

Expediente T-3030303

M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-586A/11

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Procedencia de tutela por afectación del mínimo vital

La tutela procede excepcionalmente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en aquellos casos en los que la misma se encuentra en relación con el mínimo vital de la familia del difunto, más aún cuando se trata de personas en estado de vulnerabilidad que merecen una especial protección constitucional. También se concluye que no se estaría de sustituyendo el medio ordinario de defensa porque éste puede resultar ineficiente para la protección de derechos fundamentales, si se tiene en cuenta la duración de los procesos ordinarios laborales.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, a partir del cual se desprende que éste tiene una doble naturaleza, por un lado, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y de los particulares autorizados para cumplir con esta función, y por otro, como derecho garantizado a todos los ciudadanos. Uno de los aspectos más importantes que se debe tener en cuenta en el momento de la aplicación, interpretación y reglamentación de la seguridad social es el principio de progresividad, el cual ha sido estudiado en varias ocasiones por esta Corte, y ha sido definido como el deber que tiene el Estado de mejorar las condiciones de los asociados en lo atinente a sus derechos sociales, y la correspondiente prohibición de disminuir dichas calidades. Se puede afirmar que todos los operadores jurídicos deben actuar teniendo en cuenta el principio de progresividad en materia de seguridad social, comenzando por el poder legislativo que es el que tiene la competencia para expedir las normas y modificarlas, entendiendo que para que pueda configurar una norma de carácter regresivo, debe existir una justificación constitucional para la misma que termine haciéndola concordante con dicho principio. Por lo demás, si resulta inevitable la disminución de las calidades del derecho social en discusión, es posible que en la ley se contemple un régimen de transición para controlar la regresividad y proteger los derechos de quienes tenían una expectativa legítima conforme al régimen anterior, que le era más favorable.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Fundamental por conexidad con el mínimo vital

La jurisprudencia constitucional ha entendido que la pensión de sobrevivientes constituye un derecho fundamental de la familia del difunto causante, en la medida que su reconocimiento y pago incidan directamente en el mínimo vital de los que la conforman.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisitos

REQUISITO DE FIDELIDAD-Inaplicación por considerarse abiertamente inconstitucional y claramente regresivo

La Corte Constitucional ha precisado que se deben inaplicar los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como lo son la pensión de invalidez y de sobrevivientes, siempre y cuando resulten regresivos y contrarios al principio de progresividad,

porque esto significa que son contrarios a la Carta Política. Se tiene que con la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 contenida en la Sentencia C-556 de 2009, el denominado requisito de fidelidad al sistema salió sin lugar a dudas de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual no puede ser exigido a ninguna persona que reclame su derecho a la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que esta providencia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. Este pronunciamiento es de obligatorio cumplimiento por parte de todos los ciudadanos, por su valor jurídico y fuerza vinculante.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Plazo razonable para presentar tutela debe determinarse con base en las circunstancias del caso concreto

Se encuentra que la accionante es un sujeto que merece de especial protección constitucional, por ser una madre cabeza de familia que tiene a su cargo 4 hijos, dos de los cuales son menores de edad, a lo que se le suma que tres de ellos padecen de un delicado estado de salud por lo que son así mismo especialmente protegidos. Esta situación lleva a considerar que resulta abiertamente desproporcional exigirle a la actora que acuda ante un juez ordinario laboral. Entonces, en este caso el incumplimiento del principio de inmediatez no es un argumento válido para considerar improcedente la petición de la actora.

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Orden a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías reconocer y pagar la pensión

Referencia: expediente T-3030303

Acción de tutela instaurada por Nancy Campillo Rentería, contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

Reiteración de jurisprudencia.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado segundo Penal municipal de Mocoa en primera instancia y, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa en segunda instancia, dentro del proceso de tutela iniciado por Nancy Campillo Rentería, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte S.A en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos

El 18 de noviembre de 2010, la señora Nancy Campillo Rentería interpuso acción de tutela por

intermedio de apoderado contra el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte - S.A., por considerar que le están siendo vulnerados sus derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, de acuerdo con los siguientes hechos:

1.1 La señora Campillo Rentería es viuda, y tiene a cargo a sus hijos menores de edad Cindy Katherine y Royer Miler Antony, así como a los mayores Eduardo y Zaira Alexandra Medina Campillo.

1.2 El señor Eduardo Medina Godoy quien fuera el esposo de la accionante y padre de sus hijos, falleció el 11 de noviembre de 2006.

1.3 El 9 de julio de 2007, la actora le solicitó al Fondo de pensiones Horizonte que le reconociera la sustitución pensional de su esposo, quien al momento de su muerte se encontraba afiliado a dicha entidad.

1.4 En la respuesta a la anterior petición con fecha del 24 de agosto de 2007, la accionada le informó a la señora Campillo Rentería que no era posible acceder a su petición porque si bien su difunto esposo contaba con más de 50 semanas cotizadas entre los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema consistente en haber cotizado al sistema un 20% entre el momento en que cumplió 20 años y su deceso.

1.5 El 20 de agosto de 2009, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-556 en la que declaró inconstitucional el requisito de fidelidad al sistema.

1.6 En vista de lo anterior, el 7 de octubre de 2009 la actora se dirigió nuevamente ante el Fondo de Pensiones BBVA Horizonte, con el fin de que evaluara su solicitud teniendo en cuenta la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12 de la ley 797 de 2003.

1.7 El 22 de diciembre de 2009, la accionada respondió negativamente la solicitud de la actora, argumentando que la muerte de su esposo fue anterior a la sentencia de la Corte en la que se declaró inexecutable el requisito mencionado, por lo que para ese momento se encontraba vigente la norma que establecía el requisito de la fidelidad al sistema, en esta medida le es plenamente aplicable al caso de la actora, y en esta medida no accedió a su petición.

