con antecedentes de cardiopatía isquémica." Folios 16 al 23 del cuaderno principal. (En adelante, cuando se haga relación a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se exprese lo contrario).

[3] Dentro de la declaración extraproceso rendida ante la Notaría Sesenta de Bogotá el nueve (9) de noviembre de dos mil once (2011), la accionante manifestó, entre otros, dos hechos a los cuales el ISS no se opuso: (i) que era la madre de Ligia Pardo Rodríguez, y que (ii) "no existen otras personas con igual o mayor derecho a reclamar el único beneficio de la pensión de sobreviviente ante el ISS, (...) como quiera que mi esposo y padre de la causante, ANIBAL PARDO CASTRO (...) falleció el 28 de enero de 1995." (Folio 15). Para probar el deceso de su esposo, además, aportó copia simple del registro civil de defunción. (Folio 24).

[4] Reporte de semanas cotizadas expedido por el ISS. En el cual se informa que Ligia Pardo Rodríguez alcanzó cotizar un total de "902.2857" semanas al sistema, comprendidas entre enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969) y mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), tiempo por el cual trabajó con José Ernesto Prieto Rueda. (Folio 9).

[5] El despacho, mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012), ofició al ISS para que remitiera a la Sala una copia de la Resolución No. 4975 de 1990, por medio de la cual se confirmó la negativa de conceder a María Elena Rodríguez de Pardo la pensión de sobrevivientes (folios 11 y 12 del cuaderno de revisión). En el término concedido para ello la entidad no remitió el acto. En la respuesta que el ISS ofreció a la accionante en el año dos mil cinco (2005), señaló que en la Resolución No. 4975 de 1990 "el seguro social desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión inicial confirmándola en todos sus aspectos, quedando de esta forma agotada la vía gubernativa". (Folio 52).

[6] El ISS, en respuestas proferidas el veinticuatro (24) de octubre de dos mil cinco (2005) y el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil cinco (2005), señaló que remitía la información en cumplimiento de una acción de tutela presentada por María Elena Rodríguez, la cual estaba radicada con el No. 200500275. Inclusive, afirmó que la segunda respuesta se emitió "en atención al incidente de desacato promovido (...) dentro de la acción de tutela de la referencia tendiente a obtener respuesta sobre el numeral 6 referente a la devolución de aportes de la cotizante LIGIA PARDO RODRÍGUEZ y la de estudiar otra posibilidad a favor de la señora MARÍA ELENA RODRÍGUEZ". (Folio 53).

[7] En efecto, el artículo 67 del Decreto Ley 433 de 1971, "por medio del cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales", dispuso, entre otros, lo siguiente: "[d]eróguense los artículos (...) 51, 54, 59, 61 (...) de la Ley 90 de 1946.". La Ley 90 de 1946, "por medio de la cual se crea el Instituto de Colombiano de Seguros Sociales", en su artículo 54, establecía que "[e]n caso de muerte producida por accidente o enfermedad profesional, la viuda siempre, y el viudo sólo cuando esté inválido, y los hijos menores de catorce (14) años o inválidos a cargo del asegurado, tendrán derecho a una pensión. (...) || PARAGRAFO 2º En caso de que el máximo de la pensión de incapacidad permanente total atribuible al difunto no hubiere sido otorgado los beneficiarios indicados en este artículo, los ascendientes que dependían exclusivamente del

asegurado tendrán derecho, por partes iguales y por cabeza, a la infracción disponible de dicha pensión, sin que ninguno de ellos pueda recibir una renta superior al veinte por ciento (20%) del salario de base del difunto.". Igualmente, el artículo 61 de la Ley 90 de 1946 señalaba que si la pensión de viudedad y orfandad no alcanzaba el monto mínimo establecido por la norma, "(...) los ascendientes que dependían exclusivamente del asegurado tendrán derecho, por iguales partes y por cabeza, a la fracción disponible, sin que ninguno de ellos pueda recibir una renta superior al veinte por ciento (20%) de la pensión eventual del difunto.".

