COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/749/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/749/11
Expediente	—
Fecha	2010-07-28
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Principio De No Regresividad Y Pension De Sobrevivientes
- Pension De Sobrevivientes Y Requisito De Fidelidad Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Sobrevivientes

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Seguridad social se presume la inconstitucionalidad de toda norma que se cuanto no se aportó la calificación del estado de invalidez como requisito para tutela instaurada por Yolanda Garzón Burbano en representación de Jorge Garzón

Texto completo

T-749-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-749/11 DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA- Reiteración de jurisprudencia El derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de sobrevivientes-, es un derecho fundamental y la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD Y PENSION DE SOBREVIVIENTES- En materia de seguridad social se presume la inconstitucionalidad de toda norma que se aprecie regresiva PENSION DE SOBREVIVIENTES Y REQUISITO DE FIDELIDAD ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Improcedencia por cuanto no se aportó la calificación del estado de invalidez como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes Referencia: expediente T-3.033.470 Acción de tutela instaurada por Yolanda Garzón Burbano en representación de Jorge Garzón Burbano contra CITI Colfondos Pensiones y Cesantías Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C. seis (6) de octubre de dos mil once (2011). La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido, en primera instancia, por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Pasto, en la acción de tutela instaurada por Yolanda Garzón Burbano en representación de Jorge Garzón Burbano contra CITI Colfondos.

I. ANTECEDENTES El pasado veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010) la accionante presentó acción de tutela ante el Juzgado Octavo Penal Municipal de Pasto solicitando el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de su hermano, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por CITI Colfondos –en adelante el Fondo-.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la discusión planteada se enmarca en los siguientes Hechos 1.- El accionante, señor Jorge Garzón Burbano, es hijo del señor Miguel Garzón García.

2.- El 13 de septiembre de 2006 fallece el padre del accionante, el señor Miguel Garzón García . 3.- En 2009 la señora Yolanda Garzón Burbano interpone demanda solicitando sea declarada la interdicción por demencia del señor Jorge Garzón Burbano –accionante del proceso-.

4.- Por medio de sentencia de siete (7) de mayo de 2009, el Juzgado Promiscuo de Familia de Túquerres, a partir de la valoración de, entre otros, un dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –que no figura en el expediente de tutela-, resolvió " DECRETAR la interdicción por demencia del señor JORGE GARZÓN BURBANO, nacido en Túquerres (N) el día 14 de mayo de 1958, domiciliado en el mismo municipio, identificado con C.C. 16.210.226, y en consecuencia, se priva al prenombrado del ejercicio de todo acto de administración y disposición de sus bienes" y " DESIGNAR como curadora general del interdicto a su hermana YOLANDA GARZÓN BURBANO, mayor de edad y domiciliada actualmente en Pasto, con C.C. N° 31.401.317 de Cartago (V), quien queda exonerada de rendir fianza pero sí obligada a elaborar inventario privado de los bienes del interdicto" –folio 28-.

5.- El señor Jorge Garzón Burbano -accionante en este proceso- es mayor de edad y, según la persona que interpone la acción en su representación, tiene la condición de inválido. En virtud de esta condición, manifiesta que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez –folio 3-.

6.- Con base en esta situación, y en su calidad de curadora general del señor Jorge Garzón Burbano, solicitó ante la entidad accionada la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 46 de la ley 100 de 1993 –folio 3-.

7.- Mediante oficio BP-R-I-L-10778-09, de 10 de septiembre de 2009, Citicolfondos rechazó la solicitud pues el causante –señor Miguel Garzón García- no cumplía con el requisito de haber cotizado el 20% del tiempo requerido entre el momento en que cumplió los 20 años de edad y la fecha de fallecimiento.

8.- Agrega la accionante que el Fondo no tiene en cuenta las cotizaciones hechas al ISS por parte de su padre, prueba de las cuales sería el bono pensional expedido por el ISS al momento en que el causante cambió del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, afiliándose a un fondo administrado por la accionada. Dicho bono pensional se expidió por valor de quince millones novecientos cincuenta y dos mil pesos ($15.952.000).

