

SUSTITUCION PENSIONAL A PADRES – Regulación legal. Antecedente jurisprudencial

A partir de la vigencia del artículo 71 de 1988 se extendió la sustitución pensional, entre otros, a los padres que dependan económicamente del pensionado. La dependencia económica en un principio se entendió cuando la persona no tenga ingresos o medios necesarios para su subsistencia. El Decreto 1889 de 1994 (art. 16) definió la dependencia económica cuando la persona no tenga ingresos o sean inferiores a la mitad de un salario mínimo legal vigente y se estuviera derivando la subsistencia del causante. El Consejo de Estado anuló la disposición anterior por cuanto la exigencia de no tener ingresos o que sean inferiores a medio salario mínimo, no estaba prevista en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. La Ley 797 de 2003 (art. 47) indicó que la dependencia económica debe ser de manera total y absoluta. La Corte Constitución declaró la inexecutable de la expresión “*de manera total y absoluta*”, bajo el entendido que serán los Jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, debiéndose demostrar la subordinación material de la pensión de sobrevivientes.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988 – ARTICULO 3 / DECRETO 1160 DE 1989 – ARTICULO 7 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 47 / DECRETO 1889 DE 1994 – ARTICULO 10

SUSTITUCION PENSIONAL A PADRES – Independencia económica insuficiente. Vida digna. Mínimo vital. Derecho de las Personas de la tercera edad

La Sala observa que la parte demandante pretende la nulidad de la Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002, proferida por FAVIDI, esto es, la pensión cuya cuantía asciende a 4.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dejando a la demandada con su pensión de jubilación de 1.5 salarios mínimos legales, lo que sin duda no le alcanzará para sufragar su mínimo vital, entendiendo como tal el pago de enfermera, medicamentos, consultas con especialistas, alimentación, transportes, servicios, arriendo o mantenimiento de la vivienda, impuestos, vestido y demás gastos fijos que debe pagar desde que convivía con su hija Cecilio Rubio. Se evidencia la afectación del núcleo esencial del mínimo vital, en que la accionada se vería obligada a suprimir los servicios de enfermería las 24 horas pues sin lugar a dudas, el salario y medio que percibe de pensión de jubilación no le alcanzaría para suplir tal gasto, viéndose avocada al abandono no solamente de sus cuidados de salud, sino que no contaría con ayuda para alimentarse, asearse, vestirse, transportarse y demás actividades continuas que una enfermera presta. Su independencia económica no es suficiente para acceder a los medios materiales que garanticen una vida digna, máxime cuando se trata de una persona de la tercera edad nacida el 1 de abril de 1911, esto es, con 100 años de edad,¹ lo que advierte que cada vez son más los cuidados que debe tener en los ámbitos que ha descrito la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la nulidad del artículo 16 del Decreto 1889 de 1994, sentencia de 11 de abril de 2002, Rad 2361, M. P. Alejandro Ordóñez Maldonado

¹ Según la Resolución No. 02239 de 29 de noviembre de 1965, la partida de Bautismo informa que la demandada nació el 1 de abril de 1911.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 47 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 74

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07639-02(1600-09)

Actor: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EAAB ESP

Demandado: GERARDINA RAMIREZ ENCISO

AUTORIDADES DISTRIALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante contra la sentencia de 28 de mayo de 2009, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda incoada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogota E.S.P.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002, proferida por la Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI", que reconoció y pagó a favor de la señora Gerardina Ramírez Enciso en su condición de madre de la causante Cecilia Rubio Ramírez, la sustitución pensional por valor de \$1'518.857 a partir de 25 de febrero de 2001 cuando falleció.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó la suspensión de los efectos legales del acto acusado desde su expedición o en su defecto desde la nulidad; se reintegre la suma de \$129'505.850 pagados por concepto de pensión, debidamente indexada más los intereses moratorios; condenando en costas y agencias en derecho.

Como hechos que sirvieron de sustento a las pretensiones narró los siguientes:

Mediante Decreto Distrital No. 350 de 1995 se creó el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá (FAVIDI). A partir de 1° de enero de 1996 se le asignó la función de sustituir el pago de las pensiones de las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito, entre ellas la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB-ESP).

Los Decretos Nos. 786 y 817 de 1995 y 716 de 1996 asignaron a FAVIDI el manejo operativo del Fondo de Pensiones Públicas a partir de 1° de enero de 1996. El Decreto Distrital No. 704 de 2001 limitó dicha función hasta el 31 de enero de 2002.

Por Resolución No. 0154 de 18 de febrero de 1991, la EAAB ESP reconoció y pensionó por jubilación a la señora Cecilia Rubio Ramírez, quien falleció el 25 de febrero de 2001.

