El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia -23 de abril 2018

Radicación Nro. : 66001-31-10-003-2018-00082-01

Accionante: Elvira Echeverry de Cortes

Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

Temas: **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / REVOCA / CONCEDE** - De tal derrotero surge palmario que este caso en particular es análogo a otros revisados en precedencia por la alta colegiatura, en los que específicamente se realzó la importancia de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional, máxime cuando el ruego proviene de una persona sujeto de especial protección constitucional.

Y es que, está decantado y no es objeto de controversia que la accionante es la cónyuge supérstite del señor José Miguel Cortés Londoño, quien en vida realizó cotizaciones al sistema general de pensiones desde julio de 1968 hasta junio de 1987, motivo por el cual, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, el estudio de su caso se debe realizar a la luz de las normas que estuvieron vigentes durante ese periodo.

Tampoco se discute la densidad de semanas acumuladas por el causante, que durante el intervalo mencionado asciende a 692, lo que implica que, a la luz del acuerdo 049 de 1990, el caso del señor Cortés Londoño, contrario a lo dicho por la accionada, se daban los requisitos normativos para acceder a la pensión de sobrevivencia, si se tiene en cuenta que durante el tiempo que cotizó al sistema, generó una legítima expectativa conforme a las normas que en aquel momento regían el sistema.

Aún en gracia de discusión y si al acuerdo número 224 de 1966 nos atenemos, habida cuenta de que fue el estatuto pensional vigente desde 1966 hasta que fue derogado por acuerdo 049 de 1990, la situación es similar, pues dicha normativa requería “b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.” (Resalta la sala).

(…)

Con lo que queda claro que, a pesar del pago de la indemnización sustitutiva, es viable el reconocimiento de la prestación deprecada, sin perjuicio de que se ordene la compensación respectiva.

Por lo expuesto, sin que haya lugar a otras estimaciones, se revocará la sentencia objeto de alzada y, en su lugar, se concederá el amparo, ordenando lo pertinente para el reconocimiento y pago de la prestación deprecada.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, abril veintitrés de dos mil dieciuocho

Expedientes: 66001-31-10-003-2018-00082-01

Acta N° 121 de abril 23 de 2018

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la parte demandante contra la sentencia del 1 de marzo último, proferida por el Juzgado Tercero de Familia local, en esta acción de tutela que **Elvira Echeverry de Cortes** promovió frente a **COLPENSIONES**.

 **ANTECEDENTES**

 Acudió la demandante, por intermedio de apoderado judicial, en procura de la protección de sus derechos fundamentales *“a la seguridad social, salud, vida digna, mínimo vital”*, que estima lesionados por la parte accionada.

 Expuso, en resumen, que tiene 76 años de edad, que el 13 de junio de 2015 falleció su cónyuge, señor José Miguel Cortés Londoño, quien figuraba como afiliado de la accionada y de quien dependía económicamente; motivo por el cual en el año 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la que fuera negada, mediante resolución 418599 del 30 de diciembre, por no acreditar su esposo 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento y por haber recibido ya el señor Cortés Londoño una indemnización sustitutiva, lo que la dejó desprovista de su único ingreso y por lo que la obligó a presentar una nueva solicitud en noviembre de 2017, también despachada desfavorablemente, aun cuando argumentó la posibilidad de aplicar en su caso el principio de la condición más beneficiosa, bajo el cual su cónyuge tendría las 300 semanas en cualquier tiempo, que exige el acuerdo 049 de 1990.

 Pidió, el amparo de los derechos invocados y, como consecuencia de ello, que se ordene a COLPENSIONES dar aplicación a tal principio, expedir la respectiva resolución reconociendo la pensión de sobrevivientes solicitada e incluirla en la nómina de pensiones de la entidad.

 El Juzgado de primer grado admitió el libelo y dispuso correr traslado a la Subdirectora de Determinaciones VI, a la Dirección de Prestaciones Económicas de la Gerencia de Determinaciones, a la Gerencia de Determinación de Derechos, de la Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media, al Gerente de Servicio y Atención al ciudadano, a la Dirección de Administración de Solicitudes y PQRS, al Gerente de Defensa Judicial, al Director de Acciones Constitucionales, al Director de Procesos Judiciales de la Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media.

 Intervino el gerente de Defensa Judicial, quien adujo la improcedencia del trámite por el presupuesto de subsidiaridad de la acción.

 Sobrevino el fallo de primer grado que así lo declaró, por cuanto, con apoyo en líneas jurisprudenciales, estableció que el asunto tiene que ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, habida cuenta de que la decisión de la demandada no se torna caprichosa o arbitraria y tuvo como fundamento que el afiliado, en vida reclamó su correspondiente indemnización sustitutiva.

 Impugnó la demandante, quien considera errado el argumento para desestimar su pedimento, dado que es una persona de la tercera edad que no tiene como sufragar su propia manutención, lo que implica el menoscabo de los derechos fundamentales invocados.