9.- La accionante solicitó al Fondo que amparara el derecho de su hermano interdicto con base en la sentencia C-556 de 2009, en la cual se declararon inexequibles los literales a) y b) del artículo 12 de la ley 797 de 2003, siendo eliminada del ordenamiento vigente la exigencia de haber cotizado el 20% del tiempo entre que el causante cumpla 20 años y su muerte.

10.- Señala la accionante que en sus comunicados el Fondo no ha dado respuesta a sus requerimientos y, por el contrario, ha dilatado el asunto, en el momento de interponer la tutela " no existe un acto administrativo que haya resuelto de fondo el asunto, toda vez que la vía gubernativa no se encuentra debidamente agotada " –folio 9-. De esta situación concluye que la actuación se encuentra " actualmente en curso ", por lo que es pertinente para su resolución tener en cuenta los lineamientos plasmados en el fallo C-556 de 2009 y, en consecuencia, concluir que no es exigible para conceder la sustitución pensional por invalidez el requisito de fidelidad –folio 10-.

11.- De la acción conoció en primera instancia el Juzgado Octavo Penal Municipal de Pasto, que concedió el amparo solicitado pues consideró que en este caso se presentaban los presupuestos para que procediera la reclamación de una pensión por medio de acción de tutela; que se daban los elementos para considerar como discapacitado al señor Jorge Garzón Burbano –folio 97-; y no era aplicable el requisito de la fidelidad exigido por el art.

12 de la ley 797 de 2003, por cuanto la sentencia C-556 de 2009 lo único que hizo fue declarar una situación que siempre había sido contraria a la Constitución, de manera que debe ser aplicada al caso en estudio, así el fallecimiento del cotizante haya ocurrido tres años antes que expedición de la sentencia mencionada –folio 97-.

12.- El Fondo solicitó la nulidad de todo lo actuado y en subsidio presentó impugnación del fallo de primera instancia. Respecto de la Nulidad arguyó que no se había vinculado a la aseguradora Seguros Bolívar S.A., ni al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En subsidio el Fondo impugnó la sentencia reiterando algunos de los argumentos expuestos en la contestación de la acción, específicamente el de la irretroactividad de la sentencia C-556 de 2009 y, por consiguiente, la necesidad de demostrar el cumplimiento del requisito de fidelidad en todas las pensiones causadas en vigencia del artículo 12 de la ley 797 de 2003; y la improcedencia de la acción de tutela para definir el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes folios 106 a 108-.

13.- El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, en sentencia proferida el 28 de julio de 2010, determinó decretar la nulidad de todo lo actuado por cuanto no habían sido vinculados al proceso la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Seguros Bolívar y el ISS, dejando a salvo la validez de las pruebas que obran en el expediente –folio 140-. En consecuencia, ordenó devolver el proceso al juzgado de primera instancia.

14.- Una vez vinculado, el Ministerio de Hacienda respondió indicando que la petición de la acción interpuesta debía negarse, entre otras, por cuanto el señor Miguel Garzón García –causante- tenía la calidad de pensionado de CAJANAL al momento en que se inscribió en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –en adelante RAIS-, por lo que esta afiliación era inválida –folio 211-. Por esta razón solicitó vincular al PAP Buenfuturo, como administrador del patrimonio de remanentes de CAJANAL para que certificara si el señor Jorge Garzón Burbano solicitó pensión de sustitución a CAJANAL –folio 211-.

15.- El Juzgado Octavo Penal Municipal de Pasto requirió al P.A.P. Buenfuturo que indicara si el señor Garzón Burbano solicitó sustitución pensional del señor Garzón García –folio 232-.

16.- Por los nuevos hechos se llamó a rendir declaración a la accionante el seis (6) de septiembre de 2010. En esa oportunidad la accionante, señora Yolanda Garzón Burbano, manifestó que el causante disfrutó de una pensión con CAJANAL; que al morir dicha pensión fue sustituida a la esposa del causante, señora Marina Burbano de Garzón –folio 236-; que luego de la muerte de esta última solicitó sustitución pensional a favor del demandante a CAJANAL y pensión de sobrevivientes a Citicolfondos, sin que haya recibido ninguna de las dos –folio 236-.