La señora Gerardina Ramírez Enciso, en calidad de madre de la pensionada fallecida, solicitó el 21 de febrero de 2001 el reconocimiento y pago de la sustitución pensional ante FAVIDI (quien actuaba en nombre y representación de la EAAB-ESP).

La petición de reconocimiento pensional fue acompañada del Formato de solicitud donde figuraba la señora Gerardina Ramírez Enciso como beneficiaria; Registro Civil de nacimiento de Cecilia Rubio Ramírez; y declaración de Gerardina Ramírez Enciso manifestando que depende económicamente de su hija.

A través de la Resolución No. 191 de 12 de junio de 2001, FAVIDI reconoció la sustitución pensional transitoria.

“La señora Gerardina Ramírez Enciso presentó solicitud de sustitución pensional el 12 de marzo de 2001”, adjuntando los documentos exigidos.

“FAVIDI, de buena fe, reconoció pensión de sustitución definitiva a favor de la señora GERARDINA RAMIREZ ENCISO mediante la Resolución No. 0063 de 31

de enero de 2002.”

Mediante Resolución No. 02239 de 29 de noviembre de 1965, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM- reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la señora Gerardina Ramírez Enciso a partir de 1º de marzo de 1965, por cumplir más de 22 años al servicio del Estado.

Según la Comunicación No. 3046 de 20 de febrero de 2006 expedida por CAPRECOM, en la actualidad la señora Ramírez Enciso, devenga una pensión mensual de \$640.053.

Mediante sentencia de 12 de diciembre de 2005, proferida por el Juzgado 5 de Familia de Bogotá declaró interdicta a la señora Gerardina Ramírez Enciso. Como Guardador General fue nombrado su nieto José Luis Romero Rubio.

El señor José Luis Romero Rubio presentó petición para el pago de las mesadas suspendidas en razón del trámite de interdicción y designación y posesión del Curador.

La solicitud fue denegada por la EAAB-ESP mediante Oficio No. S-2005- 159143 de 26 de diciembre de 2005, argumentando la falta de diligencia judicial de “discernimiento del cargo y posesión”.

El señor José Luis Romero Rubio en su calidad de Curador General de la señora Gerardina Ramírez Enciso, interpuso Tutela contra la EAAB-ESP y CAPRECOM, por cuanto negaron el pago de las mesadas atrasadas a favor de la interdicta.

A través de providencia de 25 de enero de 2006, el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, dispuso acceder a las súplicas de la tutela, ordenando el pago de las mesadas atrasadas.

Para dar cumplimiento a la decisión judicial, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá —ESP, pagó al señor José Luis Romero Rubio \$9´517.308,00, mediante el cheque No. 0001872 del Banco Popular suma correspondiente a las mesadas de octubre de 2005 a enero de 2006; \$16´878.771, mediante cheque No. 0106190 del

mismo Banco, correspondientes a las mesadas de septiembre de 2005 a enero de 2006.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas citó las siguientes:

Artículos 55 y 150-19 literal e) de la Constitución Política; Artículo 47 de la Ley 100 de 1993; Artículo 12 de la Ley 4 de 1992; Ley 71 de 1988; Artículo 3 de la Ley 44 de 1980.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada dentro del término legal contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las súplicas. (Fls. 135-145 C-2)

Propuso las siguientes excepciones:

El derecho a la sustitución pensional por dependencia económica no es absoluto.

Citó el artículo 19 del Decreto 434 de 1971; las Leyes 44 de 1980 y 71 de 1988, que establecen el orden sucesoral según el cual se reconocerá la pensión de sobrevivientes, indicando que primero es el cónyuge y los hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependan económicamente del causante. Cuando faltare el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del empleado fallecido que dependieren económicamente del causante.

Transcribe aparte de la sentencia de 11 de abril de 2002, proferida por el Consejo de Estado, que al estudiar la legalidad del artículo 16 del Decreto 1889 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993, fijó el alcance de la expresión "*dependencia económica*", limitándola a los eventos en que la persona "*no tenga ingresos o estos sean inferiores a la mitad de un salario mínimo mensual vigente*", expresando que parece absurdo que el Decreto reglamentario circunscriba el concepto de dependencia económica, a la carencia de ingresos (indigencia) o que estos sean inferiores a la mitad del salario mínimo legal mensual, cantidad ésta última que de todas maneras coloca a la persona en situación de pobreza absoluta.

Cecilia Rubio Ramírez (q.d.e.p.) era la única hija de la señora Gerardina Ramírez, quien cuenta también con su nieto José Luis Romero Rubio. La demandada vivió junto con su hija en razón a que nunca ha sido propietaria de inmuebles y no obstante que le fue reconocida la pensión de jubilación a la edad de 54 años por parte de CAPRECOM, después de haber laborado 22 años, ello no es óbice para que dejara de depender económicamente de su hija.