1.8. Manifestó la accionante que no ha acudido a la jurisdicción ordinaria por no tener recursos para sufragar los gastos de un abogado, así mismo, informa que su esposo falleció a causa de una enfermedad que requiere de transplante de intestinos, la cual sufren ahora sus hijos Cindy, Royer y Zaira.

1.9 Teniendo en cuenta lo reseñado, la accionante solicitó que se ampararan sus derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social que se están viendo vulnerados por BBVA Horizonte, al no reconocerle la sustitución pensional a la que tiene derecho con base en una exigencia que ha salido del ordenamiento jurídico en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de la misma, por parte de la Corte Constitucional.

2. Intervención de la parte demandada.

El Fondo de pensiones y cesantías BBVA Horizonte, dio respuesta a la demanda de tutela. Solicitó que se desestimen las peticiones de la accionante por no existir ninguna afectación a sus derechos fundamentales.

Argumentó que en materia laboral debe tenerse en cuenta el principio de no retroactividad de la

ley, esto es, que ninguna norma laboral puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a una ley anterior, y por lo tanto, en el caso que se estudia el causante de la pensión falleció antes de que la Corte Constitucional se pronunciara sobre el requisito de fidelidad al sistema de 20% de cotizaciones al mismo para la obtención de la pensión de sobrevivientes contenido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y lo declarara inconstitucional.

Por lo tanto, según su criterio es claro que tal requisito es aplicable en este caso, y el difunto no lo cumplía puesto que el 20% de fidelidad al sistema desde que cumplió los 20 años de edad (o sea desde el 28 de octubre de 1988) se traduce en un total de 188.28 semanas, y al momento de ocurrir su muerte únicamente contaba con 185.71 semanas cotizadas.

De acuerdo con lo anterior, manifestó que “[d]e lo expuesto hasta el momento, podemos señalar sin duda alguna a la luz de la normatividad señalada, que esta Sociedad Administradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, pues el hecho de que no se hayan cumplido dentro del Sistema General de Pensiones los requisitos de orden legal para la causación de la pensión pretendida, en manera alguna puede tomarse como una conducta transgresora de derechos fundamentales, cosa diferente sería que una vez cumplidos por parte de un afiliado los requisitos de orden legal para la generación del derecho a una pensión, la entidad llamada a su reconocimiento se sustrajera de tal obligación.”

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

3.1 Copia de la respuesta dada por BBVA Horizonte, a la señora Nancy Campillo Rentería, con fecha del 24 de agosto de 2007, en la que le se le dio a conocer que su difunto esposo no cumplía con uno de los dos requisitos para poder acceder a la sustitución pensional, a saber que no contaba con un 20% de fidelidad al sistema desde que cumplió los 20 años de edad hasta su muerte. (Folios 14 a 17, cuaderno 1).

3.2 Copia de la respuesta dada por la accionada a la segunda petición realizada por la señora Campillo Rentería en la que se le hizo saber, que no obstante la declaratoria de inconstitucionalidad del requisito de fidelidad al sistema, éste le seguía siendo aplicable por cuanto se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante. (Folios 18 a 28, cuaderno 1).

3.3 Copia de sentencia emitida por el Juzgado primero municipal de Mocoa – Putumayo el 12 de abril de 2010, dentro del proceso de tutela iniciado por la aquí accionante en su calidad de representante legal de sus hijos contra Selvasalud EPS, en donde se encontró probado que, sus hijos padecen de una enfermedad terminal cuya alternativa es un transplante de intestino delgado.

En dicha ocasión se tutelaron los derechos a la salud y a una vida en condiciones dignas de los hijos de la actora, y se ordenó a la EPS demandada darle el tratamiento que requerían los hijos de la actora en ese entonces. (Folios 29 a 44, cuaderno 1).

3.4 Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante, de donde se desprende que actualmente cuenta con 35 años de edad. (Folio 15, cuaderno 1).

3.5 Fotocopia de certificado expedido el 13 de diciembre de 2010 por Mariangela Espinosa Blanco, ejecutiva de transplantes del Hospital Pablo Tobón Uribe dirigido a la Defensoría del Pueblo de Putumayo, a la Secretaría de Salud de Putumayo y a la EPS Selvasalud de Putumayo, en el que consta que los menores Zaira Alexandra, Roger Miller Antony, y la hija mayor Cindy Karine Medina Campillo, “son atendidos en forma ambulatoria y están en evaluación para

determinar si son candidatos a trasplante de intestino delgado y/o multivisceral.

En general los pacientes que se determina que son candidatos a recibir este tipo de trasplantes deben vivir en Medellín hasta que resulte un donante compatible con el receptor, este tiempo es indefinido, después del trasplante el paciente debe estar en revisiones periódicas postrasplante para determinar con seguridad que el injerto está siendo completamente aceptado por el receptor.

Los pacientes transplantados requieren tener unas condiciones de higiene óptimas en su vivienda para el cuidado del trasplante, al igual que su alimentación la cual debe ser pasteurizada.” (Folios 86 a 88, cuaderno principal).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia.

El Juzgado segundo Penal municipal de Mocoa – Putumayo, profirió Auto admisorio de la tutela el 22 de diciembre de 2010, en el que además corrió traslado de la misma al demandado y, ordenó recepcionar declaración de la señora Nancy Campillo Rentería. Sin embargo, no fue posible notificarla de dicha providencia.