Solicitud de Tutela La accionante en representación de su hermano interdicto solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social en conexidad con el derecho de petición, subsistencia digna, mínimo vital que considera vulnerado al negarse la entidad demandada a reconocerle la pensión de invalidez al señor Miguel Garzón Burbano. En consecuencia, pide que, en aplicación del precedente de la sentencia C-556 de 2009, no se exija por parte del Fondo el requisito de la fidelidad al sistema y, en consecuencia, se conceda la pensión de invalidez solicitada.

Respuesta de las entidades demandadas Respuesta de Citicolfondos En respuesta dada por el Fondo se manifestó que el accionante no cumplía con el requisito de fidelidad, pues no cotizó el 20% del tiempo entre el momento en que cumplió 20 años y el momento en que fallece –folio 52-. Siendo esta la situación es imposible para Citicolfondos reconocer y pagar la sustitución pensional de una pensión que no cumple con los requisitos de ley.

Aduce, adicionalmente, que la acción de tutela no es el mecanismo para solicitar el reconocimiento de pensiones o sustituciones pensionales, pues esto corresponde al juez ordinario –folio 53-.

Igualmente, el Fondo manifestó la necesidad de que sea vinculada la compañía aseguradora Seguros Bolívar, por cuanto en caso de condena la pensión de sobrevivientes debería pagarse de los aportes que figuren en la cuenta de ahorro individual del trabajador y si éstos no son suficientes, la " suma adicional que se requiera para cubrir la pensión de sobrevivientes " debería ser pagada por la Aseguradora; por esta razón el fondo manifiesta que el trabajador fallecido tiene una relación, además de con el Fondo, con la Aseguradora -folios 54 a 60-. Así mismo, puso de presente la necesidad de que se integre el contradictorio con el ISS, pues el causante no cotizó más de 500 semanas con el RAIS, en consecuencia le correspondería al Instituto decidir las reclamaciones sobre una posible pensión de sobrevivencia –folio 64-.

Respuesta de Compañía de Seguros Bolívar S.A. En su contestación la Aseguradora manifiesta que, analizada la información laboral del señor Miguel Garzón García, se encuentra que no cumple con el requisito de la fidelidad al sistema –folio 156-, el cual era plenamente exigible por cuanto el artículo 12 de la ley 797 de 2003 no había sido declarado parcialmente inexequible por la sentencia C-556 de 2009 –folio 158-. Manifiesta, además, que Citicolfondos no ha presentado reclamación alguna ante la Aseguradora, por lo que Seguros Bolívar no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Menciona, además, que de acuerdo con lo argumentado por el Fondo, se trataría en este caso de una persona excluida del régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que no alcanzó a cotizar las 500 semanas que exige el artículo 61 de la ley 100 de 1993 a las hombres que, teniendo más de 55 años al momento de entrar en vigencia esta ley, decidieran trasladarse al régimen de ahorro individual –folio 163-.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público El Ministerio manifestó que los accionantes no tienen derecho a la prestación solicitada por cuanto el causante, señor Garzón García, disfrutaba de una pensión de jubilación concedida por CAJANAL desde el 1º de agosto de 1972 mediante resolución 3334 –folio 203-. En segundo lugar, arguyó que el señor Garzón García no cumple con los requisitos previstos en el artículo 61 de la ley 100 de 1993 para pertenecer al régimen de ahorro individual, por cuanto teniendo más de 55 años a la entrada en vigor de este régimen, no alcanzó a cotizar 500 semanas –folio 203-.

En este sentido manifiesta que existe incompatibilidad entre la condición de pensionado y la de afiliado al régimen de prima media –folio 207 y 208-. En palabras del Ministerio "[t] odo lo anterior se fundamenta en el hecho de que el Sistema General de Pensiones funciona como una unidad. Y el señor MIGUEL GARZÓN GARCÍA QEPD en su calidad de pensionado como empleado público está incorporado en el Sistema General de Pensiones " –folio 208-. Así, la incompatibilidad que prescribe el artículo 16 de la ley 100 de 1993 " también implica que la totalidad de las sumas que correspondan a cotizaciones obligatorias deben administrarse en uno de los dos regímenes, por lo cual no es posible que una persona realice unas cotizaciones obligatorias al régimen de prima media y, posteriormente, y manteniendo aquellas en el de Prima Media, efectúe otras al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad. Es por esta razón que la ley regula el traslado entre regímenes y prevé al efecto los bonos pensionales, con el fin de que la totalidad de los recursos correspondientes a las cotizaciones obligatorias se sujeten a un solo régimen y no se distribuyan entre los existentes " –folio 209-.