Tal dependencia se prueba en que residió hasta su fallecimiento con ella y después con su nieto José Luis Romero Rubio quien funge como Guardador General.

La demandada tiene un precario estado de salud a causa de una retinopatía diabética; ha requerido de la asistencia de enfermeras y otros elementos materiales para su subsistencia, razón que demuestra la dependencia económica de su única hija Cecilia Rubio Ramírez.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 no establece que la dependencia económica de los padres para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del hijo fallecido sea absoluta, y como quiera que no existe previsión legal que defina el concepto de "dependencia económica" ha de concordarse con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, respecto de *estar subordinado a una persona o cosa, o necesitar una persona del auxilio o protección de otra.*

La pensión vitalicia de jubilación otorgada a Gerardina Ramírez Enciso, es autónoma y tiene vocación de ser compatible con la sustitución del derecho pensional Convencional que otorgó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Indicó que no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión por sustitución y que una y otra provienen del cumplimiento de diferentes requisitos que cumple y tiene derecho a seguir persiguiendo.

Protección de sus derechos fundamentales y a la asistencia por ser persona de la tercera edad que compromete el mínimo vital.

Según la Corte Constitucional en sentencia T-347 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, ante la pérdida de la capacidad laboral de las personas de la tercera edad, muchas veces se encuentran limitadas e imposibilitadas para obtener un mínimo vital de ingresos económicos que les permita disfrutar de una

especial calidad de vida. En estas circunstancias, el no reconocimiento de las prestaciones a su favor por las entidades de previsión social, y el no pago oportuno o la suspensión de éste, pueden significar atentados contra los aludidos derechos y principios, justificando plenamente la especial protección que la Constitución ha dispuesto para las personas de la tercera edad.

Al producirse la muerte de la pensionada Cecilia Rubio Ramírez, su señora madre Gerardina Ramírez Enciso contaba con 79 años quedó desamparada.

Irrenunciabilidad del derecho pensional adquirido por sustitución.

En el evento de las pensiones voluntarias y entre ellas las Convencionales, una vez que nacen no pueden ser desconocidas por quien las otorgó, ni siquiera por la voluntad de su beneficiario resultando evidente que en el sub-lite no puede anularse el reconociendo de ninguna prestación, y menos aun por tratarse de una persona de la tercera edad.

LA SENTENCIA

La Sección Segunda Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 28 de mayo de 2009 negó las súplicas de la demanda. (Fls. 140-152)

La pensión de sobrevivientes es la prestación que tiene por objeto proteger a los familiares que dependen económicamente del pensionado o de quien tiene derecho a la pensión cuando sobrevenga la muerte de éste. Consiste en la transmisión a su favor del derecho a percibir la pensión.

Advierte que la sustitución pensional reconocida a la señora Gerardina Ramírez Enciso como beneficiaria de su hija Cecilia Rubio Ramírez tuvo como fundamento las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 113 de 1985, 44 de 1980 y 71 de 1988 y los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1889 de 1994, procediendo a su transcripción literal.

El Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de agosto de 1999, Exp. No. 2361-98, M.P. Dr. Javier Díaz Bueno suspendió provisionalmente la frase "(...) *no tengan ingresos o estos sean inferiores a la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente y (...)*" contenida en el artículo 16 del Decreto 1889 de 1994, por

cuanto establece requisitos no previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que no exige para el beneficio de la pensión de sobrevivientes demostrar la falta de ingresos o que estos sean inferiores a la mitad de un salario mínimo legal vigente. Basta la simple dependencia económica.

Trascribe extensos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-111 de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, que declaró la inexecutable de la expresión “*de forma total y absoluta*” contenida en los literales d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que sujetó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los padres del pensionado fallecido, para que en su lugar sean los Jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal.

Tanto con anterioridad como con posterioridad a la Ley 100 de 1993, el Legislador ha tenido como beneficiarios a los padres del titular del derecho sin que ello sea una obligación pura y simple sino sujeta a que no exista un beneficiario con mayor derecho y que hubiere dependido económicamente del hijo fallecido.

La pensión sustituida y que originó la controversia fue reconocida bajo el amparo de la normatividad anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que ordenaba verificar la ausencia de ingresos económicos o medios necesarios para la subsistencia de los ascendientes, empero como la citada norma y sus Decretos Reglamentarios así como la Jurisprudencia sobre el tema avanza en relación con el concepto de dependencia económica, es del caso aplicar esta tesis en procura del principio de favorabilidad en materia laboral.