El 4 de enero de 2011 se dictó la sentencia de primera instancia, en la que el a quo decidió denegar las pretensiones propuestas por la accionante, teniendo en cuenta los argumentos que a continuación se exponen:

Como primera medida consideró el a quo que se trata aquí de un derecho legal y no fundamental, teniendo en cuenta que la accionante puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para el reclamo del mismo por lo que consideró que no procede la tutela en este sentido. Frente a esto relató que la actora manifestó en el escrito de tutela no tener recursos para pagar el valor de los honorarios de un abogado para que la representara en el proceso laboral. Sin embargo el juez concluyó que dicho argumento no era de recibo, porque ésta es una circunstancia ajena al estudio de procedencia de la acción de tutela, además, señaló que le “causa extrañeza la razón esbozada por la accionante (...) si se tiene en cuenta que la solicitud de pensión presentada en fecha 7 de octubre de 2009 ante BBVA Horizonte P., y la presente acción de tutela han sido instauradas a través de un apoderado judicial.”

Por otra parte, también argumentó que no se cumple en este caso el requisito de inmediatez, toda vez que la muerte del esposo de la accionante se produjo en el año 2006, y hasta octubre de 2010 acudió a este mecanismo de defensa, sin que se “tipifique ninguna circunstancia excepcional para su prosperidad (...)”.

Bajo estas razones, el juez de primera instancia resolvió negar por improcedente el amparo.

1. Impugnación.

El apoderado de la accionante presentó escrito de impugnación el 6 de enero de 2011, en el que manifestó que la razón por la que su representada no pudo ser notificada para declarar era que se encontraba en la ciudad de Medellín a causa del tratamiento que están recibiendo sus hijos.

También arguyó que no es cierto que no se cumpla con el requisito de inmediatez, porque el término de la misma no puede ser contabilizado desde el momento del fallecimiento del señor Eduardo Medina Godoy debido a que existen hechos nuevos tales como la enfermedad de los hijos de la actora. Además, le puso de presente al juzgado que en este caso se presenta una

vulneración a los derechos fundamentales de varios menores de edad, quienes por su situación y su edad merecen una especial protección constitucional.

Finalmente, solicitó llamar a declarar a la señora Campillo Rentería para lo cual indicó que fuese notificada en su despacho, así como revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, tutelar los derechos invocados en la acción de tutela.

1. Actuaciones surtidas en segunda instancia.

El 26 de enero de 2011, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa recibió la declaración de la accionante, en la que respondió las preguntas que le fueron realizadas. Manifestó que no se encuentra laborando en ninguna entidad y por lo tanto no devenga ningún tipo de salario.

Informó que para el momento en el que se le llamó a declarar en primera instancia, se encontraba en Medellín porque allí se encuentran sus hijos recibiendo el tratamiento médico que necesitan, y cuando permanece en esa ciudad se hospeda en un hogar de paso ya que no posee ningún bien o recurso económico para procurarse su subsistencia, por lo que el alcalde de Puerto Guzmán, que es el lugar en que usualmente reside, le ayuda con algunas remesas para los viajes a Medellín. En Puerto Guzmán, se hospeda en casa de algunos amigos que no le cobran nada, por cuanto conocen su situación y se compadecen de ella.

En cuanto a los gastos que genera la enfermedad de sus hijos, informó que por el momento son cubiertos por la EPS Selvasalud gracias a un fallo de tutela. Y, respecto de los honorarios del abogado, informó que hasta el momento no le ha sido cobrado dinero alguno ya que se pactó que si el proceso lograba salir a su favor, el 35% de lo que recibiera sería el pago del mismo.

1. Sentencia de segunda instancia.

El 8 de febrero de 2011, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa (Putumayo) profirió sentencia de segunda instancia en la que resolvió confirmar la providencia del a quo, que negó el amparo solicitado por la actora.

Lo anterior, porque a su juicio la demandante cuenta con otro medio de defensa judicial como lo es la justicia laboral ante la que puede acudir para que sea estudiada su pretensión, la cual tiene que ver con derechos pensionales. De igual manera manifestó que la actora ha estado acompañada todo el proceso de un abogado, por lo cual no existe ninguna excusa válida para no acudir ante la justicia laboral ordinaria.

Así mismo, argumentó que si bien de la declaración rendida por la accionante se desprende que la misma se encuentra en una situación económica apremiante, no es posible considerar que ésta sea a causa de la demandada y por lo tanto no se le puede imputar la creación de un perjuicio inminente e irremediable a la accionante y sus hijos.

Finalmente, reiteró lo expuesto por el juez de primera instancia en cuanto a la falta de inmediatez de la presente acción de tutela, y en consecuencia confirmó íntegramente la sentencia del a quo, que resolvió denegar el amparo de los derechos pedido por la actora.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las presentes decisiones de tutela, de conformidad con lo

previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema Jurídico

Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra necesario determinar si BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Nancy Campillo Rentería, y los derechos de los niños en cabeza de sus menores hijos, como consecuencia de la negativa en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada tras la muerte de su esposo Eduardo Medina Godoy, con fundamento en la norma de fidelidad al sistema, declarada inexecutable con posterioridad al fallecimiento del causante.

Para resolver el problema planteado, esta Sala estudiará los siguientes temas: (i) la procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; (ii) el principio de progresividad en el derecho a la seguridad social; (iii) la pensión de sobrevivientes analizando: (a) los requisitos para acceder a la misma; y (b) la inaplicación del requisito de fidelidad previsto en la Ley 797 de 2003, así como el control abstracto de constitucionalidad realizado sobre el mismo en la Sentencia C-556 de 2009. Finalmente, (iv) resolverá el caso en concreto.

Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente. Reiteración de jurisprudencia.

1. Para el reconocimiento y pago de acreencias laborales, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con la jurisdicción ordinaria laboral a la cual se debe acudir cuando se encuentran controversias sobre el tema. Es decir, que la acción de tutela no es la instancia en principio adecuada para ventilar este tipo de asuntos. Sin embargo, cuando la pretensión se encuentra dirigida al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y, además está estrechamente vinculada con una vulneración grave del derecho al mínimo vital de la familia del afiliado fallecido, los jueces constitucionales pueden conocer excepcionalmente de dicha petición.