Decisiones de Instancia En primera instancia, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Pasto concedió el amparo solicitado pues consideró que en este caso se presentaban los elementos para que procediera la reclamación de una pensión por medio de acción de tutela –folio 246; que se daban los presupuestos para considerar como discapacitado al señor Jorge Garzón Burbano –folios 249 y ss.-; y no era aplicable el requisito de la fidelidad exigido por el art. 12 de la ley 797 de

2003, por cuanto la sentencia C-556 de 2009 lo único que hizo fue declarar una situación que siempre había sido contraria a la Constitución, de manera que debe ser aplicada al caso en estudio, así el fallecimiento del cotizante haya ocurrido tres años antes que expedición de la sentencia mencionada –folio 248-. Con base en las anteriores consideraciones el a quo concedió el amparo solicitado, ordenando a Citicolfondos que conceda la pensión solicitada para el señor Garzón Burbano –folio 251-.

El Fondo solicitó la nulidad de todo lo actuado y en subsidio presentó impugnación del fallo de primera instancia reiterando algunos de los argumentos expuestos en la contestación de la acción, específicamente el de la irretroactividad de la sentencia C-556 de 2009 y, por consiguiente, la necesidad de demostrar el cumplimiento del requisito de fidelidad en todas las pensiones causadas en vigencia del artículo 12 de la ley 797 de 2003; y la improcedencia de la acción de tutela para definir el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes -folios 262 y ss-.

En segunda instancia el Juzgado Tercero Penal del Circuito revocó la sentencia de primera instancia. El Ad quem basó su decisión en que la declaratoria de interdicción, por si sola, no equivale a considerar a una persona como inválida, para efectos de reconocimientos pensionales –folio 321-; que la incapacidad absoluta del señor Garzón Burbano se debió a su comportamiento –pues es el resultado del consumo de sustancias psicoactivas-, de manera que no se cumple con la exigencia que la incapacidad no sea provocada intencionalmente -folio 322-; finalmente, manifestó que no se tiene seguridad que el señor Miguel Garzón García pertenecía o no al RAIS, pues no figura que haya alcanzado a cotizar las 500 semanas en este sistema –folios 323 y 324-. La controversia en asuntos esenciales para conceder o negar la pensión deja ver que no se trata de un derecho claro y contundente, de manera que la tutela no debe ser el camino procesal para dilucidar estos aspectos –folio 323- II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia 1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico La Sala entra a resolver si Citicolfondos vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del señor Garzón Burbano al negarse a reconocerle una pensión de sobrevivientes en razón de la discapacidad que dice sufrir. Teniendo en cuenta los elementos fácticos que conforman el caso, deberá darse respuesta a los siguientes cuestionamientos:

i. Es exigible el requisito de fidelidad al sistema de seguridad social en pensiones para pensiones de sobrevivientes causadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12 de la ley 797 de 2003, por parte de la sentencia C-556 de 2009?;

ii. La declaratoria de interdicción es motivo suficiente para considerar a alguien disminuido en más de un 50% en su capacidad laboral y, por tanto, acreedor de una pensión de invalidez?; y de ser así iii.

Si el señor Miguel Garzón Burbano pertenecía al RAIS o, en virtud de que no había cotizado las semanas exigidas por el artículo 161 de la ley 100 de 1993, estaba excluido del mismo? A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) la pensión de sobrevivientes como parte del derecho a la seguridad social; (iii) el requisito de fidelidad en la pensión de invalidez y el principio de prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; y (iv) el caso concreto.

3. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela -Reiteración de Jurisprudencia-.

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “ Se garantiza

a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social ” [1] .

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social [2] . El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“ Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes ”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando la persona de la cual dependían económicamente fallece, dejando a sus familiares más próximos en situación de desamparo.