La dependencia o independencia económica no está determinada por el hecho de que el beneficiario reciba otra prestación, pues tal situación está ligada a los principios y derechos Constitucionales fundamentales a la Vida Digna, Mínimo Vital, Dignidad Humana y las consideraciones de viabilidad manifiesta y protección de la tercera edad, así como a la relación de subordinación material en términos cuantitativos frente al ingreso que en vida les otorgaba su hijo para tener independencia económica y a que los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.

Si bien la parte demandada percibe doble pensión, ello no es *per se*, óbice para demostrar la dependencia económica, procediendo al análisis del caso concreto. Las pruebas documentales y testimoniales dan cuenta que la demandada tiene aproximadamente 87 años con múltiples patologías físicas y mentales que no la dejan valerse por sí misma, tanto así que fue declarada en interdicción judicial requiriendo atención asistencial en salud las 24 horas del día, dependiendo de su hija y su nieto con quienes compartió el techo sin que se haya probado su autosostenimiento económico.

EL RECURSO

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá –EAAB, por intermedio de apoderado impugnó el anterior proveído dentro del término legal (Fls. 167-169), con base a los siguientes argumentos:

La normatividad legal ha reglamentado la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes a favor de los padres exigiendo para el reconocimiento la dependencia económica del hijo (a) –Leyes 71 de 1988; 100 de 1993; 797 de 2003 y el Decreto 1160 de 1989.

La señora Gerardina Ramírez Enciso afirmó que dependía económicamente de su hija Cecilia Rubio Ramírez, lo cual no es cierto por cuanto aquella disfruta de una pensión de jubilación reconocida por Resolución No. 2239 de 29 de noviembre de 1965 expedida por CAPRECOM.

Según la Certificación expedida por CAPRECOM el 20 de febrero de 2006, la señora Gerardina Ramírez Enciso devenga una mesada pensional de \$640.053, suma que actualizada asciende a \$760.987.

La mesada pensional que recibe la señora Gerardina Ramírez Enciso equivale a 1.5 salarios mínimos legales mensuales, siendo un ingreso suficiente para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia decorosa y digna, siendo aceptable afirmar que no dependía económicamente de su hija Cecilia Rubio Ramírez.

Es importante que la segunda instancia analice si una mesada pensional de sobrevivientes de \$2'450.000 que percibe la señora Gerardina Ramírez Enciso por parte de la entidad demandante en el año 2009 genera el soporte adicional de

independencia económica o por el contrario determina un mejoramiento indiscriminado del Mínimo Vital.

No es cierta la dependencia económica de la señora Gerardina Ramírez Enciso para el reconocimiento pensional, el cual se obtuvo "(...) **negando con malicia y en forma intencional su condición de pensionada de CAPRECOM**", debiendo prevalecer el artículo 19 de la Ley 797 de 2003.

CONCEPTO FISCAL

Dentro del término de traslado para alegar, el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto solicitando se confirme la sentencia impugnada. (Fls. 177-181)

En relación con el argumento planteado por la entidad, de que se desvirtúa la dependencia económica de la accionada por tener ingresos provenientes de su pensión de jubilación en consideración a que con ellos puede atender sus necesidades básicas y llevar una vida digna y adecuada a su posición social, hay que decir que la dependencia económica en los términos de la pensión de sobrevivientes debe examinarse con base en los postulados Constitucionales que garanticen el derecho fundamental a la Seguridad Social, como derecho irrenunciable y el respeto de los derechos adquiridos de las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como sucede en el sub-lite.

La entidad demandante no aportó pruebas que demostraran que la pensión de jubilación que devengaba la demandada le permitiera su cabal sostenimiento y le posibilitara un mínimo vital de manera digna. Por el contrario, en el plenario hay suficientes pruebas de la situación personal y familiar de la demandada, así como de la condición física y mental que son lamentables y difíciles y que de anularse el reconocimiento pensional agravaría en grado sumo su situación llena de dificultades.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si existe causal de nulidad de la Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002, proferida por el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – FAVIDI- que reconoció y ordenó pagar a la señora Gerardina Ramírez Enciso en su condición de madre de la causante Cecilia Rubio Ramírez, la sustitución pensional.