2. En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que procede el amparo en sede de tutela, cuando se encuentre plenamente probado que la pensión de sobrevivientes es el único recurso con el que cuentan los accionantes por cuanto se estaría protegiendo su derecho al mínimo vital. Al respecto en la sentencia T-593 de 2007, se argumentó:

“La Corte ha reconocido, en diferentes oportunidades, el carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes, en cuanto su reconocimiento y pago efectivo garantiza el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante. Sobre el particular, señaló esta Corporación: 'Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada[1]'. ”

3. Así mismo, en la sentencia T-836 de 2006, se precisó que el juez de tutela debe realizar especiales consideraciones, cuando con la negativa en el pago de una pensión de sobreviviente se pueden ver afectados sujetos en estado de vulnerabilidad, quienes gozan de una especial

protección constitucional:

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

En igual sentido se manifestó en la sentencia T- 479 de 2008, en la que a propósito del estudio de procedibilidad de la tutela en casos como el que nos ocupa, estableció:

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

(...)

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

4. Entonces, la tutela procede excepcionalmente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en aquellos casos en los que la misma se encuentra en relación con el mínimo vital de la familia del difunto, más aún cuando se trata de personas en estado de vulnerabilidad que merecen una especial protección constitucional. También se concluye que con lo anterior, no se estaría de sustituyendo el medio ordinario de defensa porque éste puede resultar ineficiente para la protección de derechos fundamentales, si se tiene en cuenta la duración de los procesos ordinarios laborales[2].

El principio de progresividad en el derecho a la seguridad social.

5. El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, a partir del cual se desprende que éste tiene una doble naturaleza, por un lado, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y de los particulares autorizados para cumplir con esta función, y por otro, como derecho garantizado a todos los ciudadanos.[3]

6. Ahora bien, uno de los aspectos más importantes que se debe tener en cuenta en el momento de la aplicación, interpretación y reglamentación de la seguridad social es el principio de progresividad, el cual ha sido estudiado en varias ocasiones[4] por esta Corte, y ha sido definido como el deber que tiene el Estado de mejorar las condiciones de los asociados en lo atinente a sus derechos sociales, y la correspondiente prohibición de disminuir dichas calidades. En relación con lo expuesto[5], éste Tribunal en Sentencia T-221 de 2006, señaló:

“(...) implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la

población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.”

7. En desarrollo de lo anterior, la Corte ha entendido que ante una medida regresiva en este tema, se presume su contradicción con el texto de la Constitución, lo cual ha denominado como doctrina de la inconstitucionalidad prima facie. Al respecto, en la Sentencia C-556 de 2009, esta Corporación manifestó:

“Dentro de este contexto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de progresividad de los derechos sociales, el Pacto de San José de Costa Rica y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, las medidas regresivas, en cuanto constituyen disminución en la protección que haya alcanzado un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional de estos derechos”. (Subraya la Sala).

8. No obstante, dicha presunción puede ser desvirtuada en los supuestos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional, estos son (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconozca situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta situaciones ya consolidadas, contempla mecanismos como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas[6].

9. En suma, con base en lo hasta aquí expuesto se puede afirmar que todos los operadores jurídicos deben actuar teniendo en cuenta el principio de progresividad en materia de seguridad social, comenzando por el poder legislativo que es el que tiene la competencia para expedir las normas y modificarlas, entendiendo que para que pueda configurar una norma de carácter regresivo, debe existir una justificación constitucional para la misma que termine haciéndola concordante con dicho principio.

Por lo demás, si resulta inevitable la disminución de las calidades del derecho social en discusión, es posible que en la ley se contemple un régimen de transición para controlar la regresividad y proteger los derechos de quienes tenían una expectativa legítima conforme al régimen anterior, que le era más favorable.

La pensión de sobrevivientes. Reiteración de jurisprudencia.

10. Como primera medida, la definición que ha sostenido este Tribunal de pensión de sobrevivientes se encuentra expuesta en la sentencia T-1036 de 2008, en la que se enunció como:

“(…) la prestación que tiene por objeto proteger a los allegados dependientes económicamente del pensionado o de quien tiene derecho a la pensión cuando sobrevenga la muerte de éste. Consiste en la transmisión a su favor, por ministerio de la ley, del derecho a percibir la pensión. La finalidad y razón de ser de esta pensión, es la de ser un mecanismo de protección de los allegados dependientes del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte.[7]”

11. En segundo lugar, vale la pena recordar que, tal como se vio anteriormente[8], la jurisprudencia constitucional ha entendido que la pensión de sobrevivientes constituye un derecho fundamental de la familia del difunto causante, en la medida que su reconocimiento y pago incidan directamente en el mínimo vital de los que la conforman. Así lo ha expuesto entre

otras, en la Sentencia T-072 de 2002 en la que argumentó:

“A pesar de ser la pensión de sobrevivientes una prestación económica, también ha sido catalogada como un derecho fundamental, pues 'busca lograr en favor de las personas que se encuentran involuntariamente en circunstancias de debilidad manifiesta- originada en diferentes razones de tipo económico, físico o mental y que requieren de un tratamiento diferencial positivo o protector -, un trato digno y justo, por parte de la entidad que debe reconocer y pagar la pensión'.”

12. Teniendo estas bases claras, se estudiarán los requisitos para poder acceder a dicha prestación, y los avances jurisprudenciales en cuanto a la aplicación del principio de progresividad que se predica de la misma.

a. Requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

13. Los requisitos para poder acceder a dicha prestación, fueron establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley”

Posteriormente, éste artículo fue modificado expresamente por la Ley 797 de 2003, cuyo texto original dispone:

“El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y

la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.”

