TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, Risaralda, cuatro (4) de diciembre de dos mil quince (2015)

Acta No. 593 de 4-12-2015

Expediente 66001-31-10-001-2015-00562-01

I. Asunto

Decide el Tribunal la IMPUGNACIÓN formulada mediante apoderado judicial por el ciudadano PEDRO NEL HERNÁNDEZ GÓMEZ, frente al fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2015, por el Juzgado Primero de Familia de Pereira Risaralda.

II. Antecedentes

1. El actor promovió acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por considerar que le vulnera sus derechos fundamentales a la congrua subsistencia y al mínimo vital, al negarle la pensión de sobrevivientes, a que tiene derecho ante el fallecimiento de su esposa. Pide se protejan sus derechos invocados y se reconozca dicha prestación como cónyuge supérstite de Ana María Márquez López.

2. Sustenta su pretensión en los hechos que a continuación se compendian:

a. Cuenta actualmente con 80 años de edad, lo que dice lo acredita como sujeto de especial protección, pues supera de lejos la expectativa de vida del colombiano promedio y por tal razón un proceso laboral con la doble instancia es demasiado tiempo para esperar el disfrute de su derecho.

b. Que además padece de varias patologías – hipertensión, diabetes y sordera- que indican que requiere de su mesada pensional de sobrevivientes, para poder acceder a un adecuado bienestar y mínimo vital, pues ahora debe acudir a la ayuda de personas y servicios, que debe pagar adicionalmente dado su estado de salud, que en los últimos días viene en deterioro.

c. Comenta que en diciembre de 2013, solicitó a Colpensiones la pensión por ser el cónyuge sobreviviente de Ana María Márquez López, fallecida el 26 de octubre de 2011 y que se encontraba afiliada al sistema de protección social desde el 4 de diciembre de 1977, según el reporte de historia laboral presentada por la misma entidad y que para el momento en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 había cotizado más de 300 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, además ya contaba con el tiempo para su pensión de vejez y solo esperaba cumplir la edad para ello, pero su enfermedad no se lo permitió.

d. Dice estaba casado con la señora Márquez López, convivieron y se prodigaron mutuamente afecto, cuidados y ayuda hasta el día del deceso de la afiliada.

e. Informa que contra la decisión del 17 de junio de 2014, mediante la cual Colpensiones negó el derecho, interpuso recurso en la vía administrativa, pero se confirmó la decisión el 31 de julio de este año.

3. A la demanda acompaña el tutelante fotocopias de (i) los actos administrativos GNR223782 del 17-06-2014 y VPB54931 del 31-07-2015, que negaron el reconocimiento de la prestación económica reclamada, (ii) CD contentivo de su historia clínica, (iii) derecho de petición elevado a Colpensiones, con anexos como historia laboral de la afiliada Ana María Márquez López, registro civil de matrimonio y de defunción.[1]

4. Se admitió la tutela y se ordenó la notificación a la GERENCIA NACIONAL DE RECONOCIMIENTO y GERENCIA NACIONAL DE DEFENSA JUDICIAL DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Guardaron silencio.

Más adelante con ocasión de la nulidad decretada en esta Sala, se vinculó al trámite a la VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES DE COLPENSIONES. Notificada, no ejerció su derecho de defensa.

III. La sentencia impugnada

1. Culminó la primera instancia con el fallo proferido el 20 de agosto de 2015, en el que la *a quo* resolvió negar el

[1] Fls. 1 a 10 y 23 a 51 c.ppal.).

amparo deprecado. Para decidir así, dijo, no advirtió la ocurrencia de un perjuicio irremediable, tampoco que haya satisfecho el mínimo grado de diligencia judicial en aras de hacer valer sus derechos frente a la autoridad accionada y de otro lado, dijo tampoco hay convicción sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado, siendo ello indispensable para que el juez de tutela invada órbitas competenciales propias del juez ordinario.

2. La sentencia fue impugnada, bajo argumentos similares a los expuestos en el escrito de tutela.[2]

IV. Consideraciones

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial accionada.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por el accionante, al negarle la pensión de sobreviviente por cuanto no cumple los requisitos para ello.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que *"el*

[2] Fls. 98-106 ib.

afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

4. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

4.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone 6 días después de notificada la resolución que resuelve el recurso interpuesto contra el acto administrativo que negó la pensión reclamada. De todas formas la doctrina constitucional enseña que *"(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción"*[3].

4.2. Respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general : (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional , y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP) .

[3] Sentencia T-217 de 2013; M.P. Alexei Julio Estrada.