ACTO ACUSADO

Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002, proferida por la Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital “FAVIDI”, que reconoció y pagó a favor de la señora Gerardina Ramírez Enciso en su condición de madre de la causante Cecilia Rubio Ramírez, una sustitución pensional por valor de \$1'518.857 a partir de 25 de febrero de 2001 cuando falleció la causante. (Fls. 36-39)

Tal Resolución dispuso que el pago se haría con cargo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.C. – E.S.P.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

De la Pensión de Jubilación

Mediante Resolución No. 0154 de 18 de febrero de 1991, el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, reconoció y pagó una pensión especial de jubilación a favor de la señora Cecilia Rubio Ramírez con efectos fiscales a partir de 29 de noviembre de 1990 y en cuantía de \$214.593. (Fls. 28-30)

Registro de Defunción

Según el Registro de Defunción No. 03692704 de la Registraduría de Bogotá, D.C., la señora Cecilia Rubio Ramírez falleció el 25 de febrero de 2001. (Fls. 31)

Sustitución Pensional

Por Resolución No. 191 de 12 de junio de 2001, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital reconoció y pagó provisionalmente a favor de la señora Gerardina Ramírez Enciso la sustitución pensional de la causante Cecilia Rubio Ramírez, a partir de 25 de febrero de 2001. (Fls. 32-34)

Por Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002 (acto acusado), proferida el Gerente del Fondo del Ahorro y Vivienda Distrital - FAVIDI, reconoció en forma definitiva la pensión a la demandada, en su condición de madre de la causante.

Pensión de Jubilación de la demandada

A través de de Resolución No. 002239 de 29 de noviembre de 1965, la Caja de Previsión Social de TELECOM, reconoció y pagó la pensión de jubilación de la señora Gerardina Ramírez Enciso con efectos fiscales a partir de 1° de marzo de 1965, equivalente a la suma de \$542,74, correspondiente al 75% del promedio mensual de asignaciones que devengó durante el último año de servicios. (Fls. 40-42)

Según Oficio de 20 de febrero de 2006, suscrito por el Coordinador de la División Administradora de Prestaciones del Ministerio de Protección Social – Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, la pensión reconocida a la señora Gerardina Ramírez Enciso por Resolución No. 02239 de 29 de noviembre de 1965, ***“(...) ha tenido varios reajustes, siendo el último en cuantía de \$640.053.00 a partir del 1 de enero de 2006.”*** (Fls. 43)

Interdicción Judicial

A través de la sentencia de 12 de diciembre de 2005, el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, D.C., declaró en interdicción a la señora Gerardina Ramírez Enciso por cuanto está en incapacidad de valerse por sí misma, administrar y disponer de sus bienes. Como Guardador General de designó a su nieto señor José Luis Romero Rubio. (Fls. 147-153 C-2)

ANÁLISIS DE LA SALA

Normatividad Aplicable

Como Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002 (acto acusado), proferida por FAVIDI, reconoció de manera definitiva la sustitución pensional a la parte demandada en virtud de lo establecido en las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 113 de 1985, 44 de 1980 y 71 de 1988 y especialmente en lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1889 de 1994, la Sala se ocupará de esta normatividad en el siguiente orden.

El artículo 3° de la Ley 71 de 1988 extendió la sustitución pensional, entre otros, a los padres que dependan económicamente del pensionado, con el siguiente tenor literal:

“Extiéndase las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.
4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.” (Subrayas)

Sobre la aplicación de la preceptiva trascrita, el artículo 11 ídem indicó que es a favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

A su vez, el artículo 17 del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, estipuló que la dependencia económica para la sustitución pensional se entiende cuando la persona no tenga ingresos o medios necesarios para su subsistencia, indicando lo siguiente:

“Para efecto de la sustitución pensional se entiende que una persona es dependiente económicamente, cuando no tenga ingresos o medios necesarios para su subsistencia.

Este hecho se acreditará con declaración juramentada que al respecto rinda el interesado ante la entidad que deba reconocer y pagar la sustitución pensional o con los demás medios probatorios establecidos

en la ley. La dependencia económica del menor de edad se presume salvo que se demuestre lo contrario.”
Entretanto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispuso como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres del causante, a falta de cónyuge, compañera (o) permanente e hijos con derecho, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste; (...).” (Rayas)

Sobre la definición de la dependencia económica, el artículo 16 del Decreto 1889 de 1994², reglamentario de la Ley 100 de 1993, dispone lo siguiente:

“Para efecto de la pensión de sobrevivientes se entiende que una persona es dependiente económicamente cuando no tenga ingresos, o éstos sean inferiores a la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente, y venía derivando del causante su subsistencia.”

El Consejo de Estado, Sección Segunda, a través de sentencia de 11 de abril de 2002, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No. 2361, actora: Escuela Nacional Sindical, declaró la nulidad del artículo 16 del Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual reglamentó parcialmente la ley 100 de 1993, por cuanto la norma además de desbordar la competencia prevista en la Ley, supone una situación de indigencia para el reconocimiento de la sustitución pensional, expresando que:

“La dependencia económica, para efectos de la pensión de sobrevivientes, debe ser examinada armónicamente con los postulados constitucionales y legales que orientan la seguridad social tales como la protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, protección integral de la familia, de las personas de la tercera edad, calidad de vida acorde con la dignidad humana, eficiencia y solidaridad entre otros.