En Colombia, tal situación está contemplada en la denominada pensión de sobrevivientes, regulada de forma general en la ley 100 de 1993 (artículos 46 a 49 y 73 a 78) y por diversas normas que consagran regímenes pensionales especiales dentro de nuestro ordenamiento, verbigracia, el decreto 1211 de 1990 para el caso que nos ocupa. En virtud de ésta prestación, previo cumplimiento de determinados requisitos, algunas de las personas que dependían económicamente del pensionado por invalidez o por vejez o del afiliado al sistema de seguridad social en pensiones reciben una asignación mensual para su sostenimiento, unas veces en forma vitalicia y otras veces en forma temporal.

En este orden de ideas, la pensión de sobrevivientes también hace parte del derecho a la seguridad social [3] pues busca proteger a las personas que, a causa de la muerte de aquélla de la cual dependían, se ven en dificultades para acceder a las condiciones materiales necesarias para subsistir, brindándoles, al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban antes del deceso del pensionado o afiliado [4] . En otras palabras, “propende porque la muerte del afiliado [o pensionado] no trastoque las condiciones de quienes de él dependían” [5] .

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social [6] .

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela . Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” [7] .

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva [8] .

El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales sólo por ésta razón, resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales [9] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de sobrevivientes, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan.

Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas [10] .

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario , si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado [11] , previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión [12] .

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de sobrevivientes-, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo , siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

4. El requisito de fidelidad en la pensión de sobrevivientes y el principio de prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales –Reiteración de jurisprudencia-.

Esta Corporación en sentencia C-556 de 2009 declaró la inconstitucionalidad del requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que exigía que el afiliado hubiera cotizado al sistema entre el 20% y el 25% entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la muerte. La disposición en cuestión establecía:

“Artículo12. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 quedará así: 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 1°. 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 parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez." En su providencia la Corte concluyó que los literales a) y b) que contenían la referida exigencia eran contrarios al principio de prohibición de regresividad, establecido en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a los artículos 48 y 53 del texto Superior, dado que la modificación enunciada, impuso un requisito, hasta ese momento inexistente, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez.

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

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

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

Así mismo, tratándose de muerte accidental, si una persona al fallecer tiene 40 años, el requisito del 20% correspondería a 4 años de fidelidad al sistema; si contara con 60 años, el requerimiento sería de 8 años de cotizaciones. Es decir, las nuevas condiciones implican una regresividad que no tiene justificación razonable; por el contrario, constituyen un obstáculo creciente, que aleja la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes." Aunado a lo anterior, este Alto Tribunal, con anterioridad ha examinado en sede de tutela diferentes controversias jurídicas suscitadas por los cambios normativos de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en ellas determinó su incompatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales.

En este sentido, el caso estudiado en la sentencia T-955 de 2010, que concedió pensión de sobreviviente a una madre cabeza de familia cuyo esposo murió en vigencia del artículo 12 de la ley 797 de 2003, disposición legal que fue inaplicada pues se consideró que la sentencia C-556 de 2009 había corregido una situación que siempre había estado en contra del derecho fundamental a la seguridad social, por lo cual no tenía sentido aplicarla a casos ocurridos durante la vigencia de la ley.

Igual principio de decisión fue utilizado en la sentencia T-166 de 2010, en el que se resolvió una reclamación contra el ISS, Seccional Risaralda, en la que una madre cabeza de familia solicitaba la pensión de sobreviviente de su compañero permanente, el cual murió en marzo de 2005. en este evento se evidenció que la nueva regulación –el art. 12 de la ley 797 de 2003- resultaba más gravosa, tanto así que sin el nuevo requisito la accionante habría accedido a la pensión de

sobreviviente, razón por la cual, y en aplicación del principio de progresividad, se excepcionó su aplicación y se concedió la pensión solicitada.

De igual forma se decidieron los asuntos resueltos en sentencia T-006 de 2010 y el caso resuelto por medio de sentencia T-730 de 2009, providencia proferida a los pocos meses de haber sido proferida la sentencia C-556 de 2009.

Entre aquellas decisiones en el mismo sentido en las que se menciona expresamente la necesidad de excepcionar la aplicación del tantas veces citado art. 12 de la ley 797 de 2003 –en razón a que se tomó antes de la sentencia C-556 de 2009- se cuenta la sentencia T-1036 de 2008.