14. De la lectura de los dos artículos citados, se evidencia que los requisitos implementados en la legislación posterior (Ley 797 de 2003) son más gravosos y estrictos que los contemplados en la Ley 100 de 1993, puesto que se aumentó de 26 a 50 el número de semanas aportadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento y, fijó como exigencia adicional el requisito de fidelidad al sistema[9].

De lo anterior se desprende, que en materia de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, existe una medida regresiva en los términos que han sido expuestos.

b. Inaplicación del requisito de fidelidad[10] para el acceso a la pensión de sobrevivientes y su posterior declaratoria de inconstitucionalidad.

15. A raíz de la expedición de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional conoció acciones de tutela donde se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en razón a la falta de cumplimiento del requisito de fidelidad adicionado por los literales a y b del artículo 12 de la mencionada ley.

16. En vista de que la jurisprudencia constitucional encontró que las medidas adoptadas por la Ley 797 de 2003 en materia de requisitos de acceso a dicha pensión tienen carácter regresivo, incluso antes de que el requisito de fidelidad al sistema fuese declarado inconstitucional por la sentencia C- 556 de 2009, se aplicó la excepción de inconstitucionalidad a la misma; teniendo en cuenta que en estos casos es necesario realizar un control judicial estricto sobre este tipo de modificaciones legales, tal como se verá a continuación[11].

En la Sentencia T-1036 de 2008, se analizó un caso en el que una madre cabeza de familia interpuso acción de tutela en su nombre en representación de sus menores hijas, con el fin de que se le garantizaran sus derechos al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, puesto que su esposo había fallecido y la entidad de pensiones se negaba a reconocerles su derecho a la pensión de sobrevivientes dado que el afiliado no cumplía con el requisito de fidelidad.

En esta providencia la Corte argumentó:

“Ahora bien, respecto de la no aplicación de los requisitos exigidos por ley, para acceder a la

pensión por contrariar el principio de progresividad, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en casos relacionados con el derecho a obtener la pensión de invalidez.[12]

Al analizar las situaciones expuestas por los aspirantes a dicha prestación, la Corte ha examinado en cada caso concreto si (i) existen razones suficientes que expliquen la necesidad imperiosa de aplicar la norma, y (ii) si esas disposiciones resultan razonables y proporcionadas en la situación específica que se somete a consideración del juez de tutela.

Son estos mismos criterios los que deben aplicarse en esta oportunidad, en la que la pretensión de la accionante va encaminada a obtener la pensión de sobrevivientes. En caso de que la situación particular de la accionante se ajuste a las pautas jurisprudenciales antes expuestas, esta Sala determinará si se exime a la actora del cumplimiento de las exigencias legales para acceder a la mencionada prestación.

(...)

Así, tal como ha procedido esta Corporación en los precedentes reseñados, esta Sala procederá a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 con el objetivo de proteger los derechos de la accionante y de sus menores hijas.”

Ésta sentencia se fundamentó en varios fallos referentes a pensiones de invalidez, donde se inaplicaron algunos requisitos por considerarse regresivos y contrarios a la Constitución, entre otros, las sentencias T-221 de 2006[13] y T-1291 de 2005[14].

17. En conclusión, se encuentra que la Corte Constitucional ha precisado que se deben inaplicar los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como lo son la pensión de invalidez y de sobrevivientes, siempre y cuando resulten regresivos y contrarios al principio de progresividad, porque esto significa que son contrarios a la Carta Política.

Específicamente en lo que atañe a la pensión de sobrevivientes, antes de ser proferida la sentencia C-556 de 2009, se aplicó la excepción de inconstitucionalidad, fundamentada en el artículo 4º Superior, frente al requisito de fidelidad consagrado en los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, puesto que del análisis que ha sido realizado, se encontró que resulta abiertamente inconstitucional y claramente regresivo. Lo anterior sin perjuicio de que el fallecimiento del causante hubiese acaecido en vigencia de la norma citada, debido a que según el criterio de esta Corte, solo se debe exigir el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente válidos al momento de la solicitud.

18. Ahora bien, con la expedición de la Sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009 en la que se estudió la demanda interpuesta contra los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 - los cuales imponían el requisito de que los afiliados hubieran guardado fidelidad de cotización al sistema, por lo menos del 20% del tiempo transcurrido desde que cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte, para que los herederos pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes-; la argumentación de este Tribunal tuvo algunos cambios.

19. En dicha oportunidad la Corte consideró que estas exigencias son claramente regresivas, y contravienen la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que consiste en proteger a las personas que necesitan atender sus necesidades básicas, las cuales eran cubiertas con los ingresos que devengaba la persona que ha fallecido de quien se exige el ya mencionado requisito de fidelidad

al sistema.

De esta forma, en la sentencia C- 556 de 2009 estableció:

“[L]a exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios.

(...)

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

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

(...)

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

20. En dicha oportunidad, se reiteró la prohibición que existe para el legislador de adoptar medidas regresivas a las finalidades del Estado; además, se recordó que desde algún tiempo atrás la Corte venía inaplicando éste requisito teniendo en cuenta que infringía principios constitucionales, por lo tanto, finalmente fue declarado inexecutable por contravenir los derechos a la vida, igualdad, debido proceso y seguridad social.

21. A partir de lo consignado en la Sentencia C-556 de 2009, se han proferido también sentencias de tutela en las que se reitera lo allí argumentado. Tal es el caso de las sentencias T-730 de 2009, T-066 de 2010 y T-116 de 2010, entre otras.