Desde esa perspectiva, aparece absurdo que el Decreto reglamentario circunscriba el concepto de dependencia económica, a la carencia de ingresos (indigencia) o que estos sean inferiores a la mitad del salario mínimo legal mensual, cantidad ésta última que de todas maneras coloca a la persona en situación de pobreza absoluta.

² Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

Las anteriores breves razones llevan a la Sala a concluir que el Decreto acusado, al fijar los alcances del concepto de “dependencia económica” para acceder a la pensión de sobrevivientes, so pretexto de reglamentar el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no solo establece unas condiciones no previstas en la norma que reglamenta, sino que limita dicho concepto a situaciones extremas desbordando la potestad reglamentaria e incurriendo en contradicción con los principios que orientan el régimen de seguridad social integral en pensiones.”

La Ley 797 de 2003³, estipuló que los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes sí dependían económicamente del causante agregando que ésta fuese de manera total y absoluta, indicando que:

“Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

d.) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si **dependía económicamente de forma total y absoluta** de este; (...)”

A su vez, la Corte Constitucional mediante sentencia C-111 de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, declaró exequible los literales d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, salvo la expresión: “*de forma total y absoluta*” referida a la dependencia económica, que declaró inexecutable.

El Alto Tribunal Constitucional indicó que tal frase se apartó de la Carta Política, en especial de los principios de solidaridad y de los derechos a la Vida Digna, Mínimo Vital, Tercera Edad y Familia, expresando lo siguiente:

“(…) La decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Derecho. Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión: “*de forma total y absoluta*” prevista en la disposición acusada, para que, en su lugar, sean los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes

³ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.

26. Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

De ahí que, si se acredita que los padres del causante no tenían una relación de subordinación material, en términos cualitativos, frente al ingreso que en vida les otorgaba su hijo, en aras de preservar su derecho al mínimo vital, es claro que no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, pues se entiende que gozan de independencia económica para salvaguardar dicho mínimo existencial.

En este contexto, se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente,⁴ a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.⁵
2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica.⁶
3. No constituye independencia económica recibir otra prestación.⁷ Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j), de la Ley 100 de 1993.⁸
4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional⁹.

⁴ Sobre la materia se acoge el concepto proferido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del pasado 19 de agosto de 2004, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación No. 1579.

⁵ Sentencia T-574 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Sentencia SU-995 de 1999. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Sentencia T-281 de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Dispone la norma en cita: *"Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez"*

⁹ Sentencias T-574 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T- 996 de 2005. (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.¹⁰
6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica.¹¹ (...)”

Del estudio de la normativa y Jurisprudencia en precedencia, la Sala concluye que:

1. A partir de la vigencia del artículo 71 de 1988 se extendió la sustitución pensional, entre otros, a los padres que dependan económicamente del pensionado.
2. La dependencia económica en un principio se entendió cuando la persona no tenga ingresos o medios necesarios para su subsistencia.
3. El Decreto 1889 de 1994 (art. 16) definió la dependencia económica cuando la persona no tenga ingresos o sean inferiores a la mitad de un salario mínimo legal vigente y se estuviera derivando la subsistencia del causante.
4. El Consejo de Estado anuló la disposición anterior por cuanto la exigencia de no tener ingresos o que sean inferiores a medio salario mínimo, no estaba prevista en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.
5. La Ley 797 de 2003 (art. 47) indicó que la dependencia económica debe ser de manera total y absoluta.
6. La Corte Constitución declaró la inexecutable de la expresión “*de manera total y absoluta*”, bajo el entendido que serán los Jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, debiéndose demostrar la subordinación material de la pensión de sobrevivientes.

Caso Concreto

“Fungiendo la Corte como juez de segunda instancia, además de las consideraciones expuestas en sede de casación, es pertinente acotar que respecto del argumento del Tribunal para colegir que el demandante disponía de medios económicos suficientes para su subsistencia por recibir de manera ocasional \$20.000 o \$ 25.000 semanales y por estar percibiendo su cónyuge un salario mínimo legal mensual, no es más que una suposición del juzgador, pues ello no conduce necesariamente a concluir que esta persona sea autosuficiente económicamente, como erradamente lo concluyó. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 22.132. Sentencia del 11 de mayo de 2004. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader).