En las providencias citadas con anterioridad se procedió a garantizar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes recurriendo a la excepción de inconstitucionalidad de las disposiciones atinentes al requisito de fidelidad, esto únicamente luego de que se verificó que en cada caso concreto existían razones suficientes que explicaban la imperiosa necesidad de protección por vía de tutela.

Caso concreto En el presente asunto, la señora Yolanda Garzón Burbano actuando como representante de su hermano, el señor Jorge Garzón Burbano, declarado interdicto mediante sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Túquerres, solicita se tutele su derecho fundamental a la seguridad social, que fue vulnerado por Citicolfondos al no reconocerle la pensión de sobrevivientes a su hermano, no obstante tener la condición de discapacitado.

i) Relevancia constitucional y procedibilidad de la acción de tutela en el presente caso La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada [13] .

Como se expuso, en el caso del derecho a la pensión de sobrevivientes, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Estos elementos han sido determinados por parte del legislador, principalmente mediante la ley 100 de 1993, lo que hace que el derecho a la pensión de invalidez sea un derecho fundamental susceptible de protección mediante la acción de tutela .

La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de invalidez por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que en esta oportunidad el mecanismo ordinario no es idóneo ni eficaz, razón por la cual la acción de tutela de la referencia es procedente de forma definitiva.

En efecto, en la presente sentencia se decide sobre el posible derecho a la pensión de una persona que fue declarado interdicto; adicionalmente su curadora manifestó que no cuenta con medios que garanticen su subsistencia; y, finalmente, se demuestra sumariamente que deben serle suministrados medicamentos que son costosos, razón por la prima facie resultaría excesivo obligarle a recurrir a las vías ordinarias.

Considera la Sala que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido declaradas como incapaces y a quienes les ha sido negada su pensión de sobrevivientes, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario.

Esto se verifica en el asunto de la referencia. Así, el peticionario fue declarado interdicto por medio de sentencia de 7 de mayo de 2009 y, aunque no se aporta historia clínica del señor Garzón Burbano, se menciona que " la mesada pensional es el mínimo vital de ingresos económicos con que se cuenta actualmente para solventar sus gastos médicos y personales " –folio 11-. Por estas razones la acción de tutela se aprecia como el mecanismo idóneo para evitar un eventual perjuicio irremediable en el caso que se estudia.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si el derecho fundamental del peticionario a la seguridad social ha sido vulnerado por el demandado.

ii) El requisito de fidelidad al sistema, exigido por el art. 12 de la ley 797 de 2003 Citicolfondos se niega a reconocer la pensión de sobrevivientes del señor Garzón Burbano con fundamento en que no reúne los requisitos legales que eran exigibles al momento en que se presentó la muerte del causante –septiembre de 2006-, señor Miguel Garzón García. Dichos requisitos, de acuerdo con Citicolfondos, eran los previstos en la legislación en aquel momento vigente, es decir los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 12 de la ley 797 de 2003.

Siendo este el argumento de una de las accionadas, reitera la Sala que la exigencia de fidelidad, que respecto de la pensión de sobrevivientes surgió en el ordenamiento colombiano en el año 2003, es un requisito que resulta contrario al mandato de progresividad en los derechos sociales y, de forma más específica, al derecho a la seguridad social en pensiones.

Las razones de su inconstitucionalidad quedaron plasmadas en la tantas veces mencionada sentencia C-556 de 2009, por lo que ahora no tiene lugar el repetirlas.

Sin embargo, mencionar dicha providencia cobra sentido porque en ella se plasmaron los argumentos que dan fundamento a la decisión de excepcionar la aplicación del artículo 12 de la ley 797 de 2003, por cuanto la misma conduciría a un resultado a todas luces contrario a la Constitución. En efecto, aunque para el momento en que muere el señor Miguel Garzón García la disposición legal tantas veces mencionada se encontraba vigente y, en principio, sus mandatos tendrían fuerza vinculante para las situaciones ocurridas durante dicho período, la exigencia de fidelidad en ella contenida no puede ser aplicada en este caso en concreto pues resultaría contraria al mandato constitucional de progresividad, con lo cual se estaría previniendo del efectivo y adecuado goce de derechos fundamentales a sus titulares, los que, incluso, en algunos casos pueden ser sujetos de especial protección. Por lo tanto, y siguiendo la línea trazada en casos de tutela resueltos con anterioridad a la sentencia C-556 de 2009, en la situación ahora estudiada por la Sala será excepcionada la aplicación del requisito de fidelidad que preveía el artículo 12 de la ley 797 de 2003 para el caso que ahora se estudia.