[8] Derecho de petición elevado ante el ISS por María Elena Rodríguez de Pardo, recibido en la entidad el diecinueve (19) de abril de dos mil once (2011). En éste se solicita principalmente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y de manera subsidiaria la indemnización sustitutiva. (Folios 11 al 13).

[9] Ob, cit. Declaración extrajuicio rendida por Maria Elena Rodríguez de Pardo en la Notaría Sesenta de Bogotá. Allí se puede leer la siguiente información respecto la capacidad económica de la accionante y la dependencia respecto de su hija fallecida: "[m]anifiesto que yo dependía económicamente de manera total y absoluta de mi hija Ligia Pardo Rodríguez (...) ella me socorría en un 100% para todos los gastos y manutención, ya que convivía conmigo, (...) además por tener noventa y dos (92) años pertenezco a la tercera edad, y no soy pensionada de ninguna entidad pública ni privada. (...) Afortunadamente dependo de la ayuda de mis otros hijos, quienes no me dejan padecer (...), lo poco que pueden me lo suministran para mi subsistencia, ya que ellos tienen otras obligaciones para con sus menores hijos". (Folio 15).

[10] Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, del veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012), mediante la cual se resolvió en segunda instancia la tutela presentada por María Elena Rodríguez de Pardo contra el ISS. (La sentencia completa obra del folio 3 al 12 del cuaderno segundo. El aparte citado está en el folio 7).

[11] Ob, cit. Pág. 3. "Por medio de la cual medio de la cual se crea el Instituto de Colombiano de Seguros Sociales".

[12] Ob, cit. Pág. 3. "Por medio del cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.".

[13] De hecho, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6.1, de manera expresa dispone que la eficacia de los medios ordinarios de defensa judiciales será apreciada en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

[14] Específicamente, sobre la procedibilidad de la tutela para solicitar la pensión de sobrevivientes se puede observar la sentencia de la Corte Constitucional T-401 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, unánime), mediante la cual se reconoció definitivamente dicha prestación a una señora de la tercera edad que sufría graves quebrantos de salud. La Corte explicó que hacerla acudir a un proceso ordinario y negarle la pensión requerida "(...) equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía (...)" . De manera similar, en sentencia T-836 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, unánime), la Corte Constitucional otorgó de manera definitiva la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de su hija a una señora de 79 años de edad con problemas de salud avanzados, pues el ISS dilataba injustificadamente su reconocimiento y sus derechos fundamentales se hallaban en peligro.

[15] Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime). En ese caso la Corte Constitucional formuló algunos criterios para definir si el ejercicio inoportuno de la acción implicaba la violación de derechos de terceros. Dijo, en concreto: "[l]a razonabilidad en la interposición de la acción de tutela está determinada, tanto en su aspecto positivo, como en el negativo, por la proporcionalidad entre medios y fines. (...) Dentro de los aspectos que debe considerarse, está el que el ejercicio inoportuno de la acción implique una eventual violación de los derechos de terceros. Para hacerlo, el juez debe constatar: 1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados". Estos criterios los aplicó a los casos estudiados, y concluyó que la tutela no cumplía con la inmediatez.

[16] Corte Constitucional, sentencia T-815 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En ese fallo la Corte Constitucional estudió de fondo una acción de tutela, en un caso en el cual estaba en duda si cumplía con la inmediatez. La Corporación dijo que sí lo satisfacía porque el término de inmediatez debía contarse desde cuando surgió el fundamento normativo para demandar, que era una sentencia de unificación de esta Corte.

[17] Corte Constitucional, sentencia T-243 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En esa ocasión, resolvió de fondo una tutela instaurada contra providencia judicial, pese a cuestionamientos acerca de si cumplía con el requisito de la inmediatez, luego de constatar que el amparo se había interpuesto poco tiempo después de haberse expedido una providencia que le servía como fundamento a la tutelante para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

[18] Corte Constitucional, sentencia T-681 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En esa oportunidad la Corporación declaró improcedente una tutela por falta de inmediatez, y para ello valoró la razonabilidad de la tardanza en la interposición del amparo con fundamento en cómo se había valorado la razonabilidad de los términos en decisiones precedentes (fallos que resolvían casos iguales).