En la Sentencia T-730 de 2009 la Corte estableció que el requisito de fidelidad al sistema no es exigible para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ni si quiera cuando el hecho generador ocurrió antes de la expedición de la sentencia C- 556 de 2009, toda vez que:

"(...) la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por

consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.

Adicionalmente, y si en gracia de discusión se aceptara que resultan constitucionalmente posibles tanto la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión y hacia el futuro, como la que predica su eficacia incluso para las situaciones que se configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, la vigencia del principio pro homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados, de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos sociales fundamentales".

Posteriormente, en la Sentencia T-066 de 2010 en un caso similar al que se estudia, también se concedió el amparo a la familia del difunto, argumentando que cuando el fallecimiento del causante fue previo a la promulgación de la sentencia C-556 de 2009, si bien no es posible concederle los efectos de la misma, tampoco es posible aplicar el requisito de fidelidad al sistema, puesto que éste ya no hace parte del ordenamiento jurídico y se estaría prolongando en el tiempo una medida a sabiendas de su inconstitucionalidad, al respecto dijo la Corte:

"Para el momento de elevarse la solicitud de pensión de sobrevivientes, la norma declarada inexecutable aún se encontraba vigente, por lo que la sentencia de constitucionalidad no podría aplicarse al presente caso. Sin embargo, la negativa de la entidad para reconocer la pensión de sobrevivientes proyecta en el tiempo y hacia futuro los efectos de una norma declarada inconstitucional, afectando los derechos fundamentales del accionante. Es decir, en el presente caso se concede la tutela para que no se continúen vulnerando los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del actor y de su madre, puesto que no tutelar sus derechos sería como reconocer que aún hoy el requisito de fidelidad que estipulaba el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 mantiene plena vigencia, cuando sabemos que no es así." (Negrilla fuera de texto)

También se ha utilizado el argumento de las cargas que deben asumir los particulares, a partir del cual se ha definido una vez más que sin importar si para el momento de la petición de pensión de sobrevivientes se encontraba vigente el requisito de fidelidad, el mismo no puede ser exigido toda vez que con la expedición de la Ley 797 de 2003, se impusieron cargas injustificadas a las familias que pierden la única persona que les brindaba los recursos para su subsistencia. Así se dejó expuesto en Sentencia T-166 de 2010:

"Para la Corte, la aplicación del requisito de fidelidad aún cuando este hubiere estado vigente al momento de elevarse la solicitud, causó un efecto desproporcionado sobre la demandante y sus menores hijos, por cuanto se les exigieron condiciones más gravosas que las inicialmente consagradas, sin un sustento suficiente que justificara la disminución del nivel de protección del derecho.

(...)

Precisamente, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de los literales mencionados, éstos salieron del ordenamiento jurídico, entonces la entidad accionada deberá para determinar si la pensión de sobrevivientes reclamada es procedente en este caso, analizar los

requisitos que son actualmente exigibles y no el requisito de fidelidad aún cuando este hubiere estado vigente al momento de elevarse la solicitud."

22. En suma, se tiene que con la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 contenida en la Sentencia C-556 de 2009, el denominado requisito de fidelidad al sistema salió sin lugar a dudas de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual no puede ser exigido a ninguna persona que reclame su derecho a la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que esta providencia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. Este pronunciamiento es de obligatorio cumplimiento por parte de todos los ciudadanos, por su valor jurídico y fuerza vinculante[15].

Además de lo anterior, es importante señalar que en todo caso, el requisito que se viene estudiando no puede ser aplicado ni siquiera en los casos en que se encontraba vigente para el momento del fallecimiento del accionante, puesto que como se ha dejado claro esta Corte venía aplicando la excepción de inconstitucionalidad por considerar que se trata de una medida regresiva, y en todo caso porque se estaría prolongando en el tiempo los efectos de una norma que ya no rige en nuestro ordenamiento.

23. Una vez expuestos los avances jurisprudenciales aplicables a la materia en comento, esta Sala procederá a analizar el caso en concreto.

Estudio del caso en concreto.

24. La señora Nancy Campillo Rentería interpuso acción de tutela por intermedio de apoderado, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte - S.A. por considerar que le están siendo vulnerados sus derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, teniendo en cuenta que es viuda, y tiene a cargo a sus hijos menores de edad Cindy Katherine y Royer Miler Antony, así como a los mayores Eduardo y Zaira Alexandra Medina Campillo.

El señor Eduardo Medina Godoy quien fuera su esposo y padre de sus hijos, falleció el 11 de noviembre de 2006, por lo que el 9 de julio de 2007, le solicitó al Fondo de pensiones Horizonte le reconociera la sustitución pensional a la que consideró tenía derecho.

En respuesta a la anterior petición, la accionada le informó que no era procedente acceder a la misma porque si bien su difunto esposo contaba con más de 50 semanas cotizadas entre los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema en un 20% entre el momento en que cumplió 20 años y su deceso.

Ahora bien, teniendo en cuenta la expedición de la sentencia C-556 de 2009 en la que se declaró inconstitucional el requisito de fidelidad al sistema, la actora se dirigió nuevamente ante el Fondo de Pensiones BBVA Horizonte, con el fin que evaluara nuevamente su solicitud teniendo en cuenta la salida del ordenamiento jurídico del artículo 12 de la ley 797 de 2003. Sin embargo, el Fondo de Pensiones respondió negativamente, para lo cual argumentó que la muerte de su esposo fue anterior a la sentencia de la Corte en la que se declaró inexecutable el requisito mencionado, por lo que para ese momento se encontraba vigente la norma que establecía el requisito de la fidelidad al sistema.