5. En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

Y es que concretamente se ha dicho que la pensión de sobrevivientes, anteriormente conocida como sustitución pensional, es una prestación social fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que busca garantizar a los familiares de la persona afiliada fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo. En este último caso la naturaleza de la pensión de sobrevivientes siempre estará ligada a la protección del derecho fundamental al mínimo vital y por tanto, adquiere el carácter de fundamental.[4]

6. De otro lado, el principio de la condición más beneficiosa se desprende del artículo 53 de la Constitución, que prescribe en su inciso final (no está en negrilla en el texto original): *"La*

[4] Sentencia T-584 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."[5]

De tal principio ha dicho el alto tribunal Constitucional:

"***Sobre la condición más beneficiosa en la aplicación de normas concurrentes que rigen la pensión de sobrevivientes, específicamente la suscitada entre el régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990 y el que a la fecha de esta sentencia está dispuesto en la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiteradas oportunidades ha resuelto casos similares al ahora objeto de estudio, en los cuales señaló que en razón de dicho principio constitucional, no puede negarse la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de un afiliado en virtud de no reunir este 26 semanas de cotización en el año anterior a su deceso, si durante su vinculación al sistema de la seguridad social satisfizo los presupuestos exigidos en el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990."***

Y reiteró,

"El principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Esta corporación en asuntos semejantes, en relación con el punto de derecho que se discute, ha dejado claro, que pese a haber fallecido el afiliado en vigencia de la Ley 100 de 1993, son aplicables, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si para el

[5] Sentencia T-228 de 2014, M.P.

momento de entrar en vigencia la citada ley, se daba el supuesto del número de semanas cotizadas para que sus beneficiarios pudiesen acceder a la pensión de sobrevivientes…"[6]

V. Caso concreto

1. Aquí la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones negó la pensión de sobrevivientes aplicando los requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta que las entidades administradoras de fondos de pensiones no pueden adoptar decisiones subjetivas, aun cuando tienen la discrecionalidad para reconocer o negar dicha pensión, asumiendo posturas desfavorables al solicitante.

2. Partiendo de las premisas jurídicas anotadas, advierte esta Sala que se está frente a una persona de especial protección constitucional no solo por su edad (80 años) sino por su estado de salud, pues de su historia clínica se extrae que tiene patologías como "HIPERTENSION , CATETERISMO, ULCERA GASTRICA, VALVULOPATIA, CIRUGIAS: CORAZON ABIERTO, HERMORROIDES , HERNIA INGUINAL"[7] (CD.).

Así mismo, aquellos dos factores, edad y condiciones actuales de salud, reflejan que no se encuentra en capacidad de laborar, lo que afecta su mínimo vital, además de que estado de salud le genera costos adicionales y por lo tanto trae consigo

[6] Sentencia T-228 de 2014; M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[7] CD.

un perjuicio irremediable que se haría perdurable en el tiempo, si se le obligase a acudir a la vía ordinaria, bastante congestionada en este distrito, que además lo más probable es que se extienda a dos instancias bien por la apelación o la consulta de la decisión, situación que por la avanzada edad del actor, torna inidónea la acción ordinaria para salvaguardar con eficacia los derechos constitucionales .

A lo que debe aunarse que las circunstancias que rodean las condiciones económicas al actor, no fueron rebatidas por la entidad accionada, en ninguna de las sedes constitucionales transitadas y que la acción se interpone una vez notificada la resolución que niega la pensión, dada la inminente necesidad de su reconocimiento, por las mismas circunstancias ya explicadas.

3. Superado, entonces, el test de procedencia de la acción, esta Sala se ve precisada a revisar si en este caso se cumplen los requisitos legales para obtener la pensión de sobrevivientes.

4. No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a los siguientes supuestos fácticos: i) que la afiliada señora Ana María Márquez López falleció el 26 de octubre de 2011, según registro civil de defunción aportado a folio 43, ii) que el demandante contrajo matrimonio católico con aquella el 8 de marzo de 1997, tal como se acreditó con el registro civil de matrimonios obrante en el folio 42; iii) que él reclamó ante el I.S.S. la pensión de sobrevivientes, misma que le fue denegada mediante la Resolución GNR223782 del 11 de junio de 2014, expedida por la Gerenta Nacional de Reconocimiento de Colpensiones por cuanto no acreditó el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la