[19] (MP. Jaime Córdoba Triviño).

[20] De hecho, la accionante es una persona de la tercera edad desde que comenzó la lucha por la protección a sus derechos pensionales. Ello por cuanto en mil novecientos noventa (1990), momento en el cual le denegaron por primera vez la pensión de sobrevivientes, tenía setenta y un (71) años.

[21] La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada la imprescriptibilidad de los derechos pensionales. Así, por ejemplo, en la sentencia C-230 de 1998 (MP. Hernando Herrera Vergara), mediante la cual se declaró inexequible la expresión "el derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años", contenida en el parágrafo segundo del artículo 2º de la Ley 116 de 1928, la Corte entendió que "(...) la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un

orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada (...) [Sin embargo,] dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho.". En la misma dirección pueden observarse las sentencias de la Corte Constitucional C-198 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y T-155 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez).

[22] De hecho, en mil novecientos noventa (1990), cuando el ISS le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por primera vez, tenía setenta y un (71) años.

[23] Corte Constitucional, sentencia T-377 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

[24] Corte Constitucional, sentencias T-588 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-350 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[25] El artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, tal y como está consagrado en la Ley 1437 de 2011, establece que: "[l]as peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta". El Código Contencioso Administrativo fue derogado por la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, que de conformidad con su artículo 308, empezará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

[26] La Ley 717 de 2001, por medio de la cual "se establecen términos para el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes y se dictan otras disposiciones", prescribe en el artículo 1° que "[e]l reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho".

[27] La Ley 700 de 2001, mediante la cual "se dictan medidas tendientes a mejorar las condiciones de vida de los pensionados y se dictan otras disposiciones", en su artículo 4° dispone que "[a] partir de la vigencia de la presente ley, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes". Véase. Sentencia de la Corte Constitucional T-350 de 2006, (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[28] Véase la sentencia de la Corte Constitucional T-358 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), donde se amparó el derecho fundamental de petición a 52 solicitantes que se les había respondido de manera general sin tener en cuenta la situación de cada uno. Sostuvo la Sala que siempre ha de hacerse "(...) un juicio lógico comparativo entre lo pedido y lo resuelto, para establecer claramente si se trata o no de una verdadera contestación (...) la respuesta aparente pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida (...)."

[29] Código Contencioso Administrativo, consagrado en la Ley 1437 de 2011. Artículo 11:

"Cuando una petición no se acompaña de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas." || Artículo 12: "Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las autoridades decidan. Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquellos de que dispongan". Artículo 13: "Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que tratan los dos artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud." El Código Contencioso Administrativo fue derogado por la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, que de conformidad con su artículo 308, empezará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

[30] La Magistrada Ponente, mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012), ofició al ISS para que remitiera a la Sala una "copia de la respuesta enviada a la accionante, con ocasión de la petición elevada el diecinueve (19) de abril de dos mil once (2011), si es que se profirió. Si todavía no se ha dado respuesta, el ISS deberá informar las causas de su mora y enviar a la Corte un escrito que satisfaga de manera clara y suficiente la petición mencionada.". (Folios 11 y 12 del cuaderno de revisión). En el término concedido para ello la entidad oficiada no dio respuesta alguna. (Folio 14 del cuaderno de revisión).