La actora manifestó que no cuenta con ningún recurso para su subsistencia ni la de sus hijos, así mismo relató que su esposo falleció a causa de una enfermedad que requiere de trasplante de intestinos, la cual sufren ahora sus hijos Cindy, Royer Miler y Zaira quienes se encuentran en lista de espera para trasplante de intestino delgado, y que actualmente están hospitalizados en la

ciudad de Medellín. Por lo tanto solicitó que se ampararan sus derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social que se están viendo vulnerados por BBVA Horizonte.

25. Una vez presentada la situación fáctica en la que se desarrolla este caso, se procederá a realizar el análisis de procedencia formal de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial que existe al respecto, el cual fue expuesto previamente[16].

26. Tal como se reseñó, la acción de tutela en principio no es procedente para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, puesto que para éstas existen las correspondientes acciones ordinarias laborales, y en esta medida no se cumpliría con el principio de subsidiariedad.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que excepcionalmente la acción de tutela puede ser el mecanismo idóneo para el reclamo de dichas prestaciones, pero únicamente cuando se encuentra comprobado que con la falta de reconocimiento de las mismas se ve afectado el mínimo vital.

27. En el caso bajo estudio, se encuentra demostrado de acuerdo con las declaraciones rendidas por la señora Campillo Rentería, actualmente no cuenta con ningún tipo de ingreso para el sostenimiento propio y el de sus hijos, puesto que los únicos recursos que mantenían a la familia eran devengados por su difunto esposo.

Además, considera la Sala que el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte - S.A. tenía la carga de la prueba puesto que la accionante manifestó que no cuenta con ningún tipo de ingresos, y aún así no allegó documento alguno que demostrara un eventual nivel de solvencia económica de la actora, lo cual lleva a concluir que en efecto, en el presente caso se encuentra en riesgo el derecho al mínimo vital de la misma.

28. Adicionalmente, se está ante la presencia de sujetos en estado de vulnerabilidad quienes ameritan una especial protección constitucional, puesto que 2 de los 4 hijos de la actora son menores de edad y, éste par de niños junto con su hermana mayor, padecen de un delicado estado de salud, razón por la cual se encuentran internados en el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín y están pendientes por determinar si son candidatos para un transplante de intestino delgado, lo cual agrava aún más la situación de la actora que además es una madre cabeza de familia, desde el momento en que falleció su esposo de quien se reclama ahora la sustitución pensional.

29. En conclusión, teniendo en cuenta las especiales condiciones en las que se desenvuelve este caso, por la afectación al mínimo vital del núcleo familiar de la actora y por encontrarse en riesgo derechos de personas en estado de vulnerabilidad, esto es niños y una madre cabeza de familia, esta Sala considera que someter a la accionante a un proceso laboral ordinario no sería eficiente ni eficaz, con base en el apremio que merece la salvaguarda de sus derechos y por lo tanto, la acción de tutela resulta procedente por lo menos formalmente.

30. Ahora bien, los jueces de instancia argumentaron que en la petición que se estudia no se cumple con el requisito de inmediatez, puesto que la muerte del causante se dio el 11 de noviembre de 2006 y la acción de tutela se interpuso el 18 de noviembre de 2010.

31. Como primera medida, vale la pena señalar que no puede tomarse como punto de partida para efectos del requisito de inmediatez la fecha de muerte del causante -11 de noviembre de 2006-, teniendo en cuenta que existió un nuevo hecho que modificó la situación de la actora, el cual fue la expedición de la sentencia C-556 de 2009 que declaró inconstitucional el requisito por

el que precisamente le fue negado su derecho a la pensión de sobreviviente. No obstante lo anterior, se evidencia que desde la fecha de la promulgación de dicho fallo y la interposición de la acción de tutela pasó aproximadamente un año, por lo cual se pasará a reiterar la jurisprudencia que existe respecto del principio de inmediatez.

32. Cabe mencionar que existen ocasiones en las que la tutela resulta procedente aún habiendo sido interpuesta después de dejar pasar un lapso considerable, tal como se señaló en la sentencia T- 158 de 2006, que reiteró lo dispuesto sobre la materia en la SU- 961 de 1999. Así, se recordó en dicha ocasión:

"De hecho, de la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.[17] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros."

33. En el caso que se revisa, de acuerdo con la argumentación hasta aquí expuesta, se cumple con los dos supuestos señalados anteriormente toda vez que (i) los derechos fundamentales de la accionante y sus hijos se han visto afectados permanentemente en el tiempo que ha transcurrido desde el fallecimiento del señor Eduardo Medina Godoy, quien era la cabeza del hogar y con sus ingresos mantenía a su familia, por lo cual es posible sostener que actualmente su derecho al mínimo vital sigue en riesgo y su situación empeora con el paso del tiempo y el avance de la enfermedad de sus hijos.

Por otra parte, (ii) se encuentra en el expediente que la accionante misma es un sujeto que merece de especial protección constitucional, por ser una madre cabeza de familia que tiene a su cargo 4 hijos, dos de los cuales son menores de edad, a lo que se le suma que tres de ellos padecen de un delicado estado de salud por lo que son así mismo especialmente protegidos. Esta situación lleva a considerar que resulta abiertamente desproporcional exigirle a la actora que acuda ante un juez ordinario laboral.

34. Entonces, en este caso el incumplimiento del principio de inmediatez no es un argumento válido para considerar improcedente la petición de la actora, y por lo tanto se pasará a analizar de fondo la misma.

35. El asunto que se revisa gira en torno a la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora Nancy Campillo Rentería, en razón a que su difunto esposo si bien cotizó más de 50 semanas entre los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema en un 20% entre el momento en llegó a los 20 años de edad y su deceso, lo que significa que para poder acceder a la misma, la entidad demandada exige que el señor Eduardo Medina Godoy hubiese contado al momento de su muerte con 188.28 semanas de cotización, siendo que únicamente contaba con 185.71.