fecha del fallecimiento el afiliado, como lo exige el artículo 12º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Además en aquel acto administrativo se dijo respecto a la condición más beneficiosa que en virtud de la circular interna 01, solo se dará aplicación a dicho principio *"en aquellos casos en donde el hecho generador de la pensión se cause entre la entrada en vigencia de la ley 793 de 2003 (29 enero de 2003), y que no reúnan el requisito de semanas requeridas señaladas en estos últimos, siendo entonces pertinente estudiar la prestación bajo el decreto 758 de 1990"*, que en el caso de las pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de las leyes 797 y 860 de 2003, se debe reconocer la prestación de invalidez y sobrevivientes aplicando la norma vigente a la fecha de la estructuración o fallecimiento del afiliado. Dice, ello en razón a que las citadas normas tienen requisitos menos restrictivos que los contemplados en la Ley 100 de 1993, por tanto no es posible acudir al principio de progresividad. Concluye entonces, que de acuerdo al reporte de semanas, la señora Márquez López Ana María, cotizó durante toda su vida laboral un total de 1.033.25 semanas, de las cuales 0 semanas fueron aportadas dentro de los tres últimos años anteriores a su fallecimiento, requisito indispensable para acceder a la pensión de sobreviviente dispuesto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Argumento reiterado en acto administrativo VPV54931 del 31 de julio de 2015, por medio del cual la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones resolvió el recurso de apelación, incoado contra la decisión del 17 de junio de 2014.

5. En efecto, la entidad demandada negó la prestación porque se incumplía el número de semanas establecidas en

la ley 797 de 2003 y porque no se puede acudir a la condición más beneficiosa, para aplicar normas anteriores, pues no se colman los parámetros definidos en la circular interna 01.

6. Según el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes:

> *"1. (…)*
>
> *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.*

7. Los precedentes normativos de la disposición citada y que actualmente rige en materia de requisitos para la pensión de sobrevivientes, son el decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo número 049 de ese mismo año, que exigía 150 semanas de cotización realizadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo. También el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que en su versión original prescribía *"a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y 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."*

8. Para saber si el actor tiene derecho a esa prestación, con fundamento en la primera de tales normas, tal como lo pretende, hay que establecer si supera el test fijado por la jurisprudencia constitucional.

9. De las pruebas incorporadas surge evidente, que el actor cumple con el requisito de densidad establecido en ese decreto, toda vez que según lo reconoce la misma administradora de pensiones[8], aportó un total de 1.033.25 semanas, 863.24 de las cuales se cotizaron antes del 1º de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la ley 100 de 1993, es decir que superó las 300 semanas establecidas para cualquier tiempo, al punto que previo a ese tránsito legislativo ya las había cotizado.

En estas circunstancias Colpensiones ha debido atender al principio de la condición más beneficiosa y estudiar la cuestión para determinar si el actor cumplía los requisitos del Decreto 758 toda vez que antes de los dos cambios normativos que este sufrió, la afiliada Ana María Márquez López colmó la exigencia de la densidad de tiempo cotizado allí requerida. No obstante, esa entidad decidió, con base en un concepto que ella misma profirió y que desconoce el precedente jurisprudencial que se ha traído a esta providencia, negar la prestación reclamada.

Así entonces, tomando como referencia los precedentes jurisprudenciales vertical y horizontal[9], el estado de

[8] Folio 4 cuaderno principal
[9] Sentencia tutela Acta No. 430 del 14 de septiembre de 2015, Expediente 2015-00334-01, M.P. Claudia María Arcila Ríos y 2015-00244-01, Acta número 412 de 07 de septiembre de 2015, M.P. Duberney Grisales Herrera.

indefensión del actor y que cumple con los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes de conformidad con el decreto 758 de 1990 y por vía de la condición más beneficiosa, la tutela resulta procedente.

10. Por tanto, se revocará la sentencia de primera instancia y se concederá el amparo solicitado para proteger los derechos a una subsistencia congrua y el mínimo vital de que es titular el demandante. En consecuencia, se dejarán sin efecto las Resoluciones números y se ordenará al Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones que en el término de quince días, reconozca la pensión de sobrevivientes a favor del señor Pedro Nel Hernández Gómez, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia fechada el día 20 de agosto de 2015 del Juzgado Primero de Familia de esta ciudad, que negó la acción de tutela.

SEGUNDO: TUTELAR en consecuencia, los derechos fundamentales a la subsistencia congrua y al mínimo vital del señor PEDRO NEL HERNÁNDEZ GÓMEZ.

TERCERO: DEJAR sin efectos las Resoluciones GNR 223782 del 17 de junio de 2014 y VPB 54931 del 31 de julio de 2015, en su lugar, **SE ORDENA** al Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", representado por el doctor Luis Fernando de Jesús Ucros Velásquez, que en un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, emita un nuevo acto administrativo que en observancia de las consideraciones aquí planteadas, reconozca la pensión de sobrevivientes a favor del señor HERNÁNDEZ GÓMEZ.

CUARTO: Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

QUINTO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**