[31] De todas formas, la Corte ha reconocido la potestad que tiene el juez de tutela para reconocer y ordenar el pago de una pensión, así no se haya respondido la solicitud de una persona para que le sea otorgada. Al respecto, puede observarse la sentencia T-129 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

[32] Sobre el momento en el cual las leyes entran a regir, dice el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal que "[l]a ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de su promulgación. La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción". Y, a tenor del artículo 53 del mismo Código, "[s]e exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los siguientes casos: 1 Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado." Sobre la aplicabilidad de las leyes desde que entran a regir y hasta que sean derogadas, pueden verse entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-181 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Álvaro Tafur Galvis) y C-434 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. Unánime). En la primera de ellas, la Corte dijo que "[l]a regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo prescribe que las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria".

[33] Sobre el alcance del efecto irradiación, consultar, entre otras, las sentencias C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-214 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-583 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) T-446 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

[34] La justicia con toga. Ronald Dworkin. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de

Urbina Gimeno. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2006. (Ver páginas 28 a 31).

[35] Por el cual se reorganiza el Instituto de Seguros Sociales.

[36] El asunto relativo a la tercera petición ya fue analizado en el capítulo precedente. Por ello, en este aparte, la Sala se concentra en las dos primeras peticiones.

[37] Ya en el año 1978, el filósofo del derecho Robert Alexy recogía los citados problemas en la introducción de su Teoría de la Argumentación Jurídica: "Ya nadie puede ... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente'. Esta constatación de Karl Larenz señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológica-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado singular no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados. || Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en caos especiales".

[38] Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. (e): Cristina Pardo Schlesinger, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. También afirmó la Corte en el fallo citado: 5.3 Lugar y función de la equidad en el derecho. [...] Básicamente, el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia.

[39] Sentencia SU-837 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). La sentencia se profirió acerca de la aplicación de la equidad como fuente principal de derecho en los procesos arbitrales. Sin embargo, la construcción que se hizo del concepto fue de carácter general y ha sido reiterada en diversos ámbitos, incluso en materia pensional. Ver, al respecto, sentencias T-1046 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), sobre la aplicación de la equidad en materia de devolución de saldos por entidades que no se hallaban legalmente obligadas a hacerlo, como una manifestación de la doctrina del enriquecimiento sin causa asociada a la equidad; y SU-120 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), relativas al derecho a la indexación de la primera mesada pensional, uno de cuyos fundamentos esenciales es el principio de equidad. Se conservan las citas del texto original.

[40] (MP. Álvaro Tafur Galvis).

[41] (MP. Humberto Antonio Sierra Porto, SV. Jaime Araujo Rentería)

[42] "En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido

para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años."

[43] Sentencia T-730 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[44] Acuerdo 049 de 1990. "ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez".

Acuerdo 049 de 1990. "ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y, b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento".

[45] "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

[46] La posición ha sido ampliamente reiterada por la Sala de Casación Laboral. En reciente decisión, expresó: "debe concluirse que el criterio de la Sala respecto a las 300 semanas no es como lo entiende el Tribunal, o sea, que basta con que el afiliado tenga ese número cotizadas en la fecha de su fallecimiento para que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes con sustento en el artículo 6 del acuerdo 049 de 1990. Y no lo es porque como se lee en los apartes de la sentencia antes trascrita, lo que se le criticó al juzgador de ese asunto es que "no se detuvo a examinar si teniendo en cuenta la cotizaciones pagadas con antelación a la multicitada ley 100 de 1993, al aquí demandante le asistía el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama". Y de esto lo que se colige y, por consiguiente, se destaca y precisa, es que con dicha pauta jurisprudencial lo que se quiso y quiere es proteger a aquellos afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 en materia de pensiones: 1 de abril de 1994, ya habían satisfecho el mínimo de cotizaciones que la normatividad vigente hasta esta data les exigía para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, como era, al tenor del artículo 6 del acuerdo 049 de 1990, 300 semanas en cualquier tiempo". sentencia del 15 de junio de 2004, radicado No. 21639 (ver también Ver, entre otras, sentencia del 2 de marzo de 2006. Radicado No. 26178.; sentencia del 24 de enero de 2008. Radicado No. 29914; sentencia del 24 de marzo de 2010. Radicado No. 36937. (en todas M.P. Camilo Tarquino Gallego), sentencia del 7 de julio de 2010. Radicado No. 38047. (M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López). Esa doctrina fue acogida también por esta Corporación en la sentencia T-563 de 2012.