Por esta razón, esta Sala de Revisión reitera que el requisito de fidelidad no es exigible en los casos en que se solicite pensión de sobrevivientes, no obstante la muerte del causante haya tenido lugar durante la vigencia de los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 12 de la ley 797 de 2003.

Siendo esta la situación la Sala analizará el cumplimiento de los requisitos que sí son exigibles al momento de determinar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

iii. Requisitos para el reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes Debe ahora estudiarse el cumplimiento de los requisitos que sí son exigibles para que sea reconocida la pensión de sobrevivientes al señor Jorge Garzón Burbano.

Al respecto, el mencionado artículo 12 de la ley 797 de 2003 consagra que será reconocida pensión a los sobrevivientes del causante que haya cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores a la ocurrencia de la muerte, requisito que el causante cumplió, tal y como se manifiesta en respuesta dada a la señora Yolanda Garzón por Citicolfondos. Al decir de esta entidad "[s] e procedió a verificar si el señor Miguel Garzón García (q.e.p.d.) cumple con el requisito de las cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a su fallecimiento, esto es dese el día 13 de septiembre de 2003 hasta el 13 de septiembre de 2006. El estudio demostró que el citado señor sí cumplió con las cincuenta (50) semanas exigidas en la Ley " –folio 36-.

A partir de este punto, debe determinarse quiénes serían los posibles beneficiarios de dicha pensión, calidad que se establece por parte del artículo 47 de la ley 100 de 1993. En lo que importa al caso en estudio, el aparte relevante resulta el literal c) del mencionado artículo, que establece:

"c) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años , incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno ; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez .

Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 ;" –subrayado y negrilla ausente en texto original- El mencionado artículo 38 establece:

ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

La lectura de esta disposición debe hacerse en armonía con el artículo 41 del mismo cuerpo normativo, que consagra: "ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, ARP o aseguradora) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la entidad. Estas juntas son organismos de carácter inter disciplinario cuya conformación podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa." Resalta la Sala que la calificación de la invalidez es un proceso complejo,

respecto del cual la ley identifica: i) sujetos calificados para realizarlo, que en este caso son el ISS, las ARP o las aseguradoras en primer término y, en segundo, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez;

y ii) criterios técnicos para determinar el porcentaje de discapacidad que deben contenerse en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.

En acuerdo con lo anterior, y en coincidencia con el juez de segunda instancia, en el proceso se demostró única y exclusivamente la condición de incapaz, en cuanto interdicto, del señor Jorge Garzón Burbano, más no se adjuntó documento alguno que determine algún porcentaje de discapacidad por su parte. Esta condición no tiene relación alguna con un estado de invalidez en los términos y para los propósitos previstos en los artículos 38, 41 y 47 de la ley 100 de 1993, que son las disposiciones aplicables cuando se reclaman prestaciones como la pensión de sobrevivientes con base en la condición de discapacitado en más de 50%.

Por esta razón la Sala concluye que en el presente caso no se acredita siquiera el haber solicitado la calificación de la discapacidad del señor Jorge Garzón Burbano y, mucho menos, su condición como discapacitado, para efectos de cumplir uno de los requisitos que el ordenamiento exige para reconocer la pensión de sobreviviente como hijo discapacitado, en los términos del artículo 47 de la ley 100 de 1993.

Desde este punto de vista Citicolfondos no ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones al señor Jorge Garzón Burbano.

De lo anterior no puede entenderse que el señor Garzón Burbano no pueda tener una discapacidad laboral, incluso en un porcentaje mayor al 50%, que le permita solicitar el reconocimiento de la prestación que ahora se solicita. Sin embargo, esta situación deberá determinarse a partir de la calificación que para tal efecto realicen los sujetos con competencia para ello, siguiendo el procedimiento previsto por la ley.