¹⁰ Sentencia T-076 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y Auto 127A de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

De la dependencia económica de la demandada

Los testimonios arrimados al proceso estuvieron orientados a demostrar la dependencia económica fueron los siguientes:

Priscila Medina Ramírez: sobrina de la demandada. “(...) la señora Gerardina Ramírez le sustituyó la pensión que tenía su hija, porque dependía económicamente de su hija, es decir, de Cecilia, en cuanto vivienda, salud, vestuario y en general dependía de ella en todo, pues la hija la llevaba al médico. PREGUNTADO: Manifieste usted como es el estado de salud de la señora Gerardina Ramírez Enciso. CONTESTÓ: Necesita enfermera las 24 horas del día, no puede hacer nada por ella solita... Ha ella le dio trombosis hace como tres años, y eso la imposibilitó más en sus movimientos. Ella tiene demencia senil y a raíz de eso ella no se acuerda de las cosas. PREGUNTADO: Diga usted si a raíz del estado de salud que usted anuncia al Despacho que sufría doña Gerardina Ramírez necesitaba de una atención diferente que necesariamente tuviese que ser prestada por otras personas, de ser así por favor informe qué clase de personas la han atendido y de ser posible las fechas. CONTESTÓ: Si necesitó de personas capacitadas en enfermería, por lo tanto, las 24 horas del día necesita ella enfermera, y los nombre de las enfermeras que ha tenido la señora Gerardina Ramírez son: la primera enfermera que tuvo fue la señora Marina Gutiérrez. Después estuvo una señora de nombre Ana Silvia y después llegó la señora Georgina y finalmente la señora Gloria Mayorga (...) En estos momentos la abuelita necesita enfermera las 24 horas del día y no se puede dejar sola ningún momento, pues, hay que hacerle todo, como bañarla, darle la alimentación, movilizarla de un lado para otro. (...)” (Fls. 165-166 C-2)

María De Los Ángeles Palacio Quiroga: “(...) Yo trabajo para la familia Rubio Ramírez desde el año 2000. Desde que yo trabajo con ellos estaba la señora Cecilia, quien era la hija de la señora Gerardina, y la señora Gerardina estaba bajo la responsabilidad de su hija Cecilia. La señora Gerardina dependía de ella por cuestiones de la edad, pues, no tenía a quien mas recurrir. Luego la señora Cecilia se enfermó muy grave de cáncer y murió. A partir de ese momento el señor José Luis Rubio quien es el nieto de la señora Gerardina, tomó la

¹¹ [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fallo del 9 de abril de 2003.](#)

responsabilidad de hacerse cargo de todas las cosas de la señora Gerardina y también se hizo cargo de todas las cosas del apartamento donde viven. Él era el que la llevaba y acompañaba a todas partes, porque ella no tenía a quien más recurrir, pues era la única persona que estaba con ella. El nieto, es decir, el señor José Luis Rubio empezó a velar por ella y siempre estuvo con ella. PREGUNTADO: Puede decirle usted al Despacho quién la contrató hace 7 años. CONTESTÓ: Hace 7 años me contrató la señora Cecilia la hija de la señora Gerardina. Y después del fallecimiento de la señora Cecilia me quedé laborando la (sic) señora Gerardina y el señor José Luis. PREGUNTADO. Diga usted si la señora Gerardina Ramírez ha sufrido alguna enfermedad grave, que sea relevante y que usted nos pueda informar en su declaración. CONTESTÓ: Hace dos o tres años le trató de dar trombosis (...) siempre se le ha tenido enfermera para que la transporten y la lleven al médico y además que siempre la cuiden. (...)" (Fs. 167-168 C-2)

Cecilia Amaya de Silva. De profesión enfermera geriátrica. "(...) Yo llevo cuatro años laborando en calidad de enfermera de la señora Gerardina Ramírez. Cuando llegué ella estaba en un estado no tan crítico pero necesitaba mucha ayuda, pues había que colaborarle en el aseo personal y en todas sus necesidades y duré trabajando únicamente de día por siete meses... he sido su enfermera durante cuatro años y en un comienzo ella caminaba un poco y le ayudábamos un poco para que ella comiera solita, pero luego ya no podía hacer por ella misma casi nada. (...)" (Fs. 170-173)

Rafael Humberto Saavedra. Médico de profesión. "(...) yo conocí a la señora Gerardina Ramírez hacia el año de 1996, en esa época tenía aproximadamente 86 años y empezó acudir a mi consulta debido a que su hija Cecilia Rubio la llevaba porque presentaba múltiples patologías que habían sido tratadas por la EPS sin mejoría (...) es una paciente que ha requerido siempre asistencia de un familiar debido a sus múltiples patologías y a su avanzada edad y hasta donde conozco actualmente tiene una enfermera todo el tiempo. (...) PREGUNTADO: puede usted referirle al Despacho el estimado aproximado del costo o tratamiento que usted ha proporcionado a esta paciente, señora Gerardina Ramírez: CONTESTÓ: No puede precisar una cifra aproximada de estos doce años de

tratamiento, pero sí puede decir que debido a sus múltiples patologías han sido costos elevados, tanto que en diferentes ocasiones hemos tenido que apoyarnos con otros especialistas. (...)”