[47] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla. Radicado 25000-23-25-000-1998-5735-01 (3676-01). Dieciséis (16) de mayo de dos mil dos (2002).

[48] Al respecto, el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, establece: "**Artículo 2o. Principios.** El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: (...) c. Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. || Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. || Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables."

[49] En sentencia T-520 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) relativa a la aplicación del principio de solidaridad a favor de personas víctimas de desaparición forzada en el marco de los procesos ejecutivos hipotecarios, la Corte explicó ampliamente cómo la solidaridad se concreta, en principio, mediante desarrollo legislativo; pero, excepcionalmente y frente a grupos vulnerables, puede dar lugar a posiciones subjetivas concretas de derecho fundamental, en virtud de la dimensión promocional del principio de igualdad.

[50] *Ibídem*.

[51] (Al respecto, cfr. C-428 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo, C-556 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla).

[52] En este aparte, la exposición toma como fuente principal la sentencia T-340 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez). Para una exposición más amplia del tema, recuerda la Sala que la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad, sin embargo, se encuentra consolidada en las sentencias de constitucionalidad C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[53] "El argumento a fortiori se presenta, a grandes rasgos, de la siguiente forma: la disposición D ("Si F_1 entonces G") vincula la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F_1 ; pero dado que el supuesto de hecho F_2 , merece, con mayor razón, la misma consecuencia jurídica, entonces la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F_2 . Como puede intuirse, las palabras clave de todo el argumento son "con mayor razón". Se quiere decir, en fin, que también esta forma de argumentar presupone la identificación previa de la "razón" por la que se vincula a un determinado supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica y no otra. || ... El argumento a fortiori se presenta bajo dos formas distintas, en función de si es adoptado en la interpretación de disposiciones que confieren posiciones jurídicas ventajosas (derechos) o, en cambio, en la interpretación de disposiciones jurídicas que confieren posiciones jurídicas desventajosas (por ejemplo, obligaciones), || 1) En el primer caso, asume la forma del argumento a maiori ad minus. Por ejemplo, si está permitido exigir intereses del 20%, entonces –con mayor razón– está también permitido exigir intereses del 10%. || 2) En el segundo caso, asume la forma del argumento a minori ad maius. Por ejemplo, si está prohibido tener en casa animales domésticos, entonces –con mayor razón– está prohibido tener en casa tigres". (Riccardo Guastini. Distinguiendo. Editorial Gedisa. Barcelona, 1999. Pgs. 222 y 223. En este caso, el argumento al que se hace referencia comparte el mismo esquema en tanto propone que si una persona cuyo causante cotizó 25 semanas en el último año, o 50 en los tres últimos tiene derecho a la pensión de vejez, con mayor razón, lo tiene una persona cuyo causante cotizó 902 semanas y enfrenta particulares condiciones de vulnerabilidad.

[54] La sentencia de tutela en donde se explica de manera sistemática el carácter regresivo de la