A esta falencia que es la más clara, se suman factores como: i) La ausencia de claridad respecto de la fecha de estructuración de la invalidez, si es que ésta existe;

ii) Ausencia de certeza absoluta sobre la dependencia económica del señor Jorge Garzón Burbano de su difunto padre, por cuanto en su comunicación el Ministerio de Hacienda y Crédito Público menciona que “ en el archivo Masivo Certificado por el Presidente del ISS, aparece el señor JORGE GARZÓN BURBANO cotizando a pensiones, en forma discontinua con diversas empresas, a partir del 25 de junio de 1980 y hasta el 1º de mayo de 1989. Luego, a partir del 1º de julio de 2002 y durante más de cuatro años estuvo cotizando al ISS como a pensiones, en calidad de Independiente ” –folio 205-.

iii) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público demostró que el causante, señor Miguel Garzón Burbano, gozó de pensión vitalicia de jubilación otorgada por CAJANAL desde 1972. En efecto en la comunicación remitida por el Ministerio se informa que “ al señor MIGUEL GARZÓN BURBANO QEPD la extinta CAJANAL le otorgó mediante la Resolución No. 3334 notificada el 1º de agosto de 1972 una pensión vitalicia de jubilación. Se trata de una pensión que le fue otorgada por la extinta CAJANAL y pagada por el FOPEP, desde el 1º de agosto de 1972 , hecho indispensable para definir los derechos que alega la accionante YOLANDA GARZÓN BURBANO y que oculta al Respetado Señor Juez de Tutela ” –folio 203-. Algo que la accionante reconoce en declaración rendida ante el Juez de primera instancia el día seis (6) de septiembre de 2010 –folio 236-, aunque luego menciona que actualmente dicha pensión no la está cobrando miembro alguno de su familia.

iv) Esta última situación hace que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuestione la posibilidad que el señor Miguel Garzón García tuviera el derecho de acceder a una pensión y, por consiguiente, sus beneficiarios de acceder a la pensión de sobrevivientes, por cuanto de acuerdo con el artículo 40 del decreto 692 de 1994, los pensionados antes del 1º

de abril de 1994 se entienden incorporados al Sistema General de Pensiones, razón por la cual no podrían gozar de dos pensiones de jubilación por parte del sistema –folio 205-.

v) Finalmente, menciona el Ministerio que el literal b) del artículo 61 de la ley 100 de 1993 excluye del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- a " b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieren cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes " –folio 204-. Con base en este artículo concluye que, incluso si se acepta que el señor Miguel Garzón García podía pertenecer al RAIS, por contar con sesenta y nueve años (69) al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, éste ha debido cotizar por lo menos 500 semanas en dicho sistema para acceder a cualquiera de las prestaciones del mismo. Como no lo hizo, sus sobrevivientes no tendrían derecho a reclamar prestación alguna -folio 204-.

Son estos los factores que llevan a concluir a la Sala que de los elementos aportados en el presente proceso no se demuestra la vulneración, limitación o anulación de un derecho fundamental incontrovertible del accionante, razón por la cual se negará el amparo.

Esto no significa que el accionante no sea titular del derecho a prestación alguna. Sin embargo, dicha conclusión deberá darla el juez ordinario, dentro de un proceso con plenitud de elementos probatorios y de la amplia posibilidad de controvertirlos;

contrario sensu , no es el juez de tutela el llamado a dar respuesta a este tipo de controversias, por cuanto esto implicaría una suplantación del juez competente en el asunto analizado.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- CONFIRMAR por las razones expuestas el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto en la acción de tutela instaurada por Yolanda Garzón Burbano como curadora de Jorge Garzón Burbano contra Citicolfondos, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Instituto de Seguros Sociales y Aseguradora Bolívar S.A. y en consecuencia NEGAR el amparo solicitado.

Segundo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: " 26.

El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas .

27.De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales " (…) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9

del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos".

[2] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: " Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad "; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: " Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social "; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: " Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia "; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: " Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes "; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal "e" de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

[3] En el mismo sentido, sentencia T-326 de 2007 y C-336 de 2008, entre otras. [4] Al respecto ver las sentencias T-971 de 2005, T-043 de 2005, T-630 de 2006, T-168 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.

[5] Sentencia T-1065 de 2005. [6] Sentencia C-623 de 2004 [7] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992. [8] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[9] Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

[10] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001 [11] Sentencia T-016-07. [12] Ibídem. [13] Fundamento 14 de esta sentencia.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.