**CONSIDERACIONES**

 La Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

 En el caso concreto, Elvira Echeverry de Cortés dirigió su reclamo contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES con el fin de que se resuelva favorablemente su petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, desechada por cuanto no está acreditado que el causante cumpliera con el requisito de 50 semanas de cotización anteriores a su fallecimiento conforme lo establece la Ley 797 de 2003, aunado a que en vida reclamó la indemnización sustitutiva.

 El Juzgado de instancia, se dijo, despachó desfavorablemente el amparo, porque no encontró acreditada la titularidad del derecho pensional en cabeza del causante, aunado a que ya se había reconocido y pagado en precedencia la correspondiente indemnización sustitutiva al señor García Agudelo.

 Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional que ha dicho que:

“En relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de una derecho prestacional, la Corte Constitucional ha establecido que el juez constitucional deberá verificar los siguientes requisitos: “a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional. “b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, “c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.“ d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.”[[1]](#footnote-1)

 Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que la accionante se reporta como un sujeto de especial protección constitucional, al contar con 76 años[[2]](#footnote-2), lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, lo que no fue contrariado por la demandada; ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada; y, es claro que debido a su edad y su expectativa de vida el proceso judicial no resultaba idóneo para la efectiva protección de sus derechos.

 Aclarado lo anterior, contrario a lo que dedujo el Juzgado de primer grado, el caso que hoy convoca a la Sala debe analizarse en perspectiva de los postulados jurisprudenciales relacionados con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En tal sentido, se enseña que[[3]](#footnote-3):

Ha afirmado la Corte que solo podrá reconocerse el derecho a la pensión de sobrevivientes con base en una norma anterior a la vigente al momento de la muerte del afiliado, en términos generales, cuando en vigencia de dicha norma se haya realizado el número total de cotizaciones que ella exige. Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de especificar las reglas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional sobre la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, se mencionarán a continuación las decisiones proferidas por la Corte sobre el particular.

61. La sentencia T-584 de 2011, inauguró la línea jurisprudencial a la que se viene haciendo referencia. En este caso, **la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional** **estudió la acción de tutela interpuesta por una cónyuge supérstite a quien se le había negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a pesar de que su esposo cotizó 447.43 semanas entre 1978 y 1988. El Instituto de Seguros Sociales (ISS) justificaba la negativa en este caso aduciendo que el cónyuge de la accionante no había cotizado cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento, como era requerido por la Ley 797 de 2003 (ver supra, numeral 48). En este caso, la Sala Séptima consideró que los requisitos de pensión de sobrevivientes debían ser analizados a la luz del Acuerdo 049 de 1990, el cual exigía 300 semanas de cotización en cualquier tiempo (ver supra, numeral 46), razón por la cual era procedente amparar sus derechos fundamentales, por lo que ordenó al ISS reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la accionante.**

65. De manera más reciente, en la sentencia T-464 de 2016, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional analizó la acción de tutela interpuesta por una cónyuge supérstite por la falta de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Dicha pensión le había sido negada con el argumento de que, a pesar de que el afiliado realizó aportes por 467.5 semanas entre el 1 de abril de 1979 y el 30 de marzo de 1995, no cumplía con los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (ver supra, numeral 48), el cual se encontraba vigente al momento de la muerte del afiliado (ocurrida el 15 de noviembre de 2009). En esta ocasión, después de reseñar la jurisprudencia constitucional sobre la condición más beneficiosa en materia de tránsito de legislación sobre pensión de sobrevivientes, la Sala Quinta de Revisión sintetizó la regla aplicable al caso de la siguiente forma:

 **“(…) es posible dar aplicación a una norma jurídica anterior para efectos de reconocer la pensión de sobreviviente[s] cuando el legislador no ha previsto un régimen de transición. Para ello, será necesario demostrar que el afiliado cumplió con el número de cotizaciones exigidas por dicha norma jurídica, y que los aportes se efectuaron durante su vigencia”[50].**

**Con base en esta regla, la sentencia T-464 de 2016 concedió el amparo solicitado y ordenó a la autoridad judicial contra la que se dirigía la tutela proferir una sentencia de reemplazo observando la interpretación constitucional otorgada por la Corte en materia de pensión de sobrevivientes.**

66. En resumen, advierte la Corte que la jurisprudencia constitucional, de manera clara y unívoca, ha sostenido que en materia de pensión de sobrevivientes se debe aplicar el principio de favorabilidad en su criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa, en aquellos casos en los que se deba dar aplicación a la interpretación de normas jurídicas laborales (artículo 53 de la Constitución), en una situación en la cual un afiliado hubiese realizado cotizaciones bajo distintos regímenes, siempre que se demuestre que dicho afiliado cumplió con el número de cotizaciones exigidas por dicha norma jurídica y que los aportes se hubiesen efectuado durante su vigencia, y que su muerte ocurra en vigencia de un régimen diferente que le resulte desfavorable. Lo anterior, por cuanto el legislador no tuvo en cuenta las expectativas legítimas de las personas al no prever un régimen de transición. Según la línea jurisprudencial mencionada, no es razonable restringir la causación de la pensión de sobrevivientes al régimen inmediatamente anterior al vigente al momento de la muerte del afiliado, pues se trata de una limitación que no encuentra fundamento constitucional, en la medida que, desconoce el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución, y no protege las expectativas legítimas y la buena fe del ciudadano.