norma y la necesidad de inaplicarla y dar paso a las normas previas, se encuentra en la sentencia T-043 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[55] (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[56] En sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de noviembre de 1937 se planteó ya la tesis de la retrospectividad que defendió la Sala Novena. En efecto, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, que establecía un auxilio de cesantía a favor de los trabajadores particulares despedidos sin justa causa que, en concepto del demandante, desconocía la Constitución de 1886 porque para calcular el monto de las cesantías autorizaba la inclusión del tiempo laborado por el trabajador con anterioridad a la vigencia de la ley 10 de 1934, desconociendo el principio de irretroactividad de la Ley, consideró la Corte Suprema, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, que la disposición se ajustaba a la Carta Política de 1886. Explicó la Corporación que en ese evento no se trataba de una aplicación retroactiva de la ley sino que se propuso una aplicación retrospectiva de la misma, atendiendo a los principios de "humanidad y de justicia social". De esta forma lo señaló la Corte Suprema: "No puede considerarse esta circunstancia como motivo de irretroactividad, porque el hecho de entrar en el cómputo de la indemnización todo el tiempo de servicios del empleado, sea anterior o posterior a la ley, solo significa que se utiliza este factor para señalar la cuantía de la indemnización en una forma que consulte la equidad y la justicia. (...) El medio establecido por el legislador colombiano para determinar la cuantía de la indemnización en los casos de despido, no puede considerarse como caprichoso o arbitrario, sino que responde a un alto ideal de humanidad y de justicia social, que mira el reconocimiento de los esfuerzos del empleado que ha dedicado sus capacidades al servicio de la empresa, con honradez y decisión. No es justo que al empleado, después de un servicio prolongado y eficiente, que muchas veces agota sus energías y lo imposibilita para otras actividades, se le despida sin derecho a la recompensa equitativa que lo libre siquiera en parte de los rigores de una cesantía injustificada."

[57] En sentencia C-1126 de 2004, expresó la Corte: Si bien los derechos pensionales de la compañera o del compañero permanente sobreviviente fueron reconocidos en pie de igualdad con los del cónyuge supérstite a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, esto es, a partir del 7 de julio de 1991, hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, el 23 de diciembre de 1993, las compañeras o compañeros permanentes de empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, pensionados o con derecho a pensión, que solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor, tuvieron que hacerlo con base en el Decreto 2701 de 1988, que en su artículo 49 establecía la misma regla que el artículo 34 del Decreto 611 de 1977, y con base en dicha norma se les negó el reconocimiento de ese derecho. Por lo tanto, es cierto que el artículo 34 del Decreto 611 de 1977 junto con el artículo 49 del Decreto 2701 de 1988 que lo subrogó, aun cuando no se encuentran vigentes en la actualidad, sirvieron de fundamento para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a compañeras y compañeros permanentes que la solicitaron durante el período mencionado. En ese orden de ideas, su efecto jurídico reside en la permanencia de una afectación de derechos constitucionales en razón a las decisiones negativas que fueron adoptadas con fundamento en la norma demandada. En consecuencia, procede un juicio de fondo sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada. En cuanto a la supuesta carencia de objeto para proferir fallo de fondo, resalta la Corte, tal como se señaló anteriormente, que los efectos discriminatorios alegados, que produjeron los artículos 34 del Decreto 611 de 1977 y 49 del Decreto 2701 de 1988 en contra de los compañeros y compañeras permanentes, continúan

existiendo actualmente. || Tanto la familia constituida por vínculos jurídicos como aquella constituida por vínculos naturales, es igualmente digna de respeto y protección por parte del Estado. Por ello, resulta claro que los artículos 34 del Decreto 611 de 1977 y 49 del Decreto 2701 de 1988, que excluyen al compañero o a la compañera permanentes del derecho a la pensión de sobrevivientes, no son compatibles con los artículos 5, 13 y 42 de la Carta Política de 1991 y devinieron parcialmente inconstitucionales cuando entró en vigor la Carta, el 7 de julio de 1991. En cuanto al tipo de sentencia, como lo propone el Procurador General de la Nación, habida cuenta de que la norma derogada continúa surtiendo efectos discriminatorios contra los compañeros y compañeras permanentes, lo que procede es incluirlos dentro del ámbito de protección de las normas legales juzgadas en este proceso. Para ello, la Corte proferirá una sentencia aditiva, mediante un condicionamiento en el sentido de que la norma es exequible siempre que se entienda que comprende también al compañero o compañera permanente.

[58] Al respecto, consultar las sentencias C-182 de 1997, C-653 de 1997, C-464 de 2004.

[59] T-806 de 2011.

[60] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[61] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[62] La presunción de veracidad, establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, opera en este caso porque el ISS no intervino en el proceso.

[63] Folio 10.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