De acuerdo con las pruebas documentales y testimoniales que fueron allegadas al plenario para demostrar el estado de salud y situación económica de la demandada, la Sala observa lo siguiente:

1. Tiene múltiples patologías médicas y una avanzada edad.
2. Cuenta con una enfermera 24 horas al día para la atención en salud, alimentación, aseo general y desplazamientos.
3. El tratamiento médico ha requerido de múltiples especialistas.
4. Le fue reconocida una pensión de jubilación por Resolución No. 002239 de 29 de noviembre de 1965 de la Caja de Previsión Social de TELECOM, en suma equivalente a \$542,74.
5. Según el Coordinador de la División Administradora de Prestaciones del Ministerio de Protección Social – Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, la pensión reconocida a la señora Gerardina Ramírez Enciso por Resolución No. 02239 de 29 de noviembre de 1965, **“(...) ha tenido varios reajustes, siendo el último en cuantía de \$640.053.00 a partir del 1 de enero de 2006.”**
6. La pensión de jubilación otorgada a la hija de la demandada y que le fue sustituida, fue reconocida a la primera por Resolución No. 0154 de 18 de febrero de 1991, proferida por el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en cuantía de \$214.593. (Fls. 28-30)
7. El Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, D.C., declaró en interdicción a la señora Gerardina Ramírez Enciso.

De acuerdo con las Resoluciones Nos. 002239 de 29 de noviembre de 1965 de la Caja de Previsión Social de TELECOM, la pensión de jubilación de la demandada

ascendió a \$542,74; cuantía que fue reajustada correspondiendo para el año 2006 a una mesada de \$640.053; entretanto la pensión de la hija y que fue sustituida ascendió al momento del reconocimiento en 1991 a \$214.593.

Tal situación le permite a la Sala concluir que si para el año 2006 el salario mínimo legal vigente era de \$408.000 (Decreto 4686 de 2005), y lo devengado como pensión de jubilación en ese año fueron \$640.053 correspondió a 1.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Entretanto, si la pensión de Jubilación de la señora Cecilia Rubio reconocida en el año 1991 ascendió a \$214.593 y el salario mínimo se fijó el \$51.720, quiere decir que correspondió a 4.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes, arrojando un total sumadas las dos pensiones de 5.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, \$2'999.360 sin descuentos legales.

La Sala observa que la parte demandante pretende la nulidad de la Resolución No. 0063 de 31 de enero de 2002, proferida por FAVIDI, esto es, la pensión cuya cuantía asciende a 4.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dejando a la demandada con su pensión de jubilación de 1.5 salarios mínimos legales, lo que sin duda no le alcanzará para sufragar su mínimo vital, entendiendo como tal el pago de enfermera, medicamentos, consultas con especialistas, alimentación, transportes, servicios, arriendo o mantenimiento de la vivienda, impuestos, vestido y demás gastos fijos que debe pagar desde que convivía con su hija Cecilio Rubio.

Se evidencia la afectación del núcleo esencial del mínimo vital, en que la accionada se vería obligada a suprimir los servicios de enfermería las 24 horas pues sin lugar a dudas, el salario y medio que percibe de pensión de jubilación no le alcanzaría para suplir tal gasto, viéndose avocada al abandono no solamente de sus cuidados de salud, sino que no contaría con ayuda para alimentarse, asearse, vestirse, transportarse y demás actividades continuas que una enfermera presta.

Su independencia económica no es suficiente para acceder a los medios materiales que garanticen una vida digna, máxime cuando se trata de una persona de la tercera edad nacida el 1 de abril de 1911, esto es, con 100 años de edad,¹²

¹² Según la Resolución No. 02239 de 29 de noviembre de 1965, la partida de Bautismo informa que la demandada nació el 1 de abril de 1911.

lo que advierte que cada vez son más los cuidados que debe tener en los ámbitos que ha descrito la Sala.

En consecuencia, como no se logró demostrar una causal de nulidad de la Resolución acusada, y en cambio se probó la afectación del Mínimo Vital de la demandada con dependencia económica para el reconocimiento de la sustitución pensional de ascendientes, es del caso confirmar el proveído impugnado.

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 28 de mayo de 2009, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que **negó las súplicas de la demanda** incoada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. contra Gerardina Ramírez Enciso.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La Sala discutió y aprobó la presente providencia en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