 De tal derrotero surge palmario que este caso en particular es análogo a otros revisados en precedencia por la alta colegiatura, en los que específicamente se realzó la importancia de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional, máxime cuando el ruego proviene de una persona sujeto de especial protección constitucional.

 Y es que, está decantado y no es objeto de controversia que la accionante es la cónyuge supérstite del señor José Miguel Cortés Londoño, quien en vida realizó cotizaciones al sistema general de pensiones desde julio de 1968 hasta junio de 1987, motivo por el cual, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, el estudio de su caso se debe realizar a la luz de las normas que estuvieron vigentes durante ese periodo.

 Tampoco se discute la densidad de semanas acumuladas por el causante, que durante el intervalo mencionado asciende a 692, lo que implica que, a la luz del acuerdo 049 de 1990, el caso del señor Cortés Londoño, contrario a lo dicho por la accionada, se daban los requisitos normativos para acceder a la pensión de sobrevivencia, si se tiene en cuenta que durante el tiempo que cotizó al sistema, generó una legítima expectativa conforme a las normas que en aquel momento regían el sistema.

 Aún en gracia de discusión y si al acuerdo número 224 de 1966 nos atenemos, habida cuenta de que fue el estatuto pensional vigente desde 1966 hasta que fue derogado por acuerdo 049 de 1990, la situación es similar, pues dicha normativa requería *“b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.”* (Resalta la sala).

 Superado esto y en lo que toca con el reproche de la accionada, para dispensar la prestación solicitada, por el pago previo de una indemnización sustitutiva al causante, en la reciente Sentencia T-703-17 se explicó:

Por su parte, en las Sentencias T-606 de 2014[[4]](#footnote-4) y T-002 A de 2017[[5]](#footnote-5), las Salas de revisión fijaron la subregla jurisprudencial consistente en que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o invalidez no impide que el beneficiario reclame el derecho a la pensión, siempre y cuando el valor de esta última se compense con las mesadas pensionales. Así, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001[[6]](#footnote-6) que señala taxativamente que *“[…] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”,* ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que *“[...] no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérsele a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad. ¨[…] la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.”*

En conclusión, la jurisprudencia “protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto.”[[7]](#footnote-7) Lo que no estaría autorizado por la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la Sentencia de tutela citada, “sería acceder a la pensión y a la indemnización sustitutiva por la misma causa. […] Aunque si después de concedida la indemnización, se establece que tiene derecho a la pensión, procede la compensación”[[8]](#footnote-8).

 Con lo que queda claro que, a pesar del pago de la indemnización sustitutiva, es viable el reconocimiento de la prestación deprecada, sin perjuicio de que se ordene la compensación respectiva.

 Por lo expuesto, sin que haya lugar a otras estimaciones, se revocará la sentencia objeto de alzada y, en su lugar, se concederá el amparo, ordenando lo pertinente para el reconocimiento y pago de la prestación deprecada.

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, **Sala de Decisión Civil Familia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia dictada por el  Juzgado Tercero de Familia local en esta acción de tutela que **Elvira Echeverry de Cortés** promovió frente a la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**. En su lugar:

1. Se concede el amparo de los derechos fundamentales reclamados.

2. Se ordena a la Subdirección de Determinación VI, en cabeza de Dalia Teresa Gamboa Naranjo, o quien haga sus veces, que proceda, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que de esta providencia se le haga, a dejar sin efectos la Resolución SUB 269230 del 27 de noviembre de 2017 y expedir un nuevo acto administrativo en el que reconozca y disponga el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por Elvira Echeverry de Cortés, teniendo presentes las líneas trazadas en esta providencia.

 4. La funcionaria deberá hacer el cálculo pertinente y descontar la indemnización sustitutiva reconocida en precedencia al causante José Miguel Cortés Londoño de manera periódica.

 Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. A su regreso, archívese.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA** Con aclaración de voto

1. Sentencia T-343 de 2014 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-339 de 2017: 26. “En términos prácticos, de los distintos criterios (cronológico, fisiológico y social[74]) que sirven para fijar cuándo una persona puede calificarse en la tercera edad, esta Corporación ha optado por precisar una edad concreta, en asocio con la esperanza de vida certificada por el DANE[75], que varía. Actualmente la esperanza de vida oficial, se encuentra estimada aproximadamente en los 76 años de edad. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-084/17 [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta providencia, la Corte debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Orlando Castro Rojas), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que perdió el 58.8% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente? [↑](#footnote-ref-4)
5. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia, la Corte se planteó la resolución del siguiente problema jurídico: ¿ establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una persona que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con la negativa del fondo de pensiones a reconocerle la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos exigidos por la ley vigente al momento de la estructuración de la invalidez y haber recibió con anterioridad una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.? [↑](#footnote-ref-5)
6. “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-002 A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-7)
8. En este sentido la sentencia T-937 de 2013 indicó: “*puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez)*.” [↑](#footnote-ref-8)