36. La demandada fundamenta su decisión en la aplicación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, puesto si bien adujo conocer la declaratoria de inexequibilidad de dicho artículo efectuada mediante la sentencia C-556 de 2009, argumentó que en todo caso la muerte del causante se

produjo previa a la misma, esto es en el año 2006, por lo que el requisito de fidelidad le es aplicable a la solicitud de pensión por parte de la actora ya que para esa época se encontraba vigente y en esta medida no es procedente su reconocimiento.

37. Esta Sala encuentra que no le asiste razón a la entidad demandada, puesto que tal como quedó consignado en el acápite correspondiente, no es posible exigirle a los familiares de una persona fallecida, el requisito de fidelidad al sistema para poder acceder a la pensión de sobrevivientes, porque la norma que lo consagraba ya no hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de la ya citada sentencia C-556 de 2009.

La principal razón por la que esta Corte decidió declarar inconstitucional el requisito de fidelidad al sistema, fue que éste constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, que le imponía cargas más gravosas a las familias para acceder a la pensión de sobrevivientes que ciertamente no tienen porqué soportar, máxime si se tiene en cuenta que han quedado desprotegidas económicamente, en la medida que la persona que aportaba los recursos para el sostenimiento de la familia ha fallecido.

38. Antes bien, frente al argumento según el cual es posible seguirles exigiendo a las familias el requisito de fidelidad porque para el momento de la defunción del causante el mismo se encontraba vigente, esta Corte ha sido clara en establecer que no es de recibo, por cuanto de aceptarse tal afirmación se estarían prolongando en el tiempo los efectos de una norma que ha salido del ordenamiento jurídico por no encontrarse de acuerdo con el principio de progresividad en materia de seguridad social.

Además de lo anterior, aún antes de la salida del ordenamiento jurídico del artículo 12 de la ley 797 de 2003, este Tribunal ya lo venía inaplicando con base en la excepción de inconstitucionalidad, de manera que se tienen suficientes argumentos para concluir que no es posible negar el derecho a la sustitución pensional en este caso bajo los planteamientos de la demandada.

39. Por lo tanto, se ordenará a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., que proceda a realizar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la que tiene derecho la señora Nancy Campillo Rentería, con el fin de evitar la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a una vida en condiciones dignas y a la seguridad social; teniendo en cuenta que el esposo de la accionante había cotizado más de 50 semanas durante los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, es decir que en este caso se cumple con los requisitos necesarios para acceder a tal prestación.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias denegatorias de tutela proferidas por el Juzgado segundo Penal municipal de Mocoa – Putumayo en primera instancia y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa en segunda instancia y, en su lugar, CONCEDER el amparo pedido por Nancy Campillo Rentería, para proteger sus derechos al mínimo vital, a una vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte - S.A., que por medio de su representante legal o quien haga sus veces, y en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a realizar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que le corresponde a la señora Nancy Campillo Rentería, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T-173 de 1994.

[2] Al respecto la Sentencia T-166 de 2010 estableció: "se puede concluir que el mecanismo de amparo constitucional, procede, excepcionalmente, para pretender el reconocimiento y pago de una pensión, cuando quiera que no exista otro medio de defensa judicial para el efecto, o cuando existiendo, no es eficaz para obtener su protección, eventos en los que la acción de tutela se configura como el instrumento judicial principal, ante la imposibilidad material de alcanzar una protección real y concreta por otro medio. También será procedente, cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable debidamente probado, y mientras que la autoridad competente decida de fondo y definitivamente el conflicto suscitado".

[3] La Corte ha estudiado esta doble faceta del derecho a la seguridad social, y ha dicho: "La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiendo por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable". Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio". Sentencia C-408 de 1994.

[4] Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997 y SU-225 de 1998.

[5] Al respecto, la sentencia C-038 de 2004, estableció: "(...) existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto

es la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad"

[6] Sentencia T-043 de 2007.

[7] Sobre el contenido y alcance de este derecho pensional, ver la sentencia T-190 de 1993.

[8] Ver supra, Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente. Reiteración de jurisprudencia

[9] Este requisito consiste en que el afiliado mayor de 20 años, debe acreditar que cotizó el 25% o el 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de su defunción causada por enfermedad o por accidente, respectivamente.

[10] Previsto en la Ley 797 de 2003.

[11] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, y C-1489 de 2000.

[12] Ver entre otras, las Sentencias T-974 de 2005, T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-699 A, de 2007, T-580 de 2007, y T-628 de 2007.

[13] Al respecto se dijo en dicha providencia: "Esta Corporación viene afirmando que "el principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues **a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria**, primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte"[Sentencia C-671 de 2002]. (Negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, la Corte tutelaré los derechos de la accionante inaplicando por inconstitucional el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003".

[14] En esta ocasión, la Corte estableció : "Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto **la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones** –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se acceda al derecho.

Conforme a lo anterior y frente a la evidente necesidad de aplicar la Constitución directamente, hay que reiterar que para que sea posible el reconocimiento de la prestación, es necesario que el legislador haya definido sus requisitos. Así las cosas y ante la ausencia de un régimen de transición y conforme al principio de favorabilidad de las normas laborales, la Sala considera necesario dar aplicación en este caso del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que dispone la cotización de veintiséis (26) semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez. Los requisitos previstos por esta norma (como se advirtió) los cumple

cabalmente la peticionaria, Adriana María Jaramillo Rios." (Negrilla fuera de texto original)

[15] Ver Sentencia T-166 de 2010: "En esta medida, la cosa juzgada constitucional, no solamente salvaguarda la supremacía normativa de la Carta, sino que también está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues a través de esta figura se asegura que esta Corporación sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente."

[16] Al respecto ver supra. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente. Reiteración de jurisprudencia.

[17] Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.

2